



ISSN 2253-6655

NÚMERO 15
Octubre 2018 – marzo 2019



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

<http://www.uc3m.es/eunomia>

2253-6655

Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (SECRETARIA ACADÉMICA),

Universidad Rey Juan Carlos, España

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Instituto de Filosofía del Centro Superior de

Investigaciones Científicas, España

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO (DIRECTOR), Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo Científico

ARMIN VON BOGDANDY, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht
und Völkerrecht, Alemania

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

Consejo de Edición

CARLOS ALONSO MAURICIO (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

DIGNO JOSÉ MONTALVAN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

ALEJANDRO COTEÑO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad

Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia

Universidad Carlos III de Madrid

Calle Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid)

eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca	6
------------------	---

Estudios

<i>Ciudadanía, política e identidad nacional en Uruguay: algunos bosquejos genealógicos</i>	10
---	----

Javier Gallardo

<i>Gracia y justicia: el lugar de la utilidad pública (justicia transicional y situaciones de necesidad)</i>	26
--	----

Alfonso Ruíz Miguel

<i>Naciones Unidas contra las mujeres: entre la ignorancia y la soberbia (a propósito de la elaboración de un nuevo Código Penal para Honduras y las propuestas efectuadas por distintas oficinas de NNUU en materia de violencia de género y aborto)</i>	46
---	----

Francisco Javier Álvarez García

<i>Defensa de la objeción de conciencia como derecho general</i>	85
--	----

María Gascón Abellán

Foro y ágora

<i>Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina</i>	102
---	-----

Miguel Á. Benedetti y M. Jimena Sáenz

<i>Crónica de un indulto humanitario (con gracia presidencial) anunciado</i>	123
--	-----

Edgardo Rodríguez Gómez

<i>Implicaciones de la reglamentación del sistema prostitucional en la igualdad sexual: el caso alemán</i>	145
--	-----

Laura Nuño Gómez

<i>¿Un caso bagatela? En defensa del recurso de amparo</i>	159
--	-----

Aurelio de Prada García

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Solidaridad</i>	169
--------------------	-----

Roberto R. Aramayo

<i>Dignidad Humana</i>	176
------------------------	-----

Jesús Ignacio Delgado Rojas

<i>Objeción de conciencia</i> Rosana Triviño Caballero	198
<i>Protesta democrática</i> Alicia García Ruiz	209
<i>Seguridad Internacional</i> Thomas Gil	220
<i>Cultura Constitucional</i> Mariano C. Melero de la Torre	224
<i>Confianza en la administración pública</i> Cecilia Güemes	231
<i>Buenas prácticas (Códigos de)</i> Txetxu Ausin	239
<i>Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)</i> Germán Jair Arenas Arias	249
<i>Terrorismo individual</i> Alejandro Coteño Muñoz	262

Releyendo a...

<i>La “Política natural” de D’Holbach: reforma, utilidad y desigualdad. Discurso IV: de los súbditos. §§1-20 (1773)</i> Francisco Javier Peña Echeverría	282
---	-----

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>La autonomía de la economía y la primacía de la política</i> Nieves San Emeterio Martín	311
---	-----

<i>Límites del neoliberalismo, límites de la democracia</i> Pablo Sánchez León	316
---	-----

BOOK FORUM

<i>Lorenzo Peña y Gonzalo (2017), Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico.</i> Sobre “Visión lógica del derecho” de Lorenzo Peña Julia Barragán	325
--	-----

<i>Como es lógico hablemos del derecho como es. En diálogo con Lorenzo Peña</i> Andrés Ollero Tessara	335
--	-----

<i>Comentario a un libro singular</i>	347
Manuel Atienza	
<i>¿A qué podemos aspirar razonablemente? La libertad migratoria según Lorenzo Peña</i>	360
Mariano C. Melero de la Torre	
<i>El jusnaturalismo lógico y biológico de Lorenzo Peña</i>	372
Alfonso García Figueroa	
<i>La crítica de Lorenzo Peña a la ética y su supuesta objetividad</i>	379
Marcelo Vásconez Carrasco	
<i>Acerca de la lógica iuris de Lorenzo Peña</i>	389
J.J. Moreso	
<i>El bien común, esencia y función del Derecho</i>	401
Lorenzo Peña y Gonzalo	

RECENSIONES

<i>Víctor Lapuente (Coord.) (2018), La calidad de las instituciones en España</i>	
Cesar N. Cruz Rubio	434
<i>Manuel Arias Maldonado (2018), Antropoceno: La política en la era humana</i>	
Javier Zamora García	439
<i>Ricardo Cueva Fernández (2017), Estudios sobre la libertad en América: de la federación republicana al desafío igualitario de la democracia</i>	
Carlos Alonso Mauricio	444
<i>Lorenzo Peña y Gonzalo (2018), Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico</i>	
Marcelo Vásconez Carrasco	446

Presentación

Foreword

José María Sauca
Universidad Carlos III de Madrid
Dirección de la revista Eunomía

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4338>

Presentamos al lector la decimoquinta entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nos complace reparar en que son ya siete los años en que anunciamos el comienzo del curso académico de la misma manera. Asimismo, valoramos positivamente que la estructura del número mantenga su carácter ordinario y creemos que los trabajos recogidos en el mismo representan aportaciones rigurosas y plurales en la línea editorial de la revista y refuerzan su carácter interdisciplinar.

La sección de *Estudios* se inicia con el trabajo del profesor de teoría política de la Universidad de la República, Javier Gallardo, en el que aborda una revisión de la idea de identidad ciudadana focalizando su análisis en la experiencia uruguaya. Alfonso Ruíz Miguel es el autor del segundo de los trabajos. El filósofo del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid presenta un estudio sobre el derecho de gracia, desarrollando el análisis de los que podrían ser los dos criterios básicos justificativos del mismo. La tercera aportación corresponde a Javier Álvarez. El estudio del penalista aporta una evaluación comparada y prospectiva sobre la incidencia de las propuestas de diversas oficinas de Naciones Unidas en materia de violencia de género y aborto en el futuro Código Penal de Honduras. Finalmente, Marina Gascón revisita una temática de largo aliento en su trayectoria: el carácter general de la objeción de conciencia y analiza los requisitos que debe cumplir su protección *prima facie* frente a un deber jurídico.

La sección de *Foro y Ágora* se abre con el trabajo de María Jimena Sáenz y Miguel Ángel Benedetti en el que analizan el impacto de la fórmula de las audiencias públicas en las decisiones de la Corte Suprema Argentina. En segundo lugar, con continuidad temática con el segundo trabajo de la sección anterior, Edgardo Rodríguez -recientemente nombrado Director de Políticas y Gestión en Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú- analiza las peculiaridades de la concesión de un indulto a Fujimori en el país andino a finales del pasado año. La tercera, a cargo de la profesora Laura Nuño, estudia una cuestión que ha adquirido notas de actualidad, relativa a la regulación de la prostitución en el



modelo alemán. Finalmente, Aurelio de Prada aborda el estudio de la cuestión del recurso de amparo constitucional en el contexto, que también ha devenido en boga, del control de la evaluación de la investigación de los profesores universitarios en España.

La sección de *Voces* ofrece diez nuevas entradas. La mitad de ellas presentan un carácter prevalentemente teórico y general. Sus enunciados son *Solidaridad*, *Dignidad humana*, *Objeción de conciencia* –también en continuidad temática con el trabajo de Marina Gascón arriba referido–, *Protesta* así como, *Seguridad Internacional* y su autoría respectiva corresponde a Roberto R. Aramayo, Jesús Ignacio Delgado, Rosana Triviño, Alicia García Ruiz y Thomas Gil. Las cuatro siguientes se centran en aspectos institucionales de la cultura de la legalidad: *Cultura constitucional*, *Confianza en la Administración Pública*, *Códigos de buenas prácticas* y *Derecho a comprender la ley* y que son obra, respectivamente, de Mariano C. Melero, Cecilia Güemes, Txetxu Ausín y Germán Jair Arenas Arias. La sección se cierra con la aportación de Alejandro Coteño denominada *Terrorista individual*.

El *Releyendo a...* recoge la aportación del profesor de filosofía Javier Peña Echevarría que introduce y traduce el *IV Discurso de la Politique Naturelle* de Holbach. En el contexto de la importante tarea de traducción de las obras de este autor que se está realizando actualmente en España, esta aportación nos anticipa uno de los discursos de esta obra de madurez y que resulta especialmente relevante de la visión del ilustrado sobre los criterios justificativos de la sociedad y de la propuesta institucional que la canalice. Según señala Morange¹, parece que hubo dos traducciones parciales de este trabajo que datan de 1811 pero ambas estaban sujetas a las peculiares circunstancias ideológicas del momento. De esta forma, la aportación de Peña Echevarría representa una auténtica innovación en este contexto y su explicación, en línea con algunos de sus recientes trabajos, viene a cubrir un importante vacío en la comprensión del legado enciclopedista.

Finalmente, la sección del *Rincón de lecturas* mantiene su subdivisión interna en tres apartados. En el primero, el *Debatiendo* recoge las contribuciones de Nieves San Emeterio y Pablo Sánchez León en las que, respectivamente, comentan en trabajo que María José Fariñas publicó, con el título *neoliberalismo vs democracia*, en el anterior número de la revista. Cada una de las contribuciones nos ofrece una mirada discrepante, al menos parcialmente, con las tesis de la ponencia y lo hace, a su vez, discrepando entre sí.

¹ Claude Morange, «Sobre dos traducciones al castellano (en 1811) de *La Politique Naturelle* del Barón de Holbach» en *Documentos de Trabajo* de la Asociación Española de Historia Económica, DT-AEHE Nº 1515, 2015 [www.aehe.es/wp-content/uploads/2015/04/dt-aehe-1515.pdf (Úl. Cons.: 5/09/2018)].

El *Book Fórum* presenta una estructura peculiar y disfruta de una extensión muy superior a lo habitual en la subsección. Ordinariamente, en ella suelen intervenir un par de críticos que reciben la respuesta del autor y el debate viene a prolongarse en torno a unas veinticinco páginas que nunca han rebasado la treintena. En esta ocasión los críticos alcanzan el número de siete y el alargamiento del debate sobre pasa el centenar de páginas. La razón de esta excepcionalidad se encuentra en el carácter del libro escogido y, también, en la singularidad de su autor. Nombres propios: el libro en cuestión es *Visión lógica del Derecho* y su autor es Lorenzo Peña. El recientemente jubilado profesor de Investigación del Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid amerita un largo reconocimiento por parte de esta revista, por parte de las perspectivas académicas de la cultura de la legalidad y, por demás, por parte de la filosofía jurídica en lengua española. Así, el profesor Peña tomó parte activa en los equipos de investigación que promovieron la creación de *Eunomía* a principios de esta década y ha permanecido vinculado a la misma durante todo este período. Su visión del Derecho está animada por un profundo racionalismo que, articulado con su apuesta por una lógica singular, le lleva a sostener peculiares tesis iusnaturalistas. Efectivamente, esta visión del Derecho resulta muy singular, me atrevería a señalar que excepcional, y coloca al profesor Peña en la posición permanente de ir *contra corriente*. Creo que ello tiende a explicar el gusto por la polémica que le anima. En estos años, hemos podido observarla en sus *Escritos republicanos*, en su minucioso e implacable análisis de la figura de Bobbio o en sus comentarios sobre la secesión de Cataluña o por abogar en favor de una sentencia absolutoria para los condenados en el caso de *La Manada*. En este marco el trabajo, *Visión lógica del Derecho* viene a constituir la más acabada síntesis de su larga trayectoria intelectual. El libro publicado el año pasado se basa en lo que fue su tesis doctoral en Derecho (la de filosofía fue leída en la Universidad de Lieja hace casi cuarenta años) y sintetiza un concepto de Derecho vinculado a la idea de bien común que se desarrolla recurriendo a un sistema de lógica gradualista o paraconsistente. Nuevamente, tesis minoritaria y ánimo polémico en su defensa. El guante ha sido recogido por siete filósofos del Derecho que sostienen tesis discrepantes entre sí, pero con los que las desavenencias no son radicales. Así, la controversia se desarrolla en un contexto teórico que, en sentido amplio, tiene continuidad y favorece que el debate adquiera una mayor precisión. Los intervenientes, siguiendo el orden con el que se formulan las contestaciones de Peña, son Julia Barragán, Manuel Atienza, Andrés Ollero, Mariano C. Melero, Alfonso García Figueroa, Marcelo Vásconez y José Juan Moreso. En definitiva, ojalá que esta pequeña contribución de la revista sea útil para el reconocimiento a un incansable trabajo intelectual, una vastísima cultura y un espíritu académico que ha defendido su juicio con toda la rectitud posible.

Cerramos la sección con las recensiones. En esta ocasión, César Cruz nos comenta el libro editado por Víctor Lapuente sobre *La Calidad de las instituciones en España*; Javier Zamora el de Manuel Arias sobre *Antropoceno* y Carlos Alonso sobre el libro de Ricardo Cueva titulado *Estudios sobre la libertad en América*. Por su parte, Marcelo Vásconez reseña con carácter general el libro objeto del Book fórum antes presentado.

No quisiera terminar sin hacer mención al reconocimiento que deben recibir todos aquellos que, de un modo u otro, han participado en la gestación de este número de la revista. Entre ellos, quisiera significar especialmente a los miembros salientes del consejo de edición de la misma: Candelaria Quispe, Julián Gaviria, Ana Catalina Arango, Jorge San Vicente y, especialmente, Edgardo Rodríguez por todo el silencioso trabajo realizado durante varios años. Asimismo, quisiera agradecer a Carlos Alonso toda su dedicación en el tiempo en que ha sido coordinador del citado consejo. Finalmente, quisiera dar la bienvenida a dicho órgano a Digno Montalván y Alejandro Coteño así como a Rubén García Higuera en su asunción de la coordinación del mismo.

En definitiva, entregamos al lector un nuevo número de *Eunomía* y conseguimos hacerlo en los plazos debidos y tras haber satisfecho los protocolos de calidad al uso en el funcionamiento de las revistas académicas. Ojalá que todo el trabajo merezca la pena a los ojos del lector.

Ciudadanía, política e identidad nacional en Uruguay: algunos bosquejos genealógicos

Citizenship, politics and National identity in Uruguay: some genealogical sketches

Javier Gallardo

Universidad de la República de Uruguay

javier.gallardo@cienciassociales.edu.uy

Recibido / received: 04/07/2018

Aceptado / accepted: 24/09/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4339>

Resumen

Este artículo reconstruye algunos discursos fundacionales de una autocomprepción ciudadana de la identidad nacional en el Uruguay, relevando dos momentos representativos del ideario y el lenguaje político sobre la ciudadanía uruguaya y su ascendiente en las trayectorias políticas del país. Uno de ellos, identificado con el componente político de una ciudadanía monolítica o escindida de la sociedad, informado por un vacío identitario originario y por el imaginario de un autogobierno republicano. El otro, animado por diversos discursos que, a propósito de la integración política de los extranjeros, vendrán a privilegiar los atributos sociales o culturales de los ciudadanos y sus aptitudes para reproducir un orden político estable, dando así un nuevo giro estandarizado a las identidades ciudadanas. Si bien estas reconstrucciones genealógicas permiten apreciar las conexiones conceptuales de estos lenguajes con las teorías convencionales de la ciudadanía también dejan entrever algunos persistentes déficits en la autoidentificación pluralista y democrática de la política uruguaya.

Palabras clave

Ciudadanía, república, nación, democracia, inmigración.

Abstract

This paper reconstructs some of the foundational discourses of a citizen's self-understanding view of the national identity in Uruguay, revealing two representative moments of the set of ideas and the political language about the Uruguayan citizenship and its ascendancy in the political trajectories of the country. One of them, identified with the political component of a monolithic citizenship or rifted from society, informed by an original identity gap and by the imaginary of a republican self-government. The other, animated by various speeches that, regarding to the political integration of foreigners, will come to privilege the social or cultural attributes of citizens and their aptitudes to reproduce a stable political order, thus giving a new standardized turn to citizen identities. Although these genealogical reconstructions make it possible to appreciate the conceptual connections of these languages with the conventional theories of citizenship, they also reveal some persistent deficits in the pluralistic and democratic self-identification of Uruguayan politics.

Keywords*Citizenship, republic, nation, democracy, immigration.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ciudadanía, identidad de origen y democracia. 3. La política y la sociedad confrontadas en el campo de la ciudadanía legal. 4. Conclusión.

1. Introducción

Los discursos fundacionales de la política uruguaya contienen una autocomprensión ciudadana de la identidad nacional, junto a una identificación republicana de la ciudadanía, carentes de mayores sustentos consuetudinarios o de correspondencias objetivas con una realidad históricamente dada. Al calor de las invenciones republicanas dieciochescas y en la encrucijada de escisión del tronco común de las provincias federadas del Río de la Plata, la nueva república será autorrepresentada y enunciada como una nación de ciudadanos. El discurso originario encontrará así en la centralidad de un sujeto ciudadano, inferida de los bienes y valores intrínsecos al autogobierno republicano, anterior al imperativo histórico de nacionalización o estatización del orden político, un baluarte constitutivo, simbólico y normativo de la identidad nacional¹.

Por otro lado, el lenguaje consustanciado con la centralidad constitutiva de un sujeto ciudadano, cuya subjetividad política vendría a conformarse a los bienes intrínsecos del autogobierno republicano y a las virtudes sacrificiales de lo diverso en nombre de un civismo común, será revisado o abandonado en una serie de debates que tendrán por objeto la ciudadanía de los extranjeros, tópico sin duda relevante en un país sujeto a fuertes aluviones inmigratorios. En tales debates, desarrollados en la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, se advierte, en efecto, el tratamiento objetivante de una ciudadanía identificada con determinados hábitos y costumbres sociales, más que con las excelencias políticas de un civismo republicano, enfatizándose su adaptación a un ordenamiento político estable, en desmedro del activismo cívico de una asociación política autogobernada. Sobre el fondo de un incontenible eclipse del pensamiento de la virtud y de la ética de abnegación cívica, la ciudadanía pasará así a ser catalogada en base a sus utilidades productivas o a su asimilación a una comunidad cultural, acudiéndose a nuevas variantes de estandarización de las identidades ciudadanas, esta vez bajo la valorización de su pedigrí social más que político. Dicho de otra manera, el acento puesto en la utilidad política de los atributos sociales o culturales de los ciudadanos, reverso dialéctico del *ethos* cívico de la tradición republicana, cercenará de algún modo, como ya lo hiciera a su manera la versión local de dicha tradición, un posible

¹ Como puede verse, esta aproximación a la génesis histórico-política del Uruguay se decanta por una teoría constructivista de la nación, consustanciada con la naturaleza política e institucional, más que cultural o adscriptiva, de las naciones modernas. Desarrollada en el último tercio del siglo XX, esta teoría vino a contraponerse a los clásicos enfoques “perennialistas” de la nacionalidad, centrados en sus anclajes esencialistas o etnoculturales (Anderson, 1983; Fontana, 1994; Hall, 2011), privilegiando el uso narrativo, performativo o pedagógico de materiales históricos o socio-culturales como recurso decisivo en las empresas políticas de invención de pertenencias e identidades comunes, en disputa con otros órdenes tradicionales de arraigo y lealtad. Dicho sea de paso, la idea de una modernidad emancipatoria de tradiciones históricas y herencias adscriptivas, contenida, de alguna manera, en el paradigma constructivista de las naciones, ha sido puesta en entredicho por su estrecha dependencia conceptual del modelo *westfaliano* de los estados-naciones, por las “violentas” inscripciones nacionales de los discursos ciudadanos, incompatibles con el reconocimiento ético de las alteridades constitutivas de toda identidad política, sin olvidar la activación reciente de nuevos nacionalismos etnoculturales, movilizadores de arraigos originarios, de pertenencias e identidades unificadoras.

reconocimiento de la pluralidad ciudadana, así como una visibilidad no-sacrificial de sus autorreferencias primordiales o singulares.

Igualmente, con el declive del ideario de una república trascendente de divisorias sociales y la valorización histórica o axiológica de una democracia de partidos, la heterogeneidad social vendrá a subsumirse, más allá de los alineamientos corporativos o de clase, en un espacio público aggregativo de preferencias individuales, objetivado o racionalizado en términos de intereses calculables y rationalidades instrumentales. De este modo, la centralidad acordada por los referidos momentos discursivos a las fuentes virtuosas o socialmente acondicionadoras de la ciudadanía irá cayendo en desuso o en retóricas rituales, cediendo terreno a la identidad común de un ciudadano intercambiable, descargado de mayores exigencias cívicas, de reflexividades normativas y descentraciones éticas.

Este rápido introito proposicional, acaso inferencial, dada su aproximación a algunas conjeturas causales o generalizantes, al que le estarán vedadas subsiguientes verificaciones referenciadas, conforme a la heurística simbólica y discursiva de este trabajo, apunta a abrir un texto, quizás varios textos, expuestos a la insoslayable tensión de una indagación a la vez genealógica y retrospectiva. De ahí el uso preferencial que aquí se hará de materiales históricamente discontinuos o semánticamente heterogéneos, llamados a ramificarse o a desdoblarse en diversos pliegues y repliegues discursivos. Si bien dichos materiales pueden resultar incommensurables desde la perspectiva de una epistemología objetivante o de una positividad histórica, no dejan de revelar algunas estructuras y fisuras significativas en la formación de los sentidos reflexivos y discursivos de la ciudadanía uruguaya.

En consecuencia, las nociones y categorizaciones históricas de la ciudadanía uruguaya aquí expuestas no remiten a un orden transparente de representaciones o ideas independientes de contextos discursivos y comunicativos, ni se ajustan tampoco a los estándares metodológicos de una positividad histórica, acreditada por una saturación metódica de datos objetivos. Antes bien, se trata de ideas y conceptos dependientes de entramados de acción e interacción discursiva, inevitablemente marcados por las centralidades, bordes y periferias de toda subjetividad e intersubjetividad política, sin que por ello tengan que sustraerse, necesariamente, a una inteligibilidad racional o a una reflexividad crítica.

En resumidas cuentas, en este texto se esbozan algunas genealogías de la política ciudadana en el Uruguay, destacándose sus sentidos monolíticos o uniformizantes, sus lógicas unificadoras o sus límites diferenciadores, a la luz de dos momentos discursivos: el de la invención de una ciudadanía exigida de onerosas abnegaciones éticas o políticas, conforme a los ideales de excelencia y virtud de una comunidad cívica autogobernada, y el de la ampliación de una ciudadanía valorada por sus costumbres sociales y por sus compatibilidades con una vida política estabilizada, edificada sobre la base de una idiosincrasia nacional o del bienestar general. Los referidos tratamientos de la cuestión ciudadana revelan así, al margen de sus diferentes contextos históricos y políticos, no sólo una serie de concepciones divergentes sobre el estatuto y la condición de la ciudadanía en el Uruguay sino también un conjunto de alternativas unificadoras de lo común, determinantes de cierta visibilidad referencial y simbólica de lo público o, si se quiere, de ciertas invisibilidades de las diferencias denegadas.

Por otro lado, las orientaciones discursivas aquí esbozadas se prestan también, sin mayores estiramientos semánticos o conceptuales, a una tipificación teórica trascendente del contexto local, inscripta en los tratamientos convencionales,

clásicos y contemporáneos, de la tópica ciudadanía. Ellas admiten, en efecto, una pacífica inscripción en el campo de las disputas teórico-prácticas animadas por las tradiciones republicanas, liberales y comunitarias de la ciudadanía, cuyas reformulaciones recientes, junto a la propia reactivación de la cuestión ciudadana en el seno del pensamiento político (Kymlicka–Norman, 2000), han sido objeto de distintos cuestionamientos provenientes de diversos ramales del pensamiento posfundacional, feminista y multiculturalista (White, 2009; Beiner, 1997; Philips, 2000; Miller, 1997). De ahí que una revisita a estas encrucijadas históricas no sólo sirva para una mejor comprensión de algunos sentidos discontinuos y naturalizados de la vida ciudadana en el Uruguay, sino contribuya también a una reflexión crítica sobre algunas herencias cívicas locales provistas de una proyección teórica general.

En la próxima sección del texto se reconstruyen algunos fundamentos constitutivos de una república representada como una nación de ciudadanos (Habermas, 1999), tendientes a construir una monolítica unión ciudadana, no del todo compatible con la autonomía de un individuo preservado de interferencias políticas, ni del todo hospitalaria tampoco con las divisorias democráticas. En la segunda sección, se pasa revista al debate sobre las normas de naturalización de los extranjeros en el Uruguay, poniéndose especial énfasis en los estándares sociales y nacionalizadores de la ciudadanía que animaran dicho debate en un tiempo de modernización y democratización de la política uruguaya. Finalmente, en la conclusión del texto, se identifican algunos rasgos teóricos de las alternativas anteriormente expuestas, destacándose sus propensiones hacia una ciudadanía de perfiles uniformes, dejando parcialmente esbozada una mirada crítica de la autocomprensión pluralista y democrática de la política uruguaya.

2. Ciudadanía, identidad de origen y democracia

Las ideas originarias sobre la ciudadanía en el Uruguay, esbozadas en las gestas del ciclo artiguista de 1811-20, reflejadas en el cuerpo de leyes provinciales de 1825-27 y articuladas en la Constitución fundacional de 1830, sintonizan con un significado moderno de nación, de escasas referencias culturales o, por así decirlo, adscriptivas. Vale decir, el lenguaje en gran parte performativo de invención de la ciudadanía en el Uruguay, sensible al desafío problemático de un gobierno propio, vendrá históricamente desprovisto de reaseguros prepolíticos y de sentidos de pertenencia a una entidad cultural, recostándose más bien en un principio republicano de autogobierno y en un sentido cívico de pertenencia nacional, abriendo curso así a una fuerte noción política y ciudadana de la nación².

El documento fundador de 1830, conforme al predicamento liberal universalista de un sujeto individualizado, portador de derechos naturales o emancipado de adscripciones tradicionales, trasluce una afinidad teórica o especulativa con un liberalismo normativamente dirigido contra el poder coercitivo del Estado o contra mayorías facciosas. La orgánica de la Primera Constitución será fiel así al principio de división de poderes, conteniendo diversas normas sustancialmente

² La remisión a una genealogía política disruptiva e instituyente no implica desconocer un conjunto de legalidades previas y de costumbres anteriores al ordenamiento constitucional del Uruguay, provenientes de la colonia o de la federación con las provincias argentinas, ni tampoco supone ignorar la importancia de los relatos unificadores que, retrospectivamente, vendrán a simbolizar la fundación épica de un pasado común, centrado en selectivas gestas emancipadoras o en un patriotismo ejemplar. Incluso, la idea de una invención originaria de la ciudadanía no va en desmedro de algún doctrinarismo filosófico fundacional ni implica desestimar las distintas “actualizaciones del pasado” a cargo de actores políticos envueltos en la legitimación histórica de su praxis diferenciadora o agonista. A lo cual debe sumarse, en fin, los imaginarios prospectivos que traerán consigo diversas refundaciones de un pasado y un futuro dependientes de distintos “modelos” de progreso y bienestar común (Chiaramonte, 2010; Bauzá-Ramírez, 1975; Rilla, 2008).

garantes de un conjunto de libertades y derechos fundamentales, sin dejar de incluir, entre sus prescripciones institucionales más estabilizadoras, las propias de un orden constitucional “rígido”, sujeto a difíciles procedimientos de reforma (Jiménez de Aréchaga, 1992).

No obstante, los preceptos constitucionales originarios, sustancialmente identificados con la forma de gobierno republicano-representativa, carecen de mayores miramientos restrictivos hacia un poder político dominador, hipotético o histórico, siendo incluso extraños a los fundamentos contractuales de un orden político fundado en libertades anteriores a la sociedad o minimizadoras de interferencias políticas en los dominios de la autonomía individual. Antes bien, dichos preceptos apuntan al fortalecimiento de los equilibrios necesarios al ejercicio del poder colectivo de los ciudadanos, en el marco de una “asociación política” cuyo objetivo fundamental no será otro que el de la “felicidad común”, elevada al rango de “único y exclusivo fin de toda asociación política”, cuando no acreditada como un fundamento legítimo, acaso omnicomprensivo, de las restricciones políticas a la libertad natural, según reza el Manifiesto a los Pueblos de la Asamblea Constituyente de 1830 (De la Bandera, 1989)³.

Al referirse a las garantías constitucionales contra los abusos del poder político, José Ellauri, miembro informante de la Comisión de Constitución y Legislación de la Asamblea Constituyente, sugestivamente mencionó la libertad de imprenta, calificándola como el derecho de los ciudadanos a comunicar sus ideas y a censurar públicamente los actos de los gobernantes. De hecho, el pacto asociativo al que se refiriera Ellauri contiene una axiomática asimilación del origen de la nación a un constructo institucional y normativo, de espíritu más bien rousseauiano o afrancesado, no del todo generalizable, por cierto, al conjunto de los constituyentes, dada la filiación doctrinaria noratlántica o antijacobina de algunos de ellos (Pivel Devoto, 1955)⁴. En todo caso, la importancia acordada a una invención política de la ciudadanía y de la nación evidencia una sintonía discursiva y normativa –verificable en algunos de los constituyentes más activos– con las notas políticas de la ciudadanía, convertida de alguna manera en el vínculo fundamental de la nacionalidad (Real de Azúa, 1991).

Por otro lado, el pensamiento del momento fundacional remite a la disponibilidad y aceptabilidad de un lenguaje centrado en un sujeto ciudadano, en parte ligado a los vacíos identitarios de la nación en formación, y en parte informado por una melancólica veneración de un *ethos* cívico, de ascendencia patricia, reminiscente de un ciudadano activo, miliciano y magistrado, propio del compromiso republicano con la política de la virtud y con un espíritu público trascendente de intereses particulares. En otros términos, las ideas y gramáticas precedentes a una nacionalización y estatización del orden político doméstico instauraron una lógica políticamente instituyente, requerida de un ciudadano activo y cívicamente abnegado, vigentes también en algunas otras peripecias regionales (Aguilar y Rojas, 2002). Se trata de una atracción letrada o cívico-aristocrática por el componente político, más

³ Esta mención de los constituyentes uruguayos a la “felicidad común” refleja fielmente la letra, ya por entonces moribunda, de la constitución montañesa de 1793, la cual motivará en su momento una airada crítica de Benjamín Constant, quien, frente a este *telos* característico del más rancio espíritu republicano traerá a consideración esta otra máxima deontica de puro linaje liberal: “Que la autoridad se limite a ser justa; nosotros nos encargaremos de ser felices” (Ferry-Renaut, 1991).

⁴ “Era preciso establecer el Pacto”, afirmó Ellauri: “La Asamblea no podía desentenderse de su primera y más sagrada atención de constituir el Estado. Este era el voto de los pueblos, ésta era una de las estipulaciones principales de la Convención preliminar, y esto nos iba a poner en la verdadera senda de una felicidad permanente” (De la Bandera, 1989: 781).

que civil o social, de las libertades individuales, aunada a una inclinación a fortalecer, más que a recortar, el poder común de la política y los ciudadanos⁵.

Ya en la fórmula inicial del primer capítulo de la Constitución inaugural el Estado nacional será definido, de conformidad con el *ethos* de un pacto republicano, como la asociación política de todos los ciudadanos comprendidos en su territorio, reconociendo como tales sólo a aquéllos investidos con las facultades de participación y comunicación políticas. Dicha fórmula provocó en su momento la reacción crítica de Juan Bautista Alberdi, activo portavoz del pensamiento liberal en el Río de la Plata, quien, al Estado de los ciudadanos, postulado en la primera constitución uruguaya, opuso la nación de los habitantes y los pobladores, reivindicando así el valor intrínseco de la sociedad civil liberal frente al Estado o al poder gubernativo de los ciudadanos⁶. Alberdi cuestionó también el principio territorial de nacionalidad incorporado a la constitución uruguaya, el *ius soli*, por considerarlo como una fuente de creación de nacionales o de ciudadanos “a viva fuerza”, reivindicando, en cambio, el principio de *ius sanguinis*, más sensible, a su parecer, a las “nacionalidades de origen” de los inmigrantes, más acorde a un orden pacífico de “pobladores” (Botana, 1984). Y ya más cerca en el tiempo, a mediados del siglo XX, Justino Jiménez de Aréchaga, miembro de una dinastía familiar de célebres tratadistas constitucionales uruguayos, vino a sumarse al cuestionamiento de Alberdi a la fórmula consagratoria de la nación como una “asociación política”, por entender que implicaba un concepto y una definición de la naturaleza de la sociedad y del Estado incompatible con la idea de un arreglo constitucional limitado a establecer las condiciones formales y procedimentales de organización de los poderes públicos⁷.

Sea como fuere, el caso es que, tal como lo revelan los textos fundacionales y sus críticos, desde el origen mismo de la República independiente la ciudadanía uruguaya será concebida como un pilar fundamental de la nacionalidad y del ejercicio de una autoridad común que, más que venir legitimada por sus beneficios al bienestar

⁵ Al referirse al Poder de Justicia, el citado Manifiesto de la Asamblea Constituyente acudió a un lenguaje caro a la tradición de las milicias ciudadanas, de reminiscencias antiguas o renacentistas, reactivada en las repúblicas modernas y traducida al ordenamiento normativo nacional: “Vuestros jueces, en el ejercicio de la judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncien serán el producto de su influjo; y cuando vuestros legisladores reglamenten el juicio por jurados, que advertiréis sancionado, aparecerá entre vosotros por la primera vez esa institución, cuya utilidad es reconocida por el mundo civilizado. Entonces vosotros mismos seréis jueces unos de otros y la libertad civil no dependerá sino de los ciudadanos; la Administración de justicia no continuará circunscrita a un pequeño número de hombres; vosotros determinareis los hechos sobre los cuales el juez ha de aplicar la Ley; os será permitido examinarla, y aseguraros que es la misma que establecisteis y a que voluntariamente os sujetasteis. Los procesos no quedarán cubiertos con el velo misterioso de las formas envejecidas, tanto más temibles cuando están menos al alcance del público” (De la Bandera, 1989: 779).

⁶ “El Estado Oriental –sostuvo Alberdi– además de la reunión de los ciudadanos es Lafone, es Estévez, verbigracia, son los 20.000 extranjeros avecinados allí que, sin ser ciudadanos, poseen ingentes fortunas y tienen tanto interés en la prosperidad del suelo oriental como sus ciudadanos mismos” (Jiménez de Aréchaga, 1992: 162). Nótese que los redactores de la segunda constitución, del año 1917, abandonaron la asimilación de la sociedad a su membresía política, sustituyendo, en el inciso primero del primer capítulo constitucional, la palabra “ciudadanos” por “habitantes”, quedando así establecido que “la República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio” (De la Bandera, 1989: 814).

⁷ Al discrepar con el espíritu político de la génesis constitucional uruguaya, acaso más propio de la tradición aristotélica de la *Politeia* que del constitucionalismo liberal moderno, Aréchaga sostuvo: “No corresponde a las Constituciones definir desde el punto de vista científico la índole del Estado. La Constitución debe decir cómo es el Estado. Corresponde a la doctrina decir qué es el Estado. Y las respuestas de las doctrinas variarán naturalmente, a medida que progrese el conocimiento científico. Es, por otra parte, absolutamente anacrónico que, en su letra, una Constitución defina al Estado como una asociación política. Ninguna de las Constituciones modernas de las que desde el punto de vista técnico resultan más elogiables, contiene una definición del Estado que importe un juicio teórico acerca de su naturaleza jurídica. A lo sumo, lo define teniendo en cuenta la forma de gobierno que el Estado adopta para su regulación” (Jiménez de Aréchaga, 1992: 162).

o a la seguridad de individuos autónomos, protegidos contra las interferencias soberanas o mayoritarias de los poderes políticos, será vista como la instancia mediante la cual los miembros plenos de la sociedad acceden al poder de darse la ley a sí mismos y al goce de las libertades propias de una comunidad autogobernada⁸.

Ahora bien, tal como ha sido ampliamente registrado por la historiografía local, a la hora de instituir el autogobierno y hacer efectivos los derechos de un sujeto ciudadano con arreglo a las libertades positivas de una comunidad cívica, el patriciado fundacional vendrá animado por un espíritu excluyente o uniformizante, propio de un republicanismo selectivo o aristocratizante, más adecuado a un cuerpo cívico de élite que a una ciudadanía igualitaria. Esto se aprecia no solo en las restricciones censitarias de la primera Constitución uruguaya, fieles a las discriminaciones de estatus o de clase de la época, sino también en los desaires de la política de abolengo a las divisorias políticas personalistas o de arraigo popular, persistentemente acompañados de condenas al “espíritu de partido”, explícitamente formuladas en el ya referido Manifiesto Constitucional.

Todavía en las últimas décadas del siglo XIX, en tiempos de rebajamiento del ideal político de la virtud y del civismo republicano, las élites letradas y políticas uruguayas se veían a sí mismas enfrentadas, al igual que sus congéneres patricias de la hora fundacional, al reto de construir y consolidar una unión ciudadana, en medio de severas luchas de poder y democráticas, en gran parte ajenas a los designios políticos monolíticos o excluyentes de un civismo ilustrado o trascendente de divisorias sociales. Y al igual que sus progenitoras letradas, las huestes finiseculares de la política docta seguirán pensando, con la excepción de quienes profesarán un ideario educationista o científico-positivista, que las cuestiones más apremiantes de la nueva nación debían resolverse en términos cívico-normativos o institucionales, más que sociológicos o culturales⁹.

En todo caso, la tradición cívica del pacto fundacional y su némesis de invención disruptiva de la república, co-originaria si se quiere, más de iure que de facto, con las libertades civiles modernas, se mantendrá vigente, aunque con menos fuerza metafísica o práctica, en un republicanismo finisecular, que algunos sentirán como una “religión” y otros como un “patriotismo de la virtud” (Gallardo, 2001), cuyas notas más singulares vendrán dadas por sus mayores convicciones democráticas frente a las de sus ancestros patricios. Así, las huestes políticas e intelectuales posfusionistas del último tercio del siglo XIX, contrarias a diversos esfuerzos de disolución de las viejas tradiciones partidarias, impregnadas de un sentido común político, apegadas a un fuerte principismo constitucional y definitivamente inscriptas en la política de partidos, insistieron en aunar la resolución del problema nacional al protagonismo de un sujeto ciudadano, en gran parte inspirado en melancólicas

⁸ La asimilación de la soberanía de la Nación a una trascendente voluntad política, más que a una representación del conjunto de la sociedad, se refleja en este testimonio del constituyente Lázaro García, expresado en un inconfundible lenguaje rousseauiano: “Cuando la Comisión dijo que la soberanía en su plenitud residía radicalmente en la Nación, entiendo que la universalidad de los ciudadanos comprendía la Nación, y que la soberanía no era otra cosa que la supremacía de la voluntad general” (Asamblea General Constituyente y Legislativa, 1980: 94).

⁹ Téngase en cuenta que, en paralelo con los dificultosos esfuerzos normativos e institucionales de la escuela doctoral de la política local por dar vida a una identidad ciudadana y a una autoridad política común, en medio de severos apremios políticos e institucionales, en el último tercio del siglo XIX, fue gestándose un relato histórico unificador, articulador de una épica cívica y patriótica, sin que le falten algunas tonalidades románticas. En claro deslinde con algunos desfallecimientos patrióticos del viejo patriciado y con los desarraigos y escepticismo localistas de algunos portavoces de la política letrada decimonónica, los representantes más activos de esta última, junto a destacadas figuras del partidismo “neto” o tradicional, vendrán a oficializar una narrativa nacionalizadora de los orígenes y de las luchas políticas de los principales caudillos locales (Bauzá-Ramírez: 1975; Caetano: 1991).

utopías municipalistas, sobre el fondo de un divorcio, histórico o normativo, entre los ideales de república y democracia.

Al mismo tiempo, la centralidad acordada a las excelencias cívicas inherentes a un autogobierno republicano se verá menguada por un apremiante interés en la cuestión de la integración política y ciudadana de una voluminosa población extranjera. Este otro eje de discusión traerá aparejado un desplazamiento del interés anteriormente dispensado a la subjetividad política de un sujeto ciudadano, soberano y cívicamente abnegado, hacia la predicación de una ciudadanía objetivada en sus atributos sociales o en sus aptitudes culturales para incorporarse a la soberanía política, lo cual traerá aparejado distintas fórmulas de ciudadanización o nacionalización de una variada población extranjera. La imagen de una ciudadanía autogobernada y constitutiva de la nación se verá así empalidecida por nuevos lenguajes políticos regenerativos e identitarios, tendentes a servirse de una lógica dualista entre lo propio y lo ajeno, ya sea para incorporar de iure a la vida política a diversos segmentos y estratos poblacionales, ya sea para ampararlos en sus derechos, seguridades y libertades básicas¹⁰.

3. La política y la sociedad confrontadas en el campo de la ciudadanía legal

La cuestión del estatuto cívico de los extranjeros y de su integración a la vida política nacional adquirió tempranamente en el Uruguay el rango de un asunto político apremiante, dado su peso numérico y cualitativo en la sociedad uruguaya. El tratamiento del tema vino condicionado en gran medida por la resistencia de los inmigrantes a adquirir la nacionalidad en un país de agitada vida política y de escasos recursos para hacer valer su autoridad soberana sobre las distintas pertenencias nacionales de los caudales inmigratorios, de fuerte procedencia europea. Incluso, entre los factores inhibidores de la naturalización de los inmigrantes, adscriptos al principio de *ius sanguinis*, cabría contabilizar la igualdad civil entre nacionales y extranjeros, prevista en la constitución fundacional, arraigada en las costumbres y reconocida por el Código Civil de 1868¹¹.

En cualquier caso, las controversias en torno a la cuestión de la ciudadanía de los extranjeros, más allá de su contexto y de los intereses políticos en juego, transitarán por ciertas estructuras conceptuales y valorativas, inscritas en una serie de dualismos discursivos sobre la naturaleza política o adscriptiva, adquirida o heredada de la ciudadanía, abarcando también distintas asunciones sobre el móvil instrumental de la vida política o sobre las condiciones culturales de su ejercicio. Estas polaridades vinieron a alumbrar dos perspectivas de largo aliento sobre la política ciudadana: una de ellas favorable a la ampliación de un cuerpo ciudadano sostenido

¹⁰ Cabe recordar que, si bien la discusión estuvo centrada en la participación política de la población extranjera y en el peso económico o cultural de los inmigrantes comparado al del mundo criollo, luego este tópico se ampliará, en el novecientos, a la cuestión de la integración de las clases proletarias u obreras, de amplia procedencia extranjera, en la antesala de un aceleramiento de la democratización política y en el marco de una incipiente expansión de los derechos sociales (Rodríguez Villamil, 1968; Oddone, 1967; Castellanos, 1996).

¹¹ Varias fueron las oleadas inmigratorias llegadas al país entre 1860 y 1914. De acuerdo con los censos de dicho período, la población extranjera superaba, a fines del siglo XIX, la tercera parte del total y en Montevideo los hombres extranjeros de más de veinte años, edad de acceso al derecho al voto, alcanzaban, en 1889, casi el 80 % del total, mientras que, en 1908, llegaban al 52.7 %. Otro dato relevante es que los extranjeros disponían en esa época de mayores patrimonios y riquezas que los nacionales, siendo preponderantes en el total de propietarios y comerciantes. Ciertamente, esta economía cosmopolita irá perdiendo fuerza a medida que los hijos de la inmigración se vuelvan uruguayos. No obstante, basta considerar la cantidad de periódicos publicados en ese entonces por las colectividades de inmigrantes en sus propias lenguas o bien recordar que en la década de los setenta los maestros de escuela eran en su mayoría extranjeros, para tener una idea del cosmopolitismo de la sociedad uruguaya finisecular (Acevedo, 1943; Rial, 1980; Mourat et Al., 1969).

en atributos o valores sociales, la otra persuadida de las utilidades comunes de la condición no política de algunos segmentos poblacionales, cuando no partidaria de una nacionalización cultural de las identidades grupales trasplantadas.

Las bases de adquisición de la ciudadanía legal para los extranjeros con cierto tiempo de residencia en el país fueron estatuidas en la Segunda Sección de la Constitución fundacional y su reglamentación legislativa fue objeto de diversas disputas políticas a partir de la Guerra Grande (1838-1851). Desde entonces, se sucedieron distintas iniciativas legales tendientes a capitalizar la relación de los extranjeros con la vida política local y a fortalecer su lealtad al orden político vernáculo, por encima de sus pertenencias de origen o de la dependencia jurídica de sus patrias nativas.

Tras un intento fracasado en el año 1892, volvió a presentarse en el Parlamento, en 1898, también sin éxito, un proyecto de ley de ciudadanía obligatoria de los extranjeros comprendidos en el artículo ocho de la Constitución, en el que se contemplaba la posibilidad de su renuncia voluntaria en el plazo de un año. Los fundamentos de esta iniciativa legislativa, presentada por Justino Jiménez de Aréchaga, prestigioso tratadista del Derecho Público y Constitucional, dejaron sentada la idea de una regeneración social de la política nacional mediante la integración compulsiva de la población extranjera. Esta posición se hizo eco de las opiniones que, de una parte, les atribuían a los inmigrantes una saludable distancia respecto a la agitada política nacional, junto a una capacidad material para contener los desmanes gubernativos, y de otra, enfatizaban las bondades formativas de las instituciones republicanas del “Nuevo Mundo” entre los extranjeros de más escasos rudimentos políticos¹².

Argumentaciones similares se advierten en múltiples Tesis de Doctorado en Derecho o en Jurisprudencia dedicadas al tema, donde se verá replicada la idea de un saludable saneamiento social y cultural de la ciudadanía y la soberanía popular, acompañada de un principio de subordinación de los intereses políticos y materiales a los intereses morales de la República. En esta dirección, Emilio Frugoni, fundador del Partido Socialista, vino a defender, en la Convención Constituyente de 1917, una fórmula amplia de ciudadanización de los extranjeros en nombre de una purificación ética de la “política criolla”. A medio camino entre una fraternidad universalista y un internacionalismo socialista, Frugoni dejó sentada su confianza en el avance civilizatorio de una ciudadanía cosmopolita en la que “una dosis no despreciable de sensatez, de cordura, de amor al trabajo y al progreso” viniera a pesar más que “los apasionamientos y fanatismos tradicionalistas” (Convención Nacional Constituyente, 1917: 59).

De estas expresiones extraídas de la corriente favorable a una ciudadanización de la población extranjera y a su rápida integración a la política nacional se desprende tanto una inclinación a extraer a los inmigrantes de su vida civil y de sus afanes materiales, como una actitud favorable a una regeneración social de la ciudadanía, centrada en valores de racionalidad, progreso y bienestar, encarnados en agentes portadores de costumbres saneadas o con menores vicios políticos que

¹² “La intervención de los extranjeros en nuestras cuestiones políticas –decían los considerandos del referido proyecto– tiene que ser sumamente ventajosa para el país. Los extranjeros forman entre nosotros el elemento conservador y la intervención del elemento conservador en las luchas políticas es una garantía de paz y de orden. Los extranjeros se incorporarán a nuestros partidos, pero desprovistos de los odios y de las pasiones tradicionales que a nosotros nos preocupan, y serán, por consiguiente, un elemento de dignificación de los partidos. Sin ese acrecentamiento de fuerzas populares, jamás verá el país establecido y reinando el tan anhelado imperio de las instituciones libres” (Consejo de Estado, 1898).

los cultivados en los ambientes políticos criollos. Se trataba, además, de reducir la desigualdad de ingresos o de fortuna entre nacionales y extranjeros, atribuida al mayor esfuerzo que estos consagraban a sus intereses particulares, mientras los primeros se veían envueltos en los ajetres políticos de una democracia en “estadio larval”.

En contraposición a la idea de una depuración imperativa y a la vez ético-social de la ciudadanía se alinearán quienes, defendiendo la norma voluntaria de la ciudadanía legal, abogarán por las restricciones normativas a la inclusión política de los inmigrantes, ya sea para maximizar las utilidades productivas o laboriosas de un segmento social colocado al margen de la política, ya sea para corregir su ajenidad o distanciamiento respecto a las tradiciones nativas. En cualquier caso, se trata de una postura consustanciada, en parte, con las utilidades políticas de un moderno “privatismo civil” de determinados segmentos de la sociedad, aplicado a un régimen liberal de naturalización de los extranjeros, y en parte, con una nacionalización o socialización localista de estos últimos. Las posiciones gradualistas o asimilacionistas concederán, además, particular importancia a la maduración de un orden político seguro para la integración voluntaria de la población extranjera, más apreciada así por la contribución de su trabajo a la riqueza nacional que por su incontaminada intervención en las contiendas políticas del país.

Alguna de estas posiciones vendrá asociada a un comunitarismo espiritualista, por así decirlo, como en el caso de Setembrino Pereda, activo legislador y escritor político de la época, quien lanzó fuertes censuras a la débil integración de los estratos europeos a la sociedad nacional, subrayando su escasa familiaridad con los “valores democráticos” del país y del Nuevo Mundo, argumentando que la inmigración extranjera constituía una “yuxtaposición de colonias”, cuyo número y preponderancia política afectaban la “dignidad y el prestigio” de la nacionalidad¹³.

Un juicio aún más negativo sobre la condición cívico-moral de los extranjeros ya había sido formulado años atrás, en 1876, por Pedro Bustamante, portavoz del ala más conservadora de la élite política letrada, quien, inspirándose en ciertas asunciones metafísicas proclamó el valor de la individualidad nacional frente a la “atracción de la humanidad”, denunciando, a tambor batiente, los peligros de un cosmopolitismo absorbente. Bustamante se hará eco así de una mentalidad nobiliaria o aristocrática, conmovida por los vacíos espirituales de una “época fenicia”. De ahí su severa censura al afán adquisitivo del mundo inmigrante y a su espíritu “calculista”, en los que verá una fuente causal del descaecimiento tiránico del espíritu público¹⁴.

¹³ En su alegato en favor de una ciudadanía legal restringida, Pereda afirmó: “Dentro de nuestra casa hay una colonia italiana, una colonia española, una colonia francesa, una colonia alemana, una colonia brasileña, una colonia británica y muchas otras más. La sociedad oriental ¿en dónde queda? No son colonias agrícolas, industriales o comerciales espontáneamente formadas por un interés accidental y regidas por los principios de las sociedades civiles, ¡no son genuinas proyecciones de la madre patria, fuertemente organizadas con el vínculo de la nacionalidad de origen, y aspirando a formar una entidad distinta, bajo la protección y dirección de su respectivo Ministerio Diplomático, cuando no de su respectivo agente consular! No piensan con nuestras ideas, ni hablan con nuestro idioma, ni viven con nuestras costumbres, ni se familiarizan con nuestras instituciones, ni se confunden con nuestra nacionalidad [...] La naturalización, si bien da al extranjero, además de los derechos civiles que tiene por igual desde que pisa el territorio, derechos políticos, facultad de ejercer el sufragio electoral, no amolda sus sentimientos, ni los identifica al del ciudadano natural; porque las leyes pueden dar derechos e imponer deberes, pero no tienen la rara virtud de ahogar las palpitaciones del corazón humano” (Pereda, 1901: 17-24).

¹⁴ “Ese elemento egoísta, calculista, materialista –sostuvo Bustamante–, ajeno a toda aspiración que no sea la de la adquisición de la fortuna cuantiosa y rápida, ese elemento es el principal agente de nuestra disolución; el que más obsta a la formación de todo espíritu público; el que más sirve de sustentáculo o arrimo a todas las dictaduras francas o hipócritas, sangrientas o sucias; el que retrae a buenos y da aliento y estímulo a los poderosos; y hace todo eso por los poderosos medios de influencia que le dan el

Por su parte, Francisco Bauzá, historiador y figura relevante del Partido Colorado, se encargó de defender una tesis constitucional contraria a la participación activa, y hasta pasiva, de los no nacionales, desestimando su derecho al sufragio y a la comunicación política en nombre de su segura protección bajo el paraguas de los derechos civiles. Esta posición sintonizará, de alguna manera, con el clásico dualismo de la libertad de los antiguos y de los modernos, puesto en boga por Benjamin Constant, pues Bauzá dejará sentado que, mientras el derecho de ciudadanía de las repúblicas de la antigüedad pagana había sido un factor de discriminación de los esclavos y extranjeros, el Derecho común de las repúblicas modernas habría venido a garantizar el goce de las libertades elementales o civiles a todos los miembros de la sociedad, sin distintivos legales.

Ya en el umbral de la segunda década del siglo XX, Luis Alberto de Herrera, por entonces dirigente de singular destaque en el Partido Nacional, vino a reafirmar la postura nacionalizadora de la ciudadanía, a tono con un patriotismo antiintelectualista o con un tradicionalismo antirracionalista o antiteoricista a la Taine. Herrera elogió “las virtudes de las poblaciones de tierra adentro” y la entraña “gaucha” de la patria, criticando los “doctrinarismos” y su “uso de las ideas generales”, en las que vio el germen destructivo de “los jacobinismos que se vuelven airados contra las patrias y las fronteras”¹⁵. En esta figura emblemática del nacionalismo local, la idea de una ciudadanía moldeada en los códigos de una cultura común vendrá acompañada de un principio de subordinación de la política a la autoridad ética de las tradiciones y de una crónica sospecha hacia lo extraño. La preocupación de Herrera por neutralizar el “rasgo exótico” de lo no-nacional vendrá así animada por llamamientos a “concentrarse sobre sí mismo”, a seguir el “consejo del instinto a la autonomía que nace” o el “trillo acumulado de las generaciones y de los expertos”.

Otras posiciones asimilacionistas del elemento extranjero, formuladas en la Convención Nacional Constituyente de 1917, pondrán un fuerte énfasis en el exclusivismo de una ciudadanía autóctona, viendo con malos ojos la ciudadanía “acomodaticia” de aquellos que desconocerían las tradiciones, la historia, los sentimientos, las necesidades y el idioma nacional. Y no faltarán quienes traerán a consideración la dimensión espiritual de la ciudadanía: “América tiene que ser Continente-Patria y no Continente de inmigrantes; América es patria para todos los que quieran ser americanos de corazón, americanos de alma, no solamente americanos de residencia. No puede ser América la tienda del árabe nómada y estéril en el desierto”¹⁶.

En fin, alguna otra postura contraria a la regeneración externa del cuerpo ciudadano local, vendrá inspirada en una visión funcionalista o utilitaria, cruzada con una inclinación empírica o positivista, alejándose así de las racionalidades normativas o prescriptivas de la tradición docto-principista. Tal es el caso de Martín C. Martínez, activo protagonista de los arreglos constitucionales de 1917, quien vino a resaltar las

número, la posición, la fortuna y hasta la aparente neutralidad. Yo reconozco, sí, que todo pueblo debe sufrir la atracción de la humanidad; pero digo que debe a la vez reaccionar sobre ella si quiere conservar o llegar a construir su propia individualidad, y no es ésta, fácil empresa, en un país que puede decirse pertenece en común a todas las nacionalidades conocidas” (Bustamante, 1968: 44).

¹⁵ “Antes pudo preocuparnos –sostuvo este protagonista de primera línea de la política uruguaya del siglo XX– la sofocación transoceánica. Pocos nosotros y muchísimos los extraños, cabía temor a conflictos inspirados por codicias. Ese peligro lo disipa ahora nuestra fuerza de absorción. El residente es vencido por años de una hospitalidad honrada y generosa. Al cabo de tiempo limitado él se incorpora a nuestra soberanía, pierde el rasgo exótico, ganado por bienestar, afecto y prole [...] Las fiebres libertarias nunca nos ayudarán a encarrilar nuestro patriotismo. Son ciudadanos del Uruguay y no ciudadanos del mundo los que afianzarán los derechos de la República” (Herrera, 1961: 37-38).

¹⁶ Intervenciones de Washington Beltrán y Antonio Buero en la Convención Nacional Constituyente (Convención Nacional Constituyente, 1917: 64, 69).

ventajas funcionales de la fractura política entre nacionales y extranjeros, subrayando la utilidad y los beneficios estabilizadores de la existencia de una masa social puesta al margen de la política, trayendo a consideración una serie de estadísticas confirmatorias de la asimilación gradual o evolutiva de los hijos de los extranjeros a la vida política nacional.

En cualquier caso, estas posiciones o bien pondrán por delante la contribución de la inmigración al progreso económico nacional, privilegiando sus emprendimientos privados o sus utilidades económicas, por encima de la prescripción normativa o de las bondades prácticas de su inclusión política, o bien pondrán especial celo en el fomento de su aculturación, en el apego a las tradiciones locales y en el arraigo a la cultural nacional como una precondición ineludible de una ciudadanía, por así decirlo, “adscriptiva”¹⁷.

4. Conclusión

En su matriz fundacional y en su posterior lógica histórica, el Uruguay revela una autocomprensión ciudadana de la identidad nacional, originariamente dependiente de un ideal de autogobierno y de un sentido constitutivo y normativo de las instituciones políticas. Dicha centralidad de la ciudadanía habría sido difícilmente representable bajo el pensamiento de un nacionalismo identitario, dado el contexto disruptivo de una nación nueva o en “pequeño formato”, junto a la preeminencia de un sentido político de nación, inscripto en la experiencia y la tradición cívica de las más emblemáticas repúblicas modernas.

No obstante, como se desprende de los desgloses analíticos y discursivos anteriores, la autocomprensión ciudadana de la vida política nacional transitará por dos momentos genealógicos, informados por ciertas estructuras discursivas de fuerte ascendencia política y simbólica en los derroteros históricos de la política nacional. Por un lado, el lenguaje originario encontrará en la centralidad de un ciudadano enunciado como un sujeto político instituyente de la república y a la vez instituido en función de los bienes y deberes intrínsecos al autogobierno republicano, las respuestas posibles y aceptables para la invención política de una identidad común. Se trata de una ciudadanía consagrada a custodiar las libertades comunes, más que a velar por los valores constitutivos de la nación o por los intereses materiales de una sociedad civil antepuesta al Estado o a la sociedad política. Esta representación de un ciudadano reconocido en su subjetividad política y a partir también de la exterioridad objetiva de un *ethos* cívico republicano, no solo cargará con los déficits morales de una onerosa abnegación cívica y de un perfeccionismo ético normativamente precario; también vendrá condicionada por un designio ilustrado uniformizante y por un orden institucional centralizado, tributarios de una intrínseca intolerancia hacia las divisorias democráticas o hacia las diferencias disruptivas del orden común. Y, si bien esta suerte de constructivismo político, desprovisto de referencias culturales o tradicionalistas, auto-legitimado por la autoridad constitutiva de una normativa común, dejará abierta la posibilidad de un “patriotismo constitucional” o de un constitucionalismo robusto, también sentará las bases de una

¹⁷ La Convención Constituyente de 1917 terminó pronunciándose en favor del régimen de naturalización voluntaria de los extranjeros, conforme, entre otros requisitos, al tiempo de residencia o al estado civil, asimilando la ciudadanía a un derecho o beneficio adquiridos bajo determinadas condiciones restrictivas. Según reza la resolución de la Comisión de Constitución y Legislación, “la extensión inmoderada de semejante derecho a todos los extranjeros, sin limitación, expondría a que interviniieran en la vida política del país elementos sin ninguna vinculación a él y, por lo mismo, completamente indiferentes a su suerte, por lo que se manifestarían como fuerzas cívicas perniciosas para el juego regular de las actividades ciudadanas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1980: 55).

política soberana u omnipotente, librada al manejo discrecional de los actores políticos, sensible a las corrientes de opinión y a los equilibrios de poder, no siempre compatibles con los ordenamientos normativos constitucionales, ni del todo amigables con las rationalidades técnicas o las competencias expertas¹⁸.

Por otro lado, el discurso consustanciado con las excelencias políticas de un sujeto ciudadano escindido de lo social y de espíritu patriótico, será abandonado por el lenguaje que, bajo la cuestión apremiante de la relación de los extranjeros con la vida política nacional, encontrará en un catálogo de atributos sociales o culturales las condiciones necesarias para una ciudadanía confrontada a una realidad de intereses y formas de vida dispares. Desde esta otra perspectiva, la ciudadanía pasará a ser predicada de aquellos agentes portadores de un conjunto de virtudes sociales o culturales, compatibles con una soberanía política racional o con las utilidades de una economía moderna. Este otro orden de discurso vendrá animado por una doble pretensión de racionalización política y de cohesión cultural, según se conceda a los no nacionales una cualidad regenerativa de la política vernácula o se les prescriba una aculturación previa a su ingreso al mundo político local. Pero en ambas fórmulas de integración política se advierte un distanciamiento de las preocupaciones políticas de la matriz originaria, junto a una menor consideración de imperativos prácticos o normativos universalistas, incluyendo también cierto desdén, pese a su interés por los hábitos sociales de los ciudadanos, por sus afanes privados o por el *ethos* adquisitivo de la vida moderna.

En resumidas cuentas, mientras las invenciones republicanas originarias dejan traslucir, en términos teóricos e históricos, sus clausuras ilustradas o sus blindajes democráticos, las fórmulas de adquisición legal de la ciudadanía evidencian una similar tendencia a diluir la heterogeneidad social en distintos estándares unificadores o uniformizantes. Ambas actitudes expresan diferentes predicados reificantes de una pluralidad ciudadana, sirviéndose de estándares de conducta tributarios de oposiciones encerradas en monolitismos políticos o sociales que, además de librarse a fantasías genéticas o a teleologías regenerativas, encierran un sentido sacrificial de la ciudadanía, conforme a una identificación de lo común con una renuncia a las auto-referencias singulares o con una lógica de previsibilidad y reproducción del orden político.

Nótese que estas posiciones, al margen de algún forzamiento deshistorizado, guardan una estrecha relación -conceptual y normativa- con las tradiciones republicanas, liberales y comunitaristas de la ciudadanía, las cuales han venido animando gran parte del resurgimiento de la cuestión ciudadana en los últimos tiempos. Mientras las ideas fundaciones y de incorporación imperativa de la población extranjera a la política nacional, consustanciadas con la dimensión política de la vida social y con una ética trascendente del interés propio, revelan ciertas sintonías con la tradición republicana, la corriente favorable a una adquisición voluntaria de la ciudadanía legal deja entrever un espíritu liberal, en particular, una preferencia por el lenguaje normativo de los derechos y un menor interés por las virtudes políticas. A su vez, la celebración de una ciudadanía arraigada en tradiciones y culturas locales se presta a una mayor identificación con un comunitarismo acaso más histórico que

¹⁸ Siguiendo en parte a Real de Azúa (1991), esta tradición podría catalogarse como un nacionalismo cívico, históricamente mediado por una autoestima diferenciadora ante los dos grandes países vecinos, lógicamente extraña a entidades unificadoras como las de pueblo-nación o Estado-nación, más reconocible por su inclinación a los arreglos democráticos y a la participación en el poder político que por una identificación práctica o normativa con la Constitución o con el universalismo de derechos constitucionalmente tutelados.

ontológico, más teóricamente irreflexivo, también podría decirse, que normativo o crítico¹⁹.

En cualquier caso, más allá de las eventuales inscripciones teóricas de las alternativas desglosadas y de su reclusión en un espacio político-estatal sujeto, en los últimos tiempos, a fuertes impactos globalizadores, en ellas se advierte un similar tratamiento uniformizante de la ciudadanía y una común tendencia a subsumir su universalismo normativo o sus reconocimientos recíprocos en un orden de atributos o valores presentes o ausentes en los individuos o en sus formas de vida. Sea en nombre de la causa de la política, de una libertad civil jurídicamente tutelada o de una aculturación asimiladora, el caso es que las fórmulas de una ciudadanía saneada o apta para la vida cívica presentan una misma inclinación hacia una política absorbente de la diversidad, llamada a remodelar o a invisibilizar lo extraño o lo diferente.

De hecho, apelando a una hipótesis propiciatoria de mayores abundamientos históricos o empíricos, tales rumbos semánticos y valorativos quizás hayan contribuido a arraigar en las élites políticas uruguayas una tendencia a construir una república más celosa del cultivo de su vida política o de la identidad común de sus ciudadanos, que del cuidado de la visibilidad pública de sus diferencias éticas y sociales. Incluso, yendo más lejos en la dirección de esa hipótesis indagatoria, podría aventurarse que la problemática determinación sustancial de “quién es” o “quién es más” sujeto o miembro de un estatus ciudadano, de suyo portadora de violencias normativas o simbólicas, haya sido absorbida y desactualizada en una era democrática agnóstica ante los ideales de abnegación cívica o ante las fórmulas de distribución social de la virtud, limitada a regirse por la igualdad contable de las preferencias electivas y manifiestas de los ciudadanos, descargándolos así de mayores reflexividades críticas o de descentraciones éticas. Dicho giro hacia un democratismo modesto, habría traído aparejado una desvalorización de los estándares monolíticos o unificadores de un histórico republicanismo-liberal o de un comunitarismo acriollado. En su lugar, la democracia habría venido a servirse de una objetivación commensurable de intereses calculables y racionalidades estratégicas, acudiendo a su propia lógica anticipatoria de lo mismo y su otro, a sus intrínsecas formas de administrar, en fin, sus alteridades arcanas o invisibilizadas.

Bibliografía

- ACEVEDO, E. (1934), *Anales históricos del Uruguay*, Barreiro y Ramos, Montevideo.
 AGUILAR, A. y ROJAS, R. (Coords.) (2002), *El republicanismo en Hispanoamérica: ensayos de historia intelectual y política*, Fondo de Cultura Económica, México.
 ANDERSON, B. (1983), *Imagined Communities; Reflections on the origin and spread*

¹⁹ Recordemos que, mientras la tradición republicana tiende a identificar la ciudadanía con una activismo participativo, conforme a un ideal de autodeterminación política o a un civismo perfeccionista, privilegiando los deberes de involucramiento con los asuntos colectivos más que las defensas negativas hacia la política, el liberalismo jerarquiza la libertad de los individuos, tanto para recortar las cargas u obligaciones políticas que no favorezcan instrumentalmente su autonomía moral o electiva, como para reforzar los dispositivos maximizadores de su bienestar agregado o equitativo. A su vez, la concepción comunitarista de la ciudadanía tiende a privilegiar una condición identitaria de los individuos, junto a sus compromisos primordiales o a sus yoes socialmente situados, resaltando los significados contextuales de las prácticas y bienes comunes (Beiner, 1997; Miller, 1997). Estas concepciones, dicho sea de paso, han sido objeto de una serie de cuestionamientos, algunos de ellos provenientes del pensamiento feminista y posmoderno, y otros emanados de las teorías consustanciadas con un “patriotismo constitucional”, postwestfaliano o postnacional (Kymlicka-Norman, 1997; Philips, 1991; Habermas, 1989). Se trata de controversias que, de algún modo, han venido a poner en evidencia las dificultades de las lógicas teóricas tradicionales de la ciudadanía, centradas en sus componentes participativos, normativos o “adscriptivos”, para dar cuenta, en el terreno teórico y político, tanto de lo común como de las diferencias o exclusiones de otredades políticas negativamente constituidas en base a alguna identidad primera o fundamental.

- of Nationalism*, Verso, Londres.
- ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE Y LEGISLATIVA (1980), *Diario de Sesiones de la Asamblea General Constituyente y Legislativa (1828-1830)*, Ed. de la Nava, Montevideo.
- BAUZA, F. y RAMIREZ J. P. et Al. (1975), *La independencia Nacional*, Clásicos Uruguayos. Biblioteca Artigas, Montevideo.
- BEINER, R. (1997), "Liberalismo, nacionalismo, ciudadanía; tres modelos de comunidad política", *Revista Internacional de Filosofía*; núm. 10, pp. 5-22.
- BOTANA, N. (1984), *La tradición republicana*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires.
- BUSTAMANTE, P. (1968), "Carta a Juan Carlos Gómez" en REAL DE AZUA, C. (Comp.), *Uruguay y sus problemas en el siglo XIX (antología)*, CEAL, Buenos Aires, pp. 42-48.
- CAETANO, G. (1991), "Notas para una revisión histórica sobre la cuestión nacional" en ACHUGAR, H. (Ed.), *Cultura(s) y nación en el Uruguay de fin de siglo*, Arca, Montevideo, pp. 17-46.
- CASTELLANOS, E. (1996), "Uruguay: un caso de Bienestar de Partidos", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Instituto de Ciencia Política, núm. 9, pp. 107-126.
- CHIARAMONTE, J. C. (2010), "La antigua constitución luego de las independencias, 1808-1852", *Desarrollo Económico*, vol. 50, núm. 199 (octubre-diciembre), Buenos Aires, pp. 331-361.
- CONSEJO DE ESTADO (1898), *Actas del Consejo de Estado*, Biblioteca del Palacio Legislativo. Montevideo, Uruguay.
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE (1918), *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Imprenta Nacional, Montevideo.
- DE HERRERA, L. A. (1961), *La formación histórica rioplatense*. Coyoacán, Buenos Aires.
- DE LA BANDERA, M. (1989), *La Constitución de 1967*, Secretaría del Senado, Montevideo.
- FERRY-RENAUT, A. (1991), *Filosofía Política; de los Derechos del Hombre a la idea republicana*, Fondo de Cultura Económica, México.
- FONTANA, B. (Ed.) (1994), *The invention of the modern republic*, Cambridge, University Press, Cambridge.
- GALLARDO, J. (2001), "La religión republicana en la política uruguaya del siglo XIX" en GIOSCIA, L. y CAETANO, G. (Eds.), *La ciudadanía en tránsito*, Banda Oriental, Montevideo, pp. 39-68.
- HABERMAS, J. (1989), *Identidades Nacionales y posnacionales*, Tecnos, Madrid.
- HABERMAS, J. (1999), *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona.
- HALL, J. (2011), *The State of Nation; Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, J. (1992), *La Constitución Nacional*, Cámara de Senadores, Montevideo.
- KYMLIKA-NORMAN, W. (1997), "El retorno del ciudadano. Una revisión a la producción reciente en teoría de la ciudadanía", *La Política*, núm. 3, pp. 5-40.
- MARTINEZ M. C. (1964), *Ante la nueva Constitución*, Colección Clásicos Uruguayos. Biblioteca Artigas, Montevideo.
- MENDEZ VIVEZ, E. (1990), *El Uruguay de la modernización (1876-1904)*. Banda Oriental, Montevideo.
- MILLER, D. (1997), "Ciudadanos y Pluralismo", *La Política*, núm. 3, pp. 69-92.
- MOURAT, C. et Al. (1969), *Cinco perspectivas históricas del Uruguay moderno*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ODDONE, J. (1966), *La formación del Uruguay Moderno; la inmigración y el desarrollo económico-social*, Ed. Universitaria, Buenos Aires.
- ODDONE, J. (1967), *Economía y sociedad en el Uruguay liberal*, Banda Oriental, Montevideo.
- PEREDA, S. (1901), *Cuestión constitucional; la naturalización*, La Vida Moderna,

- Montevideo.
- PHILIPS, A. (1991), "Citizenship and Feminist Theory" en ANDREWS, G., *Citizenship*, Lawrence & Wishart, Londres, pp. 76-88.
- PHILIPS, A. (2000), "Feminism and Republicanism: is this a plausible alliance?", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 8, núm. 2, pp. 279-293.
- PIVEL DEVOTO, J. (1955), *Las ideas Constitucionales del Dr. José Ellauri. Contribución al estudio de las fuentes de la Constitución uruguaya de 1830*, Talleres Gráficos de A. Monteverde y Cía., Montevideo.
- REAL DE AZUA, C. (1981), *El patriciado uruguayo*, Banda Oriental, Montevideo.
- REAL DE AZUA, C. (1991), *Los orígenes de la nacionalidad uruguaya*, Arca, Montevideo.
- RIAL, J. (1980), "Estadísticas históricas de Uruguay 1850-1930", CIESU, Montevideo.
- RILLA, J. (2008), *La actualidad del pasado. Usos de la historia en la política de partidos del Uruguay (1942-1972)*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires.
- RODRIGUEZ VILLAMIL, S. (1968), *Las mentalidades Dominantes en Montevideo (1850-1900)*, Banda Oriental, Montevideo.
- WHITE, S. (2009), *The Ethos of a Late-Modern Citizen*, Harvard University Press, Cambridge.

Gracia y justicia: el lugar de la utilidad pública (justicia transicional y situaciones de necesidad)

Grace and justice: the place of public utility (transitional justice and situations of necessity)

Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid
alfonso.ruiz@uam.es

Recibido / received: 11/07/2018
Aceptado / accepted: 13/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4340>

Resumen

Este texto, que forma parte de un estudio más amplio sobre el indulto, analiza la relación entre el derecho de gracia y la utilidad pública. Tras diferenciar entre razones de clemencia o compasión, de justicia y de utilidad, se examinan separadamente, en primer lugar, los dos criterios básicos que pueden justificar el derecho de gracia: las circunstancias de justicia restaurativa y las situaciones de necesidad; y, en segundo lugar, los procedimientos y órganos apropiados para su aprobación (amnistías e indultos, sea generales o particulares).

Palabras clave

Gracia, clemencia, justicia, utilidad pública, justicia transicional y restaurativa, situaciones de necesidad, amnistía, indultos generales y particulares.

Abstract

This text, which is part of a wider study about grace, analyses the relationship between legal mercy and public utility. After distinguishing between reasons of clemency or compassion, justice and utility, the essay examines separately, firstly, the two basic criteria that are able to justify legal mercy: circumstances of restorative justice and situations of necessity; and, secondly, the proceedings and authorities suitable for that mercy (amnesties and either general or particular pardons).

Keywords

Grace (Mercy), clemency, justice, public utility, transitional and restorative justice, situations of necessity, amnesties, general and particular pardons.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Utilidad pública y justicia. 3. Justicia transicional y restaurativa: perdón y olvido. 3.1. La emergencia de la Justicia transicional. 3.2. Tensiones entre justicia y paz y modelos de justicia transicional. 3.3. Justicia, olvido y perdón. 4. Situaciones de

necesidad. 5. Los procedimientos: amnistías, indultos generales e indultos particulares. 6. Conclusión.

1. Introducción

Este escrito es parte de un estudio más amplio sobre la justificación filosófico-jurídica del derecho de gracia, tanto en sus aspectos sustantivos como, de manera más indirecta, institucionales¹. Desde un enfoque eminentemente filosófico-jurídico, la pretensión central del estudio es plantear algunos problemas filosóficos generales y sustantivos sobre la justificación ético-política del derecho de gracia, lo que va más allá de la estricta figura del indulto para dar protagonismo a nociones como las de justicia, clemencia, equidad, etc. y a su relación con otras formas de indulgencia ejercidas por distintos actores jurídicos. De manera secundaria el estudio trata de extraer de la reflexión sustantiva algunas posibles derivaciones o sugerencias a propósito de la mejor atribución de competencias a unas u otras instituciones, donde se sitúa el debate sobre el lugar del indulto y la posibilidad y alcance de la amnistía.

El estudio parte de una introducción que propone un análisis histórico de la prerrogativa de gracia, basada en la idea de soberanía, y del contraste entre las ideas de gracia y de justicia, que modernamente se identifican con las exigencias del Estado de Derecho. Desechada la tradicional concepción puramente discrecional de la gracia, se analiza luego si tanto la justicia como la gracia pueden conservar todavía alguna justificación al amparo de tres rúbricas diferentes: la equidad, la clemencia y la utilidad pública. En la equidad la gracia se da la mano con la justicia o, más precisamente, con una forma de justicia indulgente que modera la justicia rigurosa. En la clemencia, entendida restrictivamente como compasión o misericordia, la gracia se presenta en contraste con la justicia y la igualdad, lo que resulta de difícil justificación salvo mediante una regulación legal específica de algunos supuestos, como la enfermedad incurable o la pena natural. Y, en fin, por la utilidad pública, que apela al interés general, la gracia puede justificarse como una excepción a la justicia en situaciones críticas, sea de naturaleza fundacional (justicia transicional y restaurativa), o sea por otros motivos de especial y grave necesidad. El presente escrito reproduce únicamente el último apartado del estudio, proponiendo en la conclusión una rápida síntesis de las tres rúbricas mencionadas.

2. Utilidad pública, clemencia y justicia

En la justificación del derecho de gracia por razones de utilidad pública el término “utilidad” se usa en un sentido amplio, no estrictamente asociado con el utilitarismo, para comprender razones diferentes a las de clemencia o compasión y a

¹ A su vez, el estudio forma parte de un proyecto de investigación sobre el indulto (DER2013-45562-P de la Secretaría de Estado de Investigación del Gobierno de España), dirigido por el profesor Fernando Molina, que se publicará en dos versiones: una más sintética, en inglés, y otra completa, en castellano. Con algunas adiciones, especialmente en el epígrafe 3, el presente texto corresponde al último de los cuatro apartados de mi estudio más amplio (“Gracia y justicia: más allá del indulto”, en Molina y Carracedo, 2018). Los tres restantes apartados se han publicado previamente en distintas revistas: vid., por el orden de los apartados, Ruiz Miguel 2018b, 2017 y 2018a (adviento también de que la Introducción y la Conclusión del presente estudio son prácticamente comunes con las del primero de esos tres escritos).

Mi especial agradecimiento a Eva Carracedo, Enrique Peñaranda y Francisco J. Laporta. Asimismo, me he beneficiado del excelente texto preparado para este mismo proyecto de investigación por Liborio L. Hierro, “Sobre el indulto. Razones y sinrazones”, que cito con referencia a sus apartados. Agradezco también las sugerencias de las dos evaluaciones anónimas de esta revista, que he atendido prácticamente en todos sus puntos, excepto en las sugerencias de ampliación a la jurisprudencia constitucional y administrativa, que excederían el marco de este estudio.

las de justicia, abarcando criterios de necesidad o urgencia social, especial provecho o beneficio público y similares.

Con tal significado amplio, la utilidad pública se puede distinguir claramente de la idea de clemencia por dos criterios fundamentales: el primero, que mientras la clemencia se ejerce esencialmente en favor de personas determinadas y por razones estrictas de compasión, la utilidad pública constituye un principio genérico, de carácter teleológico, cuyo destinatario es colectivo, idealmente, la comunidad en su conjunto, una diferencia por la que en estos casos parece más propio hablar de lenidad que de indulgencia²; el segundo, que mientras la clemencia parece esencialmente discrecional, la utilidad pública se presenta siempre como una finalidad que la autoridad está obligada a perseguir y a realizar en la medida de lo posible.

Las relaciones entre la utilidad pública y la justicia son más complejas que con la clemencia, como puede observarse con tres rápidas observaciones. En una primera aproximación, desde una concepción liberal al menos, hay una conexión normativa ordinaria entre ambas en cuanto que la garantía de los criterios de justicia se integra como un componente de la noción de utilidad pública en sentido amplio, equivalente a interés general o bien común: idealmente, si la garantía de los derechos básicos en que consiste la noción de justicia es el núcleo de la justificación del Estado, parece que no puede admitirse un conflicto frontal y generalizado entre justicia y utilidad pública. Bajo una segunda reflexión, la noción de utilidad pública se utiliza en ocasiones en un significado más restringido para calificar a las acciones y políticas necesarias para el funcionamiento del Estado y la prosperidad de la sociedad (infraestructuras, fomento, bienestar social...); aunque tales acciones y políticas puedan ser condiciones necesarias para la realización de los derechos más básicos, la utilidad pública en ese sentido suele diferenciarse de la justicia. Como última observación, en fin, la utilidad pública puede llegar a presentarse en conflicto con la noción de justicia: Kant (1795: 146-147) así lo aceptó cuando defendió la resolución del conflicto mediante el *fiat iustitia et pereat mundus*, justo la respuesta antagónica a la que había dado Hume pocos años antes:

“Cuando la ejecución de la justicia se obtendría con consecuencias muy perniciosas, en tales emergencias tan extraordinarias y apremiantes, tal virtud debe ser suspendida para dar paso a la utilidad pública. La máxima *fiat Justitia & ruat Cœlum*, hágase la justicia aunque se destruya el universo, es palmariamente falsa... [...] *Salus populi suprema Lex*, la salvación del pueblo es la ley suprema...” (1777, II. xiii: 489).

Al igual que ocurre con la clemencia, el derecho de gracia es precisamente uno de los campos abonados de esa posible discordancia entre la justicia y la utilidad pública.

² En el estudio más amplio utilicé el término “clemencia” para referirme al sentido estricto de reducción o perdón de la pena por razones de compasión o misericordia, usando en general el de “indulgencia” para referirme a toda mitigación o exclusión de la sanción en beneficio del acusado o condenado, y mucho más raramente el más genérico y neutro de “lenidad”. Por lo demás, las nociones de indulgencia y de lenidad vienen a coincidir con el significado amplio de la clemencia (y la gracia), como moderación en la sanción, con dos salvedades: primera, que en una cultura impregnada de influencias cristianas como la nuestra las ideas de clemencia y, aunque en menor medida, de indulgencia llevan una connotación valorativa favorable de la que carece la idea de lenidad, cuyo uso, más descriptivo, es compatible con la crítica por su exceso o abuso; y, segunda, que el carácter virtuoso de la clemencia parece más marcado que el de la indulgencia, pues mientras no resulta chocante hablar de exceso de indulgencia, si lo parece hablar de exceso de clemencia (lo que quizás no sea solo una peculiaridad del castellano, sino que podría estar arraigado desde la cultura clásica: así, conforme a la interpretación de Anthony Duff, la clemencia (έλεήσαι) aristotélica es necesariamente virtuosa: “ser clemente [merciful] es ser indulgente en el momento justo, sobre las cosas apropiadas, hacia la gente adecuada, por el fin justo y de la forma justa [Ética nicomáquea, 1106b]” (Duff, 2011: 469).

Dejando aparte los casos en los que la utilidad pública se utiliza como mera fachada para encubrir indultos o amnistías por inconfesables intereses parciales, pueden distinguirse dos tipos de supuestos en los que aquel criterio podría justificar el uso del derecho de gracia, ambos caracterizados por producirse en circunstancias críticas: de un lado, los supuestos habitualmente denominados de “justicia transicional”, cuyo paradigma son las transiciones democráticas, y, de otro lado, los basados en otras razones de necesidad o acusada conveniencia, que agrupan situaciones de distinta naturaleza, como el hacinamiento de las prisiones, el intercambio de espías o prisioneros entre Estados, la liberación de presos ante un secuestro con rehenes y otros similares. La diferencia más relevante entre los dos tipos de casos no está tanto en su naturaleza política o económica como en que solo en el primero parece apropiado hablar de perdón estatal en el sentido estricto de remisión de una pena en aras de una cierta reconciliación. Analizaré primero los principales problemas de justificación sustantiva de uno y otro tipo de supuestos, reservando para el último apartado el análisis de los procedimientos.

3. Justicia transicional y restaurativa: perdón y olvido

La apelación a la utilidad pública por razones políticas fundacionales está en el origen de la institución y del término “amnistía” (ἀμνηστία: olvido), con los que Atenas reintrodujo la democracia en el 403 a.C. tras el gobierno de los Treinta Tiranos³. Es también, seguramente, el argumento en favor del derecho de gracia más pujante y el más resistente a su abolición. Entre los varios y complejos problemas que subyacen a la justicia transicional, que ha recibido una enorme atención académica en los últimos años, tras unas consideraciones sobre el alcance y relevancia de la teorización de esa especial forma de justicia (§ 3.1), me centraré después en las condiciones esenciales de su legitimidad en el marco de las tensiones entre justicia y paz (§ 3.2), para concluir el apartado con unas reflexiones sobre las relaciones entre justicia, olvido y perdón.

3.1. La emergencia de la Justicia transicional

Se denominan situaciones de justicia transicional —o, con un matiz diferente, restaurativa⁴— a un conjunto de prácticas y decisiones políticas, entre las que suelen figurar las amnistías, en las que se producen restricciones a una aplicación estricta de la justicia en beneficio de un futuro pacífico y respetuoso del imperio de la ley y de la democracia. Originariamente, y ese es todavía hoy su núcleo significativo, la noción de justicia transicional, se comenzó aplicando a las transiciones a la democracia de Latinoamérica en los años 80 y de Sudáfrica y los países del Este en los 90, que, con los juicios de Núremberg y Tokio en el trasfondo, pretendían afrontar las transiciones a sistemas democráticos desde un régimen dictatorial responsable de graves

³ Vid. sobre ello Elster (2004: 3) que comienza afirmando que la “justicia transicional democrática es casi tan vieja como la democracia misma”.

⁴ La justicia restaurativa se suele proponer como una manifestación o concreción de la justicia transicional pero de dos formas diferentes. En su forma descriptiva, se ha distinguido conceptualmente entre tres tipos de instrumentos o mecanismos jurídicos de la justicia transicional, que pueden darse conjuntamente en la práctica: los de justicia retributiva (como los juicios penales, con su contrapartida en las amnistías), los de justicia restaurativa (comisiones de verdad, reparaciones materiales y simbólicas, etc.) y los de justicia institucional (reformas judiciales y administrativas, depuraciones, etc.) (cf. Forcada, 2011: 23-27). En forma valorativa, por su parte, la justicia restaurativa se presenta como un modelo ideal de justicia transicional en contraposición a los arreglos meramente transaccionales insuficientemente justos (salvo advertencia en contrario, aquí utilizo la expresión preferentemente en este segundo sentido).

atrocidades y abusos⁵. Sin embargo, el concepto ha sufrido una considerable expansión en los últimos años hasta aplicarse también a conflictos tanto interestatales como intraestatales, e incluso dentro de sistemas democráticos⁶, como es muestra eminente de este último caso el largo proceso de negociaciones entre la guerrilla y el Estado colombiano. Aunque este significado ampliado es conceptualmente marginal respecto del significado originario y central, hasta el punto de que tiende a diluir el carácter políticamente fundacional de la justicia transicional, ambos tienen en común la aplicación de mecanismos de transacción entre posiciones en conflicto donde tiende a dominar la búsqueda de la pacificación sobre la pretensión de hacer justicia estricta⁷. De ahí la utilización en tales contextos de expedientes como la amnistía, sugerentemente definida por una estudiosa brasileña como “a medida de interesse coletivo, inspirada na necessidade de paz social a fim de se fazer esquecer comoções insteinais e pacificar espíritos tumultuados” (Seixas, 2014).

La inclusión de las amnistías políticas en el marco de la justicia transicional parece sugerir la aparición de un llamativo giro en la relación entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales⁸. Al parecer, la doctrina dominante en esta nueva materia teórico-práctica, hoy ya consolidada con el nombre de *Justicia transicional*⁹, tiende a asumir una serie de criterios tanto conceptuales como prácticos que, junto a efectos encomiables, en determinados casos pueden producir también consecuencias indeseables. La idea fundamental de esta nueva disciplina postula la existencia de ciertos principios jurídicos unificadores y específicos de las situaciones de transición, en último término afincados en el Derecho internacional de los derechos humanos, que operarían no solo como limitaciones de la acción política (sea prohibiendo, en el caso de ciertas modalidades de amnistía, sea obligando o recomendando, en el caso de las comisiones de la verdad)¹⁰, sino también como

⁵ Cf. Rangelov y Teitel (2014: 338-339); y Turner (2013: 195-196 y 204). En realidad, los precedentes de la justicia transicional como expresión de momentos políticos fundacionales se han llegado a remontar desde la Grecia clásica hasta las ejecuciones de Carlos I y Luis XVI (Teitel, 2000: 29).

⁶ Cf. Szablewska y Bachmann (2015: 340-343); Rangelov y Teitel (2014: 345-349); Turégano, (2013b: 47-49); y Turner (2013: 196-197 y 202). Esta última autora ha llegado a afirmar que ya desde finales del siglo XX la etiqueta de “transición” se aplica de manera muy diferente, pues “más que referirse a conflictos interestatales o dictaduras militares, la mayor parte de la actividad de la justicia transicional ha surgido como resultado de acuerdos de paz. El final de un conflicto por un acuerdo negociado significa que no había claros vencedores o perdedores”.

⁷ Que el significado amplio de la justicia transicional sea *conceptualmente* marginal no quiere decir que también lo sea *materialmente*, es decir, respecto del número de casos a los que se ha aplicado: así, entre 1970 y 2004 se han computado 129 países que han utilizado mecanismos de justicia transicional (con 424 amnistías, 267 enjuiciamientos, 68 comisiones de la verdad, etc.), de los cuales solo 74 (con 49 enjuiciamientos y 46 amnistías) corresponden a países que han pasado de una dictadura a la democracia (cf. Forcada, 2011: 79-80).

⁸ Una buena y muy útil descripción de la evolución contemporánea del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho penal internacional, con conclusiones muy mesuradas, en Almqvist (2013).

⁹ En efecto, en cuanto materia de estudio, la Justicia transicional ha dado lugar a un campo con la suficiente pujanza y autonomía como para contar desde 2007 con una revista académica cuatrimestral, publicada por Oxford Academic: el *International Journal of Transitional Justice*. El logro es llamativo si se tiene en cuenta que la expresión “justicia transicional” fue acuñada en 1991 por Ruti Teitel (Rangelov y Teitel, 2014: 338) y que en 1999 un científico social muy cercano al tema como Jon Elster todavía no la daba por establecida (Elster 2004: xii; para más datos sobre el tema, indicando sin embargo 1995 como fecha de fijación de la etiqueta, cf. Forcada, 2011: 10 y 97-98). Quizá la fortuna del término pudo llegar tras el seminal libro de Teitel sobre el tema (Teitel, 2000), que en lo esencial es una defensa del papel político del Derecho y de la consiguiente necesidad de compromisos entre el realismo político y el idealismo moral. Para una incisiva crítica de la “macrodisciplina”, remito al valioso estudio de Forcada (2011: 112, y especialmente: 94 ss.), que en general parte de una visión escéptica sobre la Justicia transicional, el Derecho penal internacional y hasta el mismo Derecho internacional, que solo en las páginas finales mitiga con una contrastante y para mí algo candorosa apelación a la educación.

¹⁰ En relación con las limitaciones de las amnistías, véase Ollé (2013); cf. también Rangelov y Teitel, (2014: 340-342) que destacan que en la presente internacionalización jurídica “cada vez más aparece que la justicia transicional implica un emergente «derecho a la rendición de cuentas [accountability]»,

definitorios y configuradores de las situaciones de transición y de las medidas que se deben adoptar en ellas¹¹.

Si a tales principios se une, de un lado, el carácter performativo —es decir, de creación de realidad por parte de la sola teoría— del que la nueva disciplina presume por su gran influencia práctica gracias a la intensa interacción entre académicos, agencias internacionales y activistas¹², y, de otro lado, la tendencia a adquirir vida propia de los conceptos jurídicos en este campo¹³, son fácilmente inteligibles las objeciones que en nombre de las posibilidades de la paz y la estabilidad democrática en distintos contextos políticos se hacen a la doctrina de la justicia transicional. Y si además esa performatividad y esa creatividad conceptualista se pretenden aplicar a situaciones transicionales de carácter marginal, en especial dentro de sistemas democráticos que han sufrido conflictos sociales o territoriales, a las tensiones entre la justicia y la paz es fácil que se sumen, disfrazadas bajo el manto del Derecho, tensiones políticas derivadas de las pretensiones de deslegitimación y debilitamiento de democracias razonablemente constituidas y asentadas¹⁴.

incluyendo el derecho a la verdad, a las reparaciones, así como a la persecución penal" (p. 341). No obstante, esta tendencia es más clara en la Corte Penal Internacional y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Klinkner y Smith, 2015, donde para una profundización del tema es muy útil el elenco bibliográfico de documentos y decisiones judiciales internacionales relevantes en pp. 25-28; Kogan, 2015; y Gil y Gil y Maculan, 2013: 151-154). Aun así, la cuestión misma no deja de ser disputada entre los cultivadores del Derecho internacional, pues también se han expresado dudas sobre la existencia y alcance de tales limitaciones (así, cf. Forcada, 2011: 30 y ss., 47-49 y 162-163).

¹¹ Cf. Turner (2013: 198 y ss.) que destaca cómo "ha emergido como dominante una narrativa ecuménica [overarching], manifestada en una convergencia de opinión de que existen ciertos principios unificadores de la justicia en transición y de que esos principios normativos están incorporados en mecanismos como juicios, comisiones de la verdad y reparaciones" (p. 198); y, mucho más críticamente, Forcada, 2011, §2.1, que se refiere gráficamente a la «plantilla jurídica» transicional, especialmente en referencia a la para él discutible prohibición jurídico-internacional de las amnistías que no garantizan el derecho de las víctimas a recursos efectivos para la reparación del daño, su derecho a la verdad y a castigar a los responsables de genocidios, delitos de lesa humanidad, guerra, torturas y desapariciones forzadas y otras violaciones graves de los derechos humanos (pp. 30-32). En fin, para una propuesta "parcialmente integrativa del Derecho nacional y el Derecho internacional" en situaciones de transición, véase Turégano (2013b: 50 y ss.).

¹² Cf. Rangelov y Teitel (2014: 340); Turner (2013: 197-198); y Forcada (2011: 10-11 y 24).

¹³ "... la emergencia del concepto de transición, y consecuentemente de justicia transicional, representa un momento de fuerza performativa. [...] En términos prácticos esto significa que los mecanismos transicionales son evaluados dentro de los nuevos parámetros de la justicia transicional, pero en términos conceptuales significa que la necesidad de estos mecanismos y reformas debe también ser interpretada a la luz del concepto. [...] Una vez se ha establecido un concepto, una vez el campo se ha constituido, el concepto adquiere forma jurídica por sí mismo" (Turner, 2013: 200). La descripción recuerda, sin duda, la famosa crítica de Jhering a la capacidad de aparearse y procrear del *homunculus* de la Jurisprudencia conceptual con la que comienza una de sus obras (Jhering, 1885: 41-42).

¹⁴ Como resultará evidente, estoy pensando en un conflicto como el que se sufre en Cataluña, en el que han tenido gran protagonismo e importancia los intentos del campo secesionista por atraer a su causa el apoyo internacional, tanto oficial como informal. No me extrañaría nada que en la próxima hoja de ruta del secesionismo que no cesa se incluyera la pretensión de aplicar la doctrina de la justicia transicional. A mi modo de ver, tal pretensión debería ser tajantemente rechazada por el Estado, como, salvadas las distancias, se logró hacer en el caso de la banda terrorista ETA. Ese rechazo no debería excluir, según las circunstancias, la posibilidad de una amnistía a los eventuales condenados por los delitos que correspondan en el denominado "procés", siempre que fuera en forma limitada y condicional: limitada, porque en principio debería reducirse a las eventuales penas de prisión antes que a las de inhabilitación y multa; y, en todo caso, condicional, porque debería ser revocable si las personas amnistiadas incumplieran el compromiso de lealtad básica con los mecanismos legales y constitucionales establecidas para los cambios políticos. Y, a propósito de lealtad, los próximos tiempos deberían ser buena hora para impulsar una reforma, en principio solo legal, que proponga un modelo de democracia un poco más militante, en la que, por ejemplo, los juramentos —en la actualidad objeto de broma política, en buena parte por una jurisprudencia constitucional que estimo radicalmente equivocada— se puedan comenzar a tomar en serio, especialmente en su exigibilidad estricta como condición para el acceso a cargos públicos.

3.2. Tensiones entre justicia y paz y modelos de justicia transicional

Por ir entrando en el punto más doliente de la noción de justicia transicional, hablar de “justicia” para referirse a la búsqueda de soluciones que sacrifican en una u otra medida a la justicia en aras de la paz y otros valores tiene el grave inconveniente de velar o suavizar los inevitables e indudables desafíos que la paz suele presentar a la justicia, que pueden ser tan graves como las que la justicia a veces presenta a la paz¹⁵. En esta última dirección, se ha puesto de manifiesto cómo funcionarios y activistas internacionales favorables a la justicia penal internacional tienden a considerar a esta como terapéutica y eficaz frente a la evidencia de que en ocasiones dificulta la consecución de la paz¹⁶. Por las mismas razones, en la dirección inversa aquí considerada, los procesos de pacificación y las amnistías asociadas a ellos pueden comportar onerosas renuncias a la acción de la justicia penal (Teitel, 2000: 51 ss.). La colonia de Nueva Inglaterra —que, tras ofrecer una fiesta de reconciliación a los condenados a la horca arrepentidos, los ahorcaba al día siguiente (Hampton, 1988a: 158) — seguía sin duda una práctica bárbara pero no incoherente con una concepción retribucionista de la pena, para la que el perdón no exime de la penitencia.

Hasta qué punto expresiones como “justicia transicional” o “justicia restaurativa” difuminan el contraste entre los procesos de pacificación y la justicia (punitiva) depende de la naturaleza específica de tales procesos¹⁷. En la justicia transicional se pueden distinguir dos modelos que ocupan los extremos de una escala gradual: en uno de los polos se sitúa el modelo *transaccional*, que tiene la pretensión de ser un simple borrón y cuenta nueva tras el que la paz se pretende obtener a cambio de una justicia penal limitada, adoptada en malas circunstancias y como lo mejor que bajo tales circunstancias se puede conseguir (*second best*); en el polo opuesto, se sitúa el modelo idealmente *restaurativo*, de integración del pasado en un nuevo tiempo de justa concordia, que, a través de “comisiones de la verdad” u otros procedimientos similares, se abre otorgando alguna voz y reconocimiento a las víctimas, así como aplicando políticas de perdón que limitan o renuncian a los castigos de los responsables de graves delitos en el periodo anterior¹⁸.

¹⁵ Sobre el tema, en favor de la prioridad de la justicia en forma de memoria y “castigo garantista”, vid. Vázquez (2009); en una línea más matizada vid. Escudero (2017), quien, aun dentro de “límites que nunca deben traspasarse” (sobre todo mediante amnistías incondicionadas ante crímenes contra la humanidad), concede un amplio papel al “contexto político” y a las “particulares circunstancias de cada caso” (pp. 109, 104 y 105, respectivamente). Precisamente, la fuerte dependencia contextual de este tipo de situaciones ha justificado la negativa a generalizar una teoría de la justicia transicional (cf. Elster, 2004: xi y 77). En cierto contraste con los anteriores, es muy recomendable también un provocativo y documentado ensayo de David Rieff cuya tesis fundamental —argumentada con cierta confusión sistemática plagada de brillantes destellos críticos— es que se debe promover el olvido, y preferiblemente el perdón, cuando hacer justicia es más dañino que buscar la paz (Rieff, 2016: 109-114). Nada que objetar a esta propuesta, cuyo diablo evidente se encuentra en los detalles de su aplicación práctica, salvo por algunos excesos argumentativos de Rieff, como sus afirmaciones sobre la obviedad irrelevante de que la historia y la humanidad misma terminarán siendo olvidadas (al igual, por cierto, que la tierra y el sistema solar desaparecerán, sin que nada de ello deba importarnos gran cosa en nuestros afanes y juicios), su distanciamiento del universalismo ético (y por tanto de un básico objetivismo ético en nombre de la incommensurabilidad e irreconciliableidad de las distintas visiones del mundo) y, en general, su exceso de insistencia en los riesgos de abuso y manipulación de la memoria colectiva (que en realidad, Rieff siempre termina por matizar con sanas concesiones a la necesidad de una cierta justicia).

¹⁶ Cf., en referencia a los tribunales internacionales impuestos en Camboya o Sierra Leona, recomiendo el texto de Nowen (2012: 342-347). Asimismo, para una consideración crítica general sobre la justicia penal internacional, desconfiando de pretendidas soluciones universales e intemporales, también recomiendo el excelente estudio de Forcada (2011: 17-21).

¹⁷ Sobre las tensiones en los procesos de transición entre justicia retributiva y justicia restaurativa (en el sentido descriptivo indicado *supra*, nota 4) es muy recomendable el análisis de Betegón (2013).

¹⁸ Cf. Williams (2012: 279-284), en quien me inspiró con libertad. No obstante, para una visión más amplia y compleja de la que yo propongo en el texto, véase De Páramo (2013: 12), que entre otras cosas advierte oportunamente de que en el contraste entre negociación y argumentación deliberativa no se deben

En los dos modelos se establecen excepciones importantes en los procedimientos y exigencias sustantivas de justicia en nombre de la pacificación, sin que tales excepciones queden en realidad anuladas o superadas por otra forma de justicia alternativa. Esto no significa que esas excepciones no puedan ser convalidadas o justificadas, si bien mucho más claramente en el modelo restaurativo, por dar lugar a una situación política pacífica y democrática que, mirando adelante, pueda operar como condición de la justicia. Pero ha de reconocerse que se trata de una justicia proyectada hacia el futuro y asentada sobre una cancelación defectiva de la injusticia pasada¹⁹. En todo caso, aceptada la justificabilidad de algunas de esas formas de cancelación, sus criterios de justificación no se pueden condensar en una simple receta. Dependen de muy diversas circunstancias, no siempre fáciles de sopesar por sí mismas y en las relaciones entre ellas, como la relevancia concedida a comisiones de la verdad o similares, el tiempo transcurrido desde los crímenes exculpados, el alcance de las amnistías acordadas, la no convalidación de delitos gravísimos como los imprescriptibles o, en fin, la actitud oficial de reconocimiento sólido y duradero de que el perdón no entraña el olvido.

3.3. Justicia, olvido y perdón

En su conocido libro sobre la que denominó “tercera ola” democratizadora, Samuel Huntington sintetizó el estado de la cuestión a propósito de las distintas transiciones democratizadoras entre los años 1974 y 1991 mediante esta llamativa *guideline*: “Reconoce que ante la cuestión de «perseguir y castigar vs. perdonar y olvidar» cada alternativa presenta graves problemas y que el curso de acción menos insatisfactorio bien puede ser: no persigas, no castigues, no perdone y, sobre todo, no olvides” (Huntington, 1991: 231). No es cuestión de entrar aquí en la mayor o menor pertinencia de este juicio desde el punto de vista de la ciencia política, que en principio es el adoptado por Huntington, ni en discutir si su recomendación es una mera regla técnica o comporta compromisos normativos más profundos. La perspectiva aquí adoptada es filosófica y directamente normativa, como la adoptada por Carlos Santiago Nino en su libro *Radical Evil on Trial*, un detallado y profundo análisis sobre el tema que va mucho más allá del caso argentino que inicialmente motivó su escritura y merece ser leído²⁰.

Dentro de la anterior perspectiva normativa, me voy a detener sobre todo en la compleja relación entre olvido y perdón, que ha de partir de la difícil y discutida noción de perdón. A propósito del derecho de gracia, desde el punto de vista filosófico-jurídico aquí asumido es claro que, conceptualmente, el perdón puede ser tanto incondicionado como condicionado, se extienda esta última noción a la posibilidad y justificabilidad de amnistías limitadas a ciertos delitos y de conmutaciones o indultos parciales o se restrinja a la posibilidad y justificabilidad de someter a condiciones específicas la obtención de la gracia, incluida su revocabilidad²¹. Tampoco tiene

comparar heterogéneamente modelos ideales y prácticas fácticas y de que en la realidad no se dan los modelos puros sino combinaciones de uno y otro, existiendo “argumentaciones estratégicas y negociaciones deliberativas”.

¹⁹ Cf. Zagrebelsky (1974: 102). Sobre la “justicia histórica”, especialmente a través de comisiones de la verdad, y las tensiones entre verdad y justicia, vid. Teitel (2000: cap. 3).

²⁰ En concreto, para una crítica de la preferencia de Huntington por los arreglos políticos en detrimento de las acciones penales, cf. Nino (1996: 200 ss.). Por lo demás, Nino dedica amplio espacio al tema de la justificación de la pena, que deliberadamente no se aborda en la investigación de la que este escrito forma parte.

²¹ En este sentido, y en principio con buen criterio, la vigente ley española de indulto, todavía de 18 de junio de 1870, deja sin efecto la conmutación desde que el indultado incumple voluntariamente la pena pendiente de cumplimiento (art. 14) y prevé la posibilidad de imponer “las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen” (art. 16). No obstante, la revocabilidad de los indultos es un tema legalmente oscuro en los indultos totales, porque el artículo 18 utiliza una fórmula ambigua,

mayor sentido profundizar en el debate filosófico de si, conceptualmente, el perdón está reservado en exclusiva a la víctima, pues es claro que en el significado jurídico y no directamente moral que tienen indultos y amnistías el Estado puede ejercer el derecho a perdonar como contrapunto del derecho a castigar, al menos si así lo reconoce el sistema jurídico de que se trate²². Es cierto que esa posibilidad no implica necesariamente la justificación última o moral de aquel derecho a perdonar, que depende precisamente de que el castigo jurídico se conciba también como un derecho (o, mejor, como un deber excepcional) justificado del Estado y no como un deber inexcusable. Precisamente, dilucidar si hay razones que pueden justificar la excepcionalidad de tal deber es lo que aquí se pretende analizar.

A mi modo de ver, una de las condiciones relevantes para la aceptabilidad moral de las amnistías en situaciones de transición y similares es que la noción de perdón no se identifique con la de olvido. La etimología del término *amnistía*, olvido, no debe confundirnos. Conceptualmente, mientras el perdón es una acción, como tal voluntaria, por la que se cancela o se da por revertida la acción dañosa de otra persona, el olvido es un mero hecho, algo que, individualmente considerado, ocurre con independencia de nuestra voluntad²³. Cuando Hannah Arendt caracterizó al perdón como el remedio inventado contra la irreversibilidad de las acciones humanas pasadas, en parangón a la promesa como remedio social a la dificultad humana para predecir el futuro, no estaba pretendiendo el imposible de que el perdón revierta o cancele literalmente el pasado, como tampoco la promesa es capaz de, literalmente, predecir el futuro²⁴: en ambos casos estamos, a diferencia del olvido, ante artefactos sociales o convenciones que nos permiten obrar con un cierto control sobre el pasado y el futuro. Es un control que sabemos y debemos reconocer como limitado, sin creer que podamos convertir lo mal hecho en no hecho (Hampton, 1988b: 41), o que nuestras promesas se verificarán como un fenómeno natural. El perdón, así, no se confunde conceptualmente con el olvido. En el plano de los hechos puede ser que perdonar de forma incondicional, “de corazón”, entrañe olvidar completamente, pero en el plano normativo el perdón, especialmente el perdón jurídico y público del que aquí tratamos, no debe ir acompañado del olvido si se quiere que el mal ya cancelado no vuelva a repetirse²⁵. Aquí conviene precisar que aunque el olvido no sea una

si no también contradictoria, al decir que “La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable *con arreglo a las cláusulas con que hubiera sido otorgado*”, de manera que parece no excluirse que un indulto total pueda concederse con cláusulas condicionales que permitan su revocación; en la práctica, parece ser usual que los decretos de indulto impongan la condición resolutoria de “no volver a cometer delito doloso durante el tiempo normal de cumplimiento de la condena” (cf. Sánchez-Vera, 2008: 21 y nota 44).

²² El criterio de que el perdón es, a diferencia de la gracia o la clemencia, algo esencialmente personal que está reservado a la víctima como un cambio en sus sentimientos que precede a la reconciliación, es muy común en la filosofía moral (cf., por ejemplo, Murphy, 1988: 21, 26-27 y 33-34; Hampton, 1988a: 157-158; Derrida, 1999; y Arendt, 1974: 261-262). Sin embargo, no hace falta negar la pertinencia de ese significado del perdón, eminentemente moral, para aceptar la posibilidad de un significado diferente, de carácter jurídico, por el que ciertos actos —y no solo el indulto, sino también el cumplimiento de la pena— se entienden como cancelación o condonación por parte del Estado de la deuda contraída por el delito.

²³ Cf. Murphy (1988: 15), que recoge la distinción del obispo inglés del siglo XVIII Joseph Butler.

²⁴ Arendt (1972: 256-257). En cambio, dado el concepto de perdón que vengo defendiendo, no puedo seguir a Arendt cuando, tras relacionarlo con el amor al agresor, añade que, como “asunto eminentemente personal (aunque no es necesario que sea individual o privado)”, el perdón “no sólo es apolítico sino antropolítico, quizás la más poderosa de todas las fuerzas antropolíticas humanas”, concluyendo que “quizás debido a su contexto religioso, quizás a su conexión con el amor que acompaña a su descubrimiento, siempre se ha considerado no realista e inadmisible en la esfera pública” (*ib.*: 261-262).

²⁵ La idea de que “[p]erdonar de corazón supone de hecho olvidar. Y olvidar completamente” es de Amelia Valcárcel, que explica: “Aquel que no olvidare, ¿podría no dejar traslucir en su acción el recuerdo del daño recibido? Tendría que ser más que hombre para lograrlo”. Pero, junto a ello, desconfiando de todo perdón como injusto (salvo los “perdones fundantes” o restaurativos), también precisa enseñada que “casi todo perdón está condicionado: se perdoná algo a condición de que no vuelva a repetirse...” (Valcárcel, 2010: 58 y 130-131). El hilo conductor del libro de Valcárcel, que comparto, está dirigido a

acción sino un hecho, y como tal algo no intencional en la esfera individual, eso no significa que su aceptación pasiva o incluso su fomento sean moralmente irrelevantes en la esfera pública. Por eso perdonar pero no olvidar puede ser una condición de legitimidad de los perdones propios de la justicia restaurativa. Y así como el olvido, tanto el público como el privado, es esencialmente pasivo, el no olvido requiere actividad, y una actividad dedicada y duradera que en el caso de la memoria pública debe impulsarse también oficialmente²⁶.

Con perdón o sin él, no olvidar se muestra como el mejor antídoto frente al olvido buscado por quien no quiere el perdón porque no cree haber hecho nada malo, incluso aunque el mal sea radical y, por tanto, imperdonable²⁷. No creo que exista mejor muestra de esta impostura que un breve artículo de Carl Schmitt, originalmente publicado como anónimo en 1949, titulado “Amnistía o la fuerza del olvidar”²⁸. La médula del texto es la apelación a finalizar la “guerra civil fría” no mediante la aniquilación del vencido —que sería, dice, la respuesta simple del comunista—, sino del “único modo humano” de hacerlo, mediante “la fuerza de olvidar”, y en “un acto recíproco”:

“No es ni una gracia ni una limosna. Quien recibe la amnistía, debe también darla, y quien la da debe saber que él también la recibe”.

La calaña ética de la propuesta —que no elude apoyarse de forma facilona en la etimología griega de “amnistía”— podría pasar desapercibida si no se añade que, según Schmitt,

“La desnazificación fue guerra civil fría. La característica de esta guerra civil consiste en tratar al otro como criminal, asesino, saboteador y gánster. En un sentido horrible, la guerra civil es una guerra por el Derecho, puesto que cada una de las partes se sienta sobre su Derecho como sobre un botín”

Lo más llamativo de este escrito no es tanto que el valedor de la importancia de la excepcionalidad y de la concepción de la política en términos de amigo-enemigo apelara a la vuelta a la normalidad y a una suerte de reconciliación a través del olvido (eso sí, una idea que, genio y figura, Schmitt no puede dejar de considerar en términos de *fuerza*, revestida además como “un residuo de derecho sagrado”). Lo más llamativo y a la vez provocativo es que en su incitación al olvido está del todo ausente la noción de perdón (*Begnadigung*), una palabra que aparece una sola vez a lo largo

vindicar como deber esencial, hoy, el no olvidar, quizá como única esperanza contra la repetición del mal.

²⁶ A modo de ejemplo: la reconstrucción de Dachau o Auschwitz como museos conmemorativos es una actividad contra el olvido; la inactividad ante el Valle de los Caídos (construido originariamente para el reposo de “los héroes y mártires de la Cruzada” y donde se hallan enterrados en lugares muy prominentes el dictador Francisco Franco y el jefe del movimiento falangista José Antonio Primo de Rivera) es manifestación de una clara voluntad de olvido.

²⁷ Para Arendt, en referencia al mal radical, es un “elemento estructural en la esfera de los asuntos públicos que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable” (Arendt, 1974: 260). Sobre el tema de los límites del perdón, resulta también inevitable remitir a Wiesenthal, 1996; así como a Jankélévitch 1967 y 1971 (entre estos dos últimos escritos hay diferencias muy notables, y en el segundo de ellos algunas ideas, como la culpabilización colectiva de todo el pueblo alemán por el nazismo, me resultan particularmente discutibles, aunque este no sea el lugar para entrar en el tema).

²⁸ Schmitt (1949). Este escrito no se debe identificar con el texto que con el título muy similar de “Amnistía es la fuerza de olvidar” el propio Schmitt envió al diario *El País*, que es una versión del anterior con notables variaciones *ad hoc* publicada el 21 de enero de 1977, es decir, entre la amnistía limitada del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio y la más general del Real Decreto de 14 de marzo de 1977 y, sobre todo, de la Ley 46/1977, de 15 de octubre. Aquí me refiero únicamente al texto original.

del texto pero para negar que la amnistía sea precisamente “un mero perdón”²⁹. No podría imaginarse mayor inversión de valores que semejante petición de olvido de los crímenes nazis, no ya solo eludiendo pedir todo perdón por ellos, sino incluso ofreciendo recíprocamente al que debe amnistiar el mismo sucedáneo de perdón por sus implícitos crímenes³⁰. Si tiene sentido perdonar sin olvidar, la llamada a olvidar sin perdonar propone una inversión que autoriza toda la desconfianza.

Para sintetizar, en situaciones de llamada justicia transicional y restaurativa, aunque no la justicia, sí tal vez la realización de la paz y la construcción de una sociedad democrática pueden justificar alguna forma de perdón jurídico, siempre sometido a límites y condiciones. En la línea gradual antes comentada, la legitimidad de los casos de justicia transicional aumenta en cuanto esta se acerca más al modelo restaurativo, distanciándose del meramente transaccional. Por ello, para ser legítimas, las medidas de perdón deberían ser especialmente cuidadosas no solo en la extensión de los delitos condonados, sino también en mostrar preocupación por otros procedimientos y condiciones que deben acompañar a estos momentos políticos, como la previsión de comisiones de la verdad o similares y de medidas apropiadas de compensación y reconocimiento de las víctimas, entre las que deben figurar modos institucionales para evitar su olvido.

4. Situaciones de necesidad

Las situaciones de necesidad, como también las de acusada conveniencia, apelan a la idea de especial utilidad pública y podrían ser una razón justificativa del derecho de gracia. Frente a la exclusión preliminar de todo motivo de conveniencia como justificativo se pueden avanzar dos consideraciones. Ante todo, la distinción entre motivos de conveniencia y de necesidad es en sí misma espinosa porque la transición entre una y otra parece ser gradual y a veces movediza: un hacinamiento moderado de las cárceles puede suministrar una razón de conveniencia para excarcelar a internos no peligrosos con condenas cortas, pero un hacinamiento severo, que afecte a la seguridad y a los derechos más básicos de los propios internos, podría ser una razón de necesidad para ese mismo tipo de excarcelación; el intercambio de prisioneros en un conflicto bélico puede responder a conveniencia o a necesidad según circunstancias contingentes, como la moral de los combatientes o de la población, el momento de la guerra, etc.; la liberación de un condenado a cambio de su futura colaboración puede ser conveniente o necesaria según el tipo de organización criminal de que se trate; en fin, ¿es de conveniencia o es de necesidad ceder a la grave presión económica de otro Estado para que uno de sus ciudadanos sea eximido de una acusación penal o de una condena³¹? Sea como sea, un repaso

²⁹ Esta negación resulta especialmente irritante cuando se interpreta, como debe hacerse, en el contexto de la crítica de Schmitt a la “desnazificación”: “Amnistía significa más que un mero perdón por una pequeña contravención. Debe ser más que un acto de compasión que a fin de cuentas no se puede negar a *quién ha sido atormentado y perseguido durante años*; amnistía es más que el cigarrillo que se ofrece a *quién ha sido privado de todo derecho* para demostrarse a sí mismo la propia humanidad” (cursivas mías).

³⁰ La postura de Carl Schmitt contrasta agudamente con la de arrepentimiento de Albert Speer, el ministro de Hitler que en el juicio de Núremberg reconoció su responsabilidad en “los tormentos de millones de seres humanos” causados por el nazismo. Speer, que fue el único ex nazi que participó en el Simposio celebrado a los 20 años de la primera edición americana del libro de Wiesenthal, afirmó allí, en un sensible texto: “Con el veredicto de culpabilidad [en el juicio de Núremberg] el tribunal castigó solo mi culpa jurídica. Más allá de ella subsiste la implicación moral. Incluso tras veinte años de prisión en Spandau, nunca podré perdonarme a mí mismo por el apoyo negligente y carente de escrúpulos a un régimen que llevó a cabo el asesinato sistemático de judíos y otros grupos de personas. Mi culpa moral no está sujeta a limitaciones y no podrá ser borrada en toda mi vida” (en Wiesenthal, 1996: 245).

³¹ El caso no es de laboratorio: España, a través del ministro De Guindos, amenazó en el último momento con vetar el desembolso de un rescate de 8.500 millones de euros de la Unión Europea destinadas a

como el anterior permite concluir que algunos motivos de conveniencia pueden ser tan importantes que resulten asimilables a los de necesidad.

Junto a lo anterior, supuesto que la conveniencia de la medida de gracia es elevada y, por tanto, próxima a la necesidad, lo más relevante para juzgar sobre la justificación de situaciones como las anteriores no es tanto la distinción entre necesidad y conveniencia como la existencia de proporcionalidad entre la importancia de la situación en cuestión y el alcance de la gracia: el indulto a un condenado para que sirva de confidente en un banda terrorista donde ya hay otros infiltrados puede ser más conveniente que necesario pero seguramente resulta más justificado que el indulto del jefe de una organización terrorista recién condenado a cambio de la liberación de un rehén secuestrado por su banda. Conforme a los argumentos anteriores, aquí hablo genéricamente de situaciones de necesidad incluyendo también las de particular o acusada conveniencia.

La aceptación de situaciones de necesidad como las exemplificadas y otras similares como motivos justificados para la subsistencia del derecho de gracia es problemática por distintas razones, tanto sustantivas como procedimentales. Ello porque en su contenido mismo tales situaciones tienden a presentar un carácter dilemático o extremadamente conflictivo que por sí solo dificulta su justificación, que se puede complicar ulteriormente según los procedimientos que se establezcan para regularlas o codificarlas.

El carácter dilemático de muchas situaciones críticas se presenta no solo, como en los casos de clemencia o de justicia transicional, porque la gracia entra en conflicto con la justicia, sino también porque los propios criterios de justicia en juego pueden encontrarse en contraste entre sí. Los casos de secuestro con condiciones al Estado ilustran bien la grave tensión entre la evitación de un daño inmediato mediante el cumplimiento de la condición de los secuestradores y la previsible causación de más daños futuros como consecuencia del éxito del secuestro, tanto porque el mismo éxito puede incentivar nuevos secuestros como por el robustecimiento financiero o en efectivos personales del grupo delictivo³².

A ello se añade el problema procedural. Si disolvíramos el dilema sustantivo proponiendo evitar el daño inmediato, disponer de una regla que garantice legalmente el cumplimiento del rescate sería una invitación irracional a secuestrar, por lo que lo racional sería no disponer de regla alguna (supuesta la legalidad de cualquiera de las dos soluciones) o, en todo caso, contar con una norma discrecional como, precisamente, las que suelen establecer el derecho de gracia. Si propusieramos la solución opuesta, de asumir siempre y a ciegas el daño inmediato

Grecia si este país no concedía inmunidad a tres funcionarios europeos, uno de ellos español, allí procesados por un presunto delito de corrupción (cf. "España amenaza con vetar el rescate a Grecia por un conflicto judicial", *El País*, 17 de junio de 2017; y "Este español vale el rescate de Grecia", *El Mundo*, 18 de junio de 2017). Aunque el rescate se aprobó el mismo día, las noticias posteriores que he podido ver no recogen el resultado de la presión, que probablemente se decidió tratar discretamente.

³² Conflictos análogos se presentan en otros tipos de casos, como en la excarcelación de presos por masificación carcelaria o en la cesión ante amenazas de otro Estado. El caso de un secuestro con rehenes comentado por Zagrebelsky (1994: 94-96) —que se refiere al secuestro con rescate de dinero pero que también podría extenderse al atraco que termina en secuestro con petición de impunidad de los secuestradores— es diferente solo en el hecho de que es posible su codificación previendo expresamente una excepción similar a la del desistimiento de la tentativa, ya recogida en los códigos penales español o italiano, una solución que Zagrebelsky estima que no disminuiría necesariamente la función preventiva de la norma prohibitiva. Sin embargo, yo no tengo nada claro que semejante previsión no rebaje sustancialmente la función preventiva de la norma que prohíbe el secuestro (en esta línea, el art. 163.2 del Código penal español se limita a atenuar la pena ante el secuestro desistido dentro de los tres primeros días); así pues, en lo que respecta al dilema entre daños inmediatos o futuros, estos casos me parecen asimilables al comentado en el texto.

evitando los futuros, la regla adecuada sería adoptar una estrategia Ulises de prohibición legal de negociar o pagar cualquier rescate, o, para lo que aquí interesa, excluyendo toda posibilidad de ejercer la gracia.

Obsérvese que en cualquiera de las opciones, el dilema se plantea porque estamos ante casos que, por excepcionales que puedan parecer, no son en realidad únicos, ya que no son irrepetibles en los rasgos relevantes que los caracterizan³³. Este reconocimiento nos devuelve al reto que la discrecionalidad de la gracia presenta al principio de igualdad de trato, es decir, al problema de si el derecho de gracia (entendido como discrecional) está justificado racional y moralmente por razones de clemencia, que en otro lugar he analizado y resuelto negativamente (Ruiz Miguel, 2018a: §5). ¿Introduce alguna diferencia el argumento del interés general? Creo que, en paralelo a la justicia transicional, también situaciones de necesidad graves como las aquí contempladas pueden justificar una respuesta proporcionada mediante la institución de la gracia. La gracia es seguramente la única “válvula de seguridad”³⁴ capaz de operar anticipadamente en tales casos, y por razones similares a las que en los sistemas penales civilizados excusan *ex post facto* los delitos cometidos en estado de necesidad ante la opción entre dos bienes de igual valor. Así pues, la prohibición constitucional de toda posibilidad de gracia podría ser imprudente y poco razonable en ese tipo de casos.

5. Los procedimientos: amnistías, indultos generales e indultos particulares

Queda por comentar el diseño institucional más apropiado para abordar situaciones críticas como las anteriores, en las que desaparece la apelación al equilibrio entre el poder judicial y el legislativo que protagonizan las razones de equidad y de clemencia. Ahora el debate principal se traslada a la atribución del protagonismo al poder ejecutivo o al legislativo y a la diferencia entre la figura del indulto y la de la amnistía.

En la tradición de la gracia la posesión de la prerrogativa por el rey hacía meramente académica la distinción entre amnistías e indultos. Así, en el surco del modelo británico, tal distinción es inexistente en la Constitución estadounidense, que atribuye al presidente la prerrogativa de “conceder commutaciones e indultos (*reprieves and pardons*) por delitos contra los Estados Unidos, excepto en casos de *impeachment*” (art. II.2). En otros sistemas constitucionales hay variedad de denominaciones y regímenes, si bien parece ser regla general que la aprobación de amnistías e indultos generales se reserve al parlamento mientras los indultos particulares se atribuyan al poder ejecutivo (Aguado, 2001: § I.2). En la medida en que se admite la institución de la gracia, ese parece un criterio de distinción razonable y las razones que Alexander Hamilton dio en *El Federalista* defendiendo la regulación de la Constitución de los Estados Unidos son históricamente contingentes y en general poco persuasivas³⁵.

³³ En su estudio sobre el tema de la gracia, Zagrebelsky (1974: 93-96) dedica unas páginas al problema del caso único para justificar el uso de la gracia precisamente por razones excepcionales de utilidad social en situaciones irrepetibles, una categoría que él mismo reconoce como precaria porque en teoría cualquier situación es repetible, por lo que termina por debilitarla conceptualmente mediante el criterio de la “presumible irrepetibilidad” o la mera “singularidad presumible y razonable del caso”.

³⁴ La idea la formuló Jhering (1877: 306).

³⁵ Me refiero no tanto al párrafo del capítulo 74 en el que Hamilton apela a razones de “humanidad y buena política” para excepcionar la “necesaria severidad” de los códigos penales en referencia a los indultos que aquí se han considerado de clemencia y equidad, sino sobre todo al siguiente párrafo, donde defiende la facultad presidencial de perdonar ante delitos de traición en momentos críticos de insurrecciones o rebeliones, en especial como oferta o promesa a cambio del cese de aquellas. Es en ese marco tan restringido en el que Hamilton puede respaldar más fácilmente la prerrogativa presidencial

En España, la distinción doctrinal entre indulto general y amnistía —inexistente por ejemplo en Alemania³⁶— está lejos de ser clara. Tradicionalmente, junto a la denominación medieval de “perdón”, parece que en las leyes recogidas en la *Novísima Recopilación* y hasta mediado el siglo XIX se utilizó sobre todo el término de “indulto”, diferenciándose entre indultos particulares y generales³⁷. Cuando en 1856 se introduce constitucionalmente el término “amnistía” queda oscura la relación de esta con los indultos generales³⁸. A partir de entonces la doctrina utiliza criterios imprecisos y variopintos: la amnistía borra el delito, el indulto todo o parte de la pena (Gutiérrez, 1866: 85-86); el indulto, como perdón, es menos que la amnistía, que es olvido, y mientras aquel es un acto de clemencia del gobierno en atención al interés del reo, esta se fundamenta en altas razones políticas de interés general y se aprueba por una ley especial (Groizard, 1872: 588); en fin, la amnistía afecta a delitos políticos y puede concederse en cualquier momento, mientras que el indulto solo es posible después de fallada la causa (Viada y Villaseca, 1874: 203). No es de extrañar que en su exhaustivo estudio sobre el indulto, de 1911, Dorado Montero escribiera que los indultos generales “son bastante parecidos, por su índole y sus efectos, a las amnistías” (Dorado Montero, 1911: 439-440).

La Constitución de la II República introdujo la novedad de la triple distinción entre amnistías, reservadas al parlamento, indultos generales, prohibidos, y, en fin, indultos individuales, otorgables por el tribunal supremo o, con ciertas condiciones, por el presidente de la República (art. 102). En contraste, nuestra Constitución de 1976 no menciona las amnistías y hace referencia solo al derecho de gracia “con arreglo a la ley” prohibiendo a la vez los indultos generales (art. 62.i). La doctrina contemporánea que acepta la posibilidad de que el parlamento apruebe leyes de amnistía interpreta la prohibición de los indultos generales como dirigida al rey (e indirectamente al ministro que refrenda el acto), recogiendo también algunas de los no siempre claros criterios de distinción ya avanzados por los autores del siglo XIX (Aguado, 2001: 100-101 y García Mahamut, 2004: 42-53 y 66-70).

A mi modo de ver, la distinción fundamental es la que diferencia entre, de un lado, amnistías e indultos generales y, de otro, indultos particulares. La distinción ulterior entre amnistías e indultos generales por el contenido eminentemente político de las amnistías, que es radicalmente imprecisa, puede aceptarse a efectos denominativos pero carece de especial relevancia práctica. Más importante es el significado sustantivo de la distinción entre amnistías (e indultos generales) e indultos

frente a quienes durante la redacción de la constitución habían pedido sin éxito el concurso del legislativo. Frente a ellos, restringiendo mucho el conjunto de casos posibles, esgrime como principal argumento la necesidad de anticiparse y obrar con rapidez para “restablecer la tranquilidad en el país”. Por lo demás, sus argumentos sobre la mayor fiabilidad de “un solo hombre prudente y de buen sentido” sobre cualquier cuerpo colectivo resultan sesgados y endeble (cf. Hamilton, Madison y Jay, 1971: 379-380; trad. cast.: 317-318).

³⁶ Donde se distingue solo entre indulto (particular) y amnistía: cf. Jescheck y Weigend (2002: 994).

³⁷ Cf. Vizmanos y Álvarez Martínez, 1853: 264. La distinción entre “indultos particulares y generales” consta ya en el código penal de 1822, que somete la facultad de indultar a una detallada regulación con fuertes limitaciones (arts. 156-170). Tales limitaciones estaban previstas en la Constitución de Cádiz, de 1812, que reconoció la facultad del rey de “indultar a los delincuentes *con arreglo a las leyes*” (art. 171.13^o), fórmula que atraviesa todas nuestras constituciones posteriores y que recoge la actual.

³⁸ En 1856 una reforma a la Constitución de 1845 estableció que el rey “necesitará estar autorizado por una ley especial... para conceder indultos generales y amnistías” (art. 9.1º del Acta adicional a la Constitución de 1845, R.D. 15 sept 1856; lo que moderó el art. 52.10 de la constitución no promulgada de 1856, que prohibía los indultos generales). La Constitución de 1869 repitió la exigencia (art. 74.5º) y el código penal de 1870 es el primero que distingue entre la “amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”, y el “indulto”, sometido a condición resolutoria por violación de la prohibición de habitar en el lugar en que viva el ofendido (art. 132.3º y 4º), una distinción que ha perdurado prácticamente inalterada en todos los códigos penales posteriores con excepción del vigente, de 1995, que ya no menciona la amnistía. Entre tanto, la Constitución de 1876 volvió a la fórmula de Cádiz, eliminando toda referencia a indultos generales o amnistías (art. 54.3º).

particulares, que depende —como se concluyó en el apartado § 2.3— de si el sentido de la medida de gracia es seleccionar a sus beneficiarios de manera genérica e indeterminable o, por el contrario, con acepción de personas. Una vez determinada sustantivamente la naturaleza general o particular de la medida, el procedimiento institucional pertinente va de suyo: mientras las amnistías y los indultos generales deben ser aprobadas por el parlamento³⁹, los indultos particulares deberían corresponder al poder ejecutivo⁴⁰. Idealmente, justo en aras del interés general, parece razonable dejar abierta la constitucionalidad de las leyes de amnistía, típicas tanto de los procesos de justicia transicional como de algunas, solo algunas, de las situaciones de necesidad antes comentadas.

En estas últimas situaciones, en efecto, la utilización del indulto general (o la amnistía) o del indulto particular variará según los casos, a veces incluso dentro de situaciones aparentemente del mismo tipo: si el hacinamiento carcelario parece exigir un indulto general, debiéndose tener en cuenta categorías de delitos y penas, y la liberación de un preso como rescate de un secuestro es necesariamente un indulto particular, un intercambio de prisioneros puede ser particular o general según los casos. De todas formas, una variable a tener en cuenta para recurrir al indulto particular es la especial urgencia que puede caracterizar a las situaciones de necesidad.

Por lo demás, como se ha visto antes en el § 3.1., otra diferencia que merece destacarse aquí entre las amnistías por razones de justicia transicional y las medidas de gracia derivadas de situaciones de necesidad es que, en los últimos años, las primeras están convirtiéndose en objeto de limitaciones por parte del Derecho internacional aplicables a través de tribunales internacionales, que comienzan a reconocer ciertos derechos de la víctima ante graves violaciones de derechos básicos estatalmente consentidas o convalidadas.

6. Conclusión

Por comenzar sintetizando lo sustancial del diseño institucional que se desprende de este estudio, el ideal sería que la prerrogativa de gracia se redujera constitucionalmente a motivos de utilidad pública, confiriendo al parlamento la facultad de aprobar amnistías e indultos generales mediante leyes específicas y al gobierno la de los indultos particulares. En un segundo paso, la regulación legal de la prerrogativa debería limitar los indultos particulares a aquellas situaciones excepcionales de necesidad cuya urgencia o circunstancias específicas hagan imposible, inaceptable o inconveniente la generalización de la medida. El indulto particular debería alcanzar también a un supuesto que en algunos sistemas jurídicos, entre ellos el español, no es hoy legalmente resoluble: la liberación de personas procesadas pero no condenadas. *Last but not least*, dicha regulación debería romper con la poco virtuosa

³⁹ Dejo aquí a un lado el complejo debate sobre la mayor legitimidad del sometimiento de las amnistías a referéndum, que ha sido defendido como forma óptima de deliberación democrática (cf. Teitel 2000: 58-59 y, sobre todo, Gargarella 2015, especialmente en relación con el caso argentino), pero que también puede someterse a objeciones liberales obvias (así, Escudero, 2017: 112-113, con especial referencia a la defensa de la labor de la Corte Constitucional colombiana por parte de Ferrajoli 2016).

⁴⁰ El criterio material de que el indulto afecta solo a la pena como efecto mientras que la amnistía implicaría un cierto olvido del delito mismo (que puede llegar a ser máximo cuando se trata de delitos que no deberían haberlo sido, como los delitos políticos en situaciones dictatoriales), flaquea ante amnistías que perdonan delitos comunes o en todo caso delitos gravísimos que no dejan de serlo por su motivación política: así, cuando Valcárcel (2010: 130-131) formula límpidamente que “el indulto supone el perdón del yerro y la amnistía, que la situación era errada”, enseguida debe admitir la complicación de las amnistías de conductas infames en condonación de períodos autocráticos.

tradición de la plena discrecionalidad de la gracia sometiendo la competencia de indultar del gobierno a alguna forma de control judicial previo⁴¹.

En el recorrido aquí realizado se ha intentado fundamentar la anterior conclusión revisando las principales justificaciones de la gracia y la indulgencia. En un primer apartado se ha analizado la presunta justificación histórica de la prerrogativa de gracia, basada en la idea de soberanía, y su contraste con la idea de justicia, así como con las exigencias del Estado de Derecho. Desechada esa tradicional concepción puramente discrecional de la gracia, se ha estudiado luego si tanto la justicia como la gracia pueden justificar todavía la indulgencia al amparo de tres rúbricas diferentes: la equidad, la clemencia y la utilidad pública.

En la equidad la gracia se da de la mano con la justicia o, más precisamente, con una forma de justicia indulgente que modera la justicia rigurosa. Pero la equidad debe situarse en el ámbito judicial, controlado y moderado por la atención del legislador, y no en el del poder ejecutivo y en la figura del indulto. En la clemencia, entendida restrictivamente como compasión o misericordia, la gracia se presenta en contraste con la justicia. Pero tampoco la indulgencia por razones de clemencia debe ser atribuida al poder de indultar del ejecutivo, sino esencialmente a la regulación legal mediante supuestos genéricos que, como los de enfermedades graves, trastornos mentales sobrevenidos o pena natural, puedan ser debidamente aplicados y controlados por los jueces y la administración penitenciaria. En fin, por la utilidad pública, que apela al interés general, la gracia puede justificarse como una excepción a la justicia en situaciones críticas, sea de naturaleza fundacional (justicia transicional o restaurativa), sea por otros motivos de especial necesidad.

En una palabra, el derecho de gracia, nacido como ilimitado, necesita límites, y en su manifestación mediante el indulto, límites severos.

Bibliografía

- AGUADO RENEDO, C. (2001), *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, prólogo de Manuel Aragón, Madrid, Civitas.
- ALMQVIST, J. (2013), “El respeto debido a las personas en tiempos de conflicto: el rol del régimen internacional de derechos humanos”, en TURÉGANO, 2013, pp. 117-136.
- ARENDT, H. (1974), *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, que se cita por la trad. cast. de R. Gil Novales, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993.

⁴¹ Sigo así, en lo sustancial, la propuesta de Liborio Hierro, que defiende un control judicial previo similar al previsto por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, sobre el Centro Nacional de Inteligencia; mi pequeña discrepancia, casi meramente nominal, está en que él sugiere que la potestad gubernativa no sería propiamente un indulto porque “la excarcelación [...] no tendría la insólita forma de un perdón ni la indeseable consecuencia de la irrevocabilidad” (Hierro, 2017, §9). Digo “casi nominal” por varias razones: (a) mi propuesta no se limita a excarcelaciones, sino que incluye condonaciones de pena y exculpaciones previas al juicio que no pueden considerarse perdón en ningún sentido (por ejemplo, para casos como el comentado *supra*, nota 3632), pero que tampoco veo inconveniente en que se sigan denominando “indulto”; (b) la irrevocabilidad no es un rasgo necesario de los indultos, como lo prueba que la vigente ley española admite su concesión condicional y revocable (véase *supra*, nota 21); y (c) me parece más prudente, ante posibles tachas de inconstitucionalidad, que la regulación legal del derecho de gracia reconozca excepcionalmente algún supuesto de indulto particular en lugar de la supresión total de esa figura.

ARISTÓTELES (1985), *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Madrid, CEC, 4^a ed.

BETEGÓN, J. (2013), “El castigo retributivo en los procesos de justicia transicional: análisis de un debate”, en TURÉGANO, 2013a, pp. 25-46.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. (2013), “Argumentaciones y negociaciones en los procesos de transición política”, en TURÉGANO, 2013a, pp. 3-24.

DERRIDA, J. (1999), *Le Siècle et le Pardon*, en *Le Monde des Debats*; también, por donde se cita, en *Foi et savoir; suivi de Le Siècle et le Pardon (entretien avec Michel Wieviorka)*, París, Ed. du Seuil, 2000 (edición digital en http://redaprenderycambiar.com.ar/derrida/textos/siglo_perdon.htm).

DORADO MONTERO, P. (1911), “Amnistía e indulto”, en *El derecho protector de los criminales*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 399-467.

DUFF, R. A. (2011), “Mercy”, en J. Deigh y D. Dolinko (eds.), *Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 467-492.

ELSTER, J. (2004), *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.

ESCUDERO, R. (2017), “Debatiendo sobre justicia transicional: memoria, perdón y castigo”, en J. CERDIO, P. de LARRAÑAGA, y P. SALAZAR (eds.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, tomo I, pp. 99-115 (el libro completo en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4588-entre-la-libertad-y-la-igualdad-ensayos-criticos-sobre-la-obra-de-rodolfo-vazquez-tomo-i>).

FERRAJOLI, L. (2016), “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 10, pp. 146-161 (en <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15489>).

FORCADA BARONA, I. (2011), *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Cizur Menor, Aranzadi.

GARCÍA MAHAMUT, R. (2004), *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

GARGARELLA, R. (2015), “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n. 2., pp. 1-15 (<http://www.revistaladi.com.ar/numero2-qargarella/>).

GIL Y GIL, A. y MACULAN, E. (2013), “Responsabilidad de proteger, Derecho penal internacional y prevención y resolución de conflictos”, en TURÉGANO, 2013, pp. 137-165.

GROIZARD, A. (1872), *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos.

GUTIÉRREZ, B. (1866), *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid.

HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (1971), *The Federalist or, The New Constitution*

- [1788], Londres, Dent; trad. cast. de G. R. Velasco, *El Federalista*, México, FCE, 2^a ed., 2001.
- HAMPTON, J. (1988a), «The Retributive Idea», en J.G. MURPHY y J. HAMPTON, 1988, pp. 111-161.
- (1988b), “Forgiveness, resentment and hatred”, en J.G. MURPHY y J. HAMPTON, 1988, pp. 35-87.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. (2017), “Sobre el indulto. Razones y sinrazones” (manuscrito).
- HUME, D. (1777), *Essays. Moral, Political, and Literary*, ed. de Eugene F. Miller sobre la ed. de 1889, Indianapolis, Liberty Fund, 1987.
- HUNTINGTON, S.P. (1991), *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman y Londres, University of Oklahoma Press.
- JANKÉLÉVITCH, V. (1967), *Le pardon*, París, Aubier-Montaigne.
- (1971) “Pardonner?”, en “Pardonner?”, en *L’imprescriptible. Pardonner? Dans l’honneur et la dignité*, Paris, Éditions du Seuil, 1986, pp. 9-63.
- JESCHECK, H.H. y WEIGEND, Th. (2002), *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5^a ed., trad. cast. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares.
- JHERING, R. von (1877), *Der Zweck im Recht*, que se cita por la trad. cast. de D. Abad de Santillán, *El fin en el Derecho*, Puebla-México, Editorial Cajica, 1961.
- (1885), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine weih-nachtsgabe für das juristische publikum*, que se cita por la trad. cast. de T. A. Banzhaf y M. S. Luque, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, Madrid, Cívitas, 1987.
- KANT, I. (1795), *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, que se cita por la trad. cast. de F. Rivera Pastor, *La paz perpetua*, Madrid, Espasa-Calpe, 5^a ed., 1972.
- KLINKNER, M. y SMITH, E. (2015), “The Right to Truth, Appropriate Forum and The International Criminal Court”, en SZABLEWSKA y BACHMANN, 2015, cap. 1.
- KOGAN, V. (2015), “Implementing the Judgments of the European Court of Human Rights from the North Caucasus: A Closing Window for Accountability or a Continuing Process of Transitional Justice?”, en SZABLEWSKA y BACHMANN, 2015, cap. 7.
- MOLINA, F. y CARRACEDO, E. (eds.) (2018), *El indulto, pasado, presente y futuro*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f.
- MURPHY, J. (1988), “Forgiveness and resentment”, en MURPHY y HAMPTON, 1988, pp. 14-34.
- MURPHY, J.G. y HAMPTON, J. (1988), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- NINO, C.S. (1996), *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, que se cita por la ed. cast. de G. Maurino y trad. de M. Böhmer, *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas*

- de los derechos humanos?*, 3^a ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2015.
- NOUWEN, S.M.H. (2012), "Justifying justice", en J. CRAWFORD y M. KOSKENNIEMI, *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 327-351.
- OLLÉ SESÉ, M. (2013), "Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales", en TURÉGANO, 2013a, pp. 79-115.
- RANGELOW, I. y TEITEL, R. (2014), "Transitional Justice", en M. KALDOR y I. RANGLELOW (eds.), *The Handbook of Global Security Policy*, Hoboken, John Wiley & Sons.
- RIEFF, D. (2016), *In Praise of Forgetting: Historical Memory and Its Ironies*, Yale University Press, que se cita por la trad. cast. De Al Major, *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*, Debate, 2017.
- RUIZ MIGUEL, A. (2017), "Gracia y justicia: el lugar de la equidad", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* (Lima), n. 79, 2017, pp. 77-98 (también en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp>).
- (2018a), "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (en torno a la pena natural)", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (<http://www.indret.com/es/>), 2/2018, pp. 1-25.
- (2018b), "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 113, mayo-agosto, pp. 13-35.
- SÁNCHEZ-VERA, J. (2008), "Una lectura crítica de la ley de indulto", *InDret*, abril, pp. 1-32.
- SCHMITT, C. (1949), "Amnestie oder die Kraft des Vergessens", *Crist und Welt*, ahora en <http://clubtiberino.blogspot.com.es/2007/07/lettere-la-stampa-sul-cosiddetto.html#kraft>, que incluye una traducción italiana de A. Caracciolo (consulta 27 agosto 2017).
- (1977), "Amnistía es la fuerza de olvidar", *El País*, 21 de enero.
- SEIXAS, J. (2014), "Diferenças entre indulto, graça e anistia", en <https://julianaseixas83.jusbrasil.com.br/artigos/172140916/diferencias-entre-indulto-graca-e-anistia> (consulta 14 sept. 2017).
- SZABLEWSKA, N. y BACHMANN, S.-D. (2015), "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice", en N. SZABLEWSKA y S.-D. BACHMANN (eds.), *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, Cham, Springer 2015, pp. 339-361.
- TEITEL, R.G. (2000), *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- TURÉGANO MANSILLA, I. (ed.) (2013a), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- (2013b), "Los principios de una justicia transicional multinivel", en TURÉGANO, 2013a, pp. 47-76.
- TURNER, C. (2013), "Deconstructing Transitional Justice", *Law Critique*, n. 24, pp. 193-209.

- VALCÁRCEL, A. (2010), *La memoria y el perdón*, Barcelona, Herder.
- VÁZQUEZ, R. (2009), "Memoria, perdón y castigo", en *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, cap. 3.
- VIADA Y VILLASECA, S. (1874), *Código penal reformado de 1870*, Barcelona.
- VIZMANOS, T.M. de y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. (1853), *Comentarios al Código penal*, Tomo I, 2^a ed., Madrid.
- WIESENTHAL, S. (1996), *The Sunflower. On the Possibilities and Limits of Forgiveness*, with a symposium edited by Harry James James Cargas y Bonnie V. Fetterman, 2^a ed. revisada y ampliada, Nueva York, Schocken Books, 1996 (trad. cast. de C. Ossés, *Los límites del perdón. Dilemas racionales y éticos de una decisión*, Barcelona etc., Paidós, 1998).
- WILLIAMS, S.H. (2012), "A Feminist View of Mercy, Judgment, and the «Exception» in the Context of Transitional Justice", en A. SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 247-290.
- ZAGREBELSKY, G. (1974), *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milán, Giuffré.

Naciones Unidas contra las mujeres: entre la ignorancia y la soberbia (a propósito de la elaboración de un nuevo Código Penal para Honduras y las propuestas efectuadas por distintas oficinas de NNUU en materia de violencia de género y aborto)

The United Nations against women:
between ignorance and arrogance
(Regarding the elaboration of a new
Criminal Code for Honduras and proposals
made by several UN offices on gender-
based violence and abortion)

Francisco Javier Álvarez García
Universidad Carlos III de Madrid
franciscojavier.alvarez@uc3m.es

Recibido / received: 07/07/2018
Aceptado / accepted: 17/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4341>

Resumen

Expone el autor las vicisitudes de la elaboración del nuevo Código Penal de Honduras de 2018, particularmente en referencia a violencia de género y aborto, y subraya especialmente cómo la desgraciada intervención de funcionarias del Alto Comisionado de Naciones Unidas y de ONU-Mujeres, carentes de suficiente formación en la materia pero sobradas de soberbia, ha impedido que en Honduras se aprobara una legislación progresista y adecuada en estas materias.

Palabras clave

Naciones Unidas, Honduras, aborto, violencia de género, soberbia, ignorancia, femicidios, Código Penal, Alto Comisionado de Naciones Unidas, ONU-Mujeres, ACNUDH, Congreso Nacional de Honduras.

Abstract



The author exposes the vicissitudes in the drafting of the new Honduras Criminal Code, particularly in reference to gender violence and abortion, and specially emphasizes how the unfortunate intervention of the officials of the United Nations High Commissioner and UN-Women, who lack sufficient training in the subject but plenty of arrogance, has prevented Honduras the adoption of progressive and adequate legislation in these matters

Keywords

United Nations, Honduras, abortion, gender violence, arrogance, ignorance, femicides, Criminal Code, United Nations High Commissioner, UN-Women, OHCHR, National Congress of Honduras.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La reforma del Ordenamiento penal hondureño y la cuestión del aborto. 3. La violencia de género. 4. Propuestas de redacción del tipo de femicidio presentadas por asociaciones de mujeres hondureñas. 5. Propuestas de redacción del tipo de femicidio presentadas conjuntamente por asociaciones de mujeres hondureñas, ONU-Mujeres y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 6. Propuesta de redacción del tipo de femicidio realizada por la Comisión de Dictamen del Congreso. 7. Reconducción de las posiciones de las funcionarias de ONU-Mujeres y ACNUDH. 8. La penúltima maniobra anti-mujer de las oficinas de NNUU y su revuelta antidemocrática. 9. Conclusiones.

1. Introducción

El marchamo “Naciones Unidas” genera habitualmente respetabilidad, y a los que se titulan como integrantes de alguna de las mil y una oficinas del Alto Organismo se les atribuye, de entrada y sin comprobación alguna, honorabilidad, conocimientos, implicación en “lo justo”, y un largo etcétera..., aunque, en no pocas ocasiones, nada de todo lo dicho se corresponda con la realidad o esté muy alejado de ella¹. En lo que sigue más abajo me voy a referir exclusivamente a un caso en el que ser miembro de una Oficina de Naciones Unidas no se compadeció precisamente con los saberes necesarios en la materia sobre la que se dictaminaba, y sí con el despliegue de una manifiesta ignorancia y una soberbia sin parangón, que no ha dejado de originar un severo daño social.

El caso que voy a examinar se refiere a la elaboración de un nuevo Código Penal para Honduras donde serví como asesor principal en el correspondiente proceso, y me referiré en este escrito exclusivamente a la regulación de la “violencia de género” y del aborto, por la importancia -desde cualquier punto de vista- de las dichas conductas y para hacer abarcable, por acotar, el relato.

2. La reforma del Ordenamiento penal hondureño y la cuestión del aborto

Ante todo conviene dar algunas pinceladas sobre el proceso (aun no finalizado) de reforma del Ordenamiento penal hondureño.

¹ Sobre las quejas habidas en materia de abusos sexuales sobre refugiados protagonizados por empleados de ACNUR, y únicamente referidas a 2017, véase: https://www.eldiario.es/politica/ACNUR-recibio-quejas-sexual-empleados_0_738426497.html Los abusos, siempre de carácter sexual, llevados a cabo por integrantes de tropas de la ONU, son innumerables, como mero ejemplo véase: <https://www.telesurtv.net/news/denuncia-abuso-sexual-cascos-azules-RDC-20180212-0039.html> En fin, se trata de algo tan sabido que no son necesarias mayores referencias, con sólo acudir a cualquier motor de búsqueda en internet se nos proporcionarán múltiples ejemplos.

Durante los años 2014 y parte de 2015 en el Congreso Nacional de Honduras se constituyó una Comisión, compuesta tanto de juristas nacionales como internacionales -financiados estos últimos por la UE- que procedieron a elaborar un Anteproyecto de Código Penal, sobre el cual me fue solicitado que elaborara un dictamen (financiado por la AECID)². Tras estudiar el texto que se nos había brindado emitimos un Dictamen con fecha 16 de julio de 2015, bastante voluminoso y no muy favorable al trabajo realizado, tanto técnicamente como desde el prisma de la política criminal. Al recibir nuestro Dictamen, los técnicos del Congreso (la Gerencia Legislativa) procedieron a incorporar al Anteproyecto, da la impresión de que aleatoriamente, algunas de las recomendaciones que habíamos formulado. El resultado de la dicha operación no fue bueno, incluso podríamos decir que empeoró el texto y no sólo técnicamente -dado que se mezclaron concepciones en muchos casos incompatibles desde el punto de vista estrictamente dogmático- sino también desde la perspectiva de la política criminal.

Conscientes las autoridades del Congreso de la radical necesidad de contar con un apoyo técnico importante para poder llevar adelante la enorme tarea de redactar un nuevo Código Penal para la República de Honduras, me propusieron que, junto con mi equipo, asesorara al Congreso en la discusión del texto (convertido ya en Proyecto de Ley presentado públicamente el 24 de agosto de 2015) durante las sesiones a celebrar en la Comisión de Dictamen del Congreso Nacional y, posteriormente, en las discusiones en el Pleno del Congreso. Con esto último se pretendía evitar que unos preceptos fatigosamente elaborados en la Comisión se desvirtuaran en este último y fundamental trámite. La AECID (financiadora de todas las labores realizadas por nosotros hasta mayo de 2017, momento en el que pasó a sustituirla en esa tarea -ante la alegación, no veraz, de la Cooperación española de que se había quedado sin fondos³- la patronal hondureña: COHEP) aceptó el

² Que llevé a cabo –necesidad obliga- en un tiempo record, tal y como me fue solicitado, acompañado de los siguientes penalistas españoles: Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rovira i Virgili; María del Mar Carrasco Andriño, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Alicante; María del Mar Moya Fuentes, Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Alicante; Fernando Miró Llinares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Miguel Hernández; Esther Hava García, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz; Arturo Ventura Püschen, Profesor Colaborador de la Universidad Complutense; Araceli Manjón Cabeza-Olmeda, Catedrática (acreditada) de Derecho Penal de la Universidad Complutense; Esther Pomares Cintas, Profesora Titular de la Universidad de Jaén; Paz de la Cuesta Aguado, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria; Amparo Martínez Guerra, Profesora de Derecho Penal de la Universidad Complutense.

³ En realidad el motivo fue que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), a instancias de su representante en Honduras que obedecía en 2017 al nombre de Soledad Pazo, se dirigió durante el mes de abril y por escrito a diversas instancias internacionales (en concreto, y fundamentalmente pero no sólo, UE y España), por las razones que más abajo se explicitarán, solicitando en nombre del Alto Comisionado que dejaran de prestar apoyo a las labores que estaba desarrollando con mi equipo, a instancias de España, para el Congreso Nacional de Honduras (no era la primera vez que esto sucedía, según nos confesó a los Consultores el Embajador de España en Tegucigalpa). España se prestó a esta maniobra y dejó a sus compatriotas, a los que previamente había instado para que trabajaran en Honduras, desvalidos de su protección, sin explicaciones siquiera. Pocas veces un país se ha portado tan ignominiosamente con sus propios nacionales. A lo anterior debe añadirse una consideración general: dos países del “triángulo norte” centroamericano se encuentran especialmente atrapados en una gran corrupción que imposibilitan que se den los mínimos presupuestos para una convivencia ciudadana, estos son Guatemala y Honduras (ciertamente la corrupción en Nicaragua no es inferior, y así se ha puesto de manifiesto durante el proceso revolucionario comenzado en este país el 19 de abril de este 2018, y que ha dejado, ya para los primeros días de julio, cerca de trescientos muertos, casi dos mil heridos y un número indeterminado de desaparecidos, y que terminará provocando el fin del “régimen de Ortega”-; sin embargo, esa corrupción no se ha traducido en una violencia cotidiana de las dimensiones de la que está presente en los otros dos países). Por lo que importa a Guatemala la situación, especialmente agravada por los resabios de la Guerra Civil genocida que concluyera con los Acuerdo de Paz de 1996 (uno de cuyos protagonistas, el General Ríos Montt, ha muerto mientras se estaban escribiendo estas líneas), se juzgó tan desesperada que la comunidad internacional, y Naciones Unidas, impusieron una Comisión contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) que, tras los Acuerdos entre el Estado y la ONU de 12 de diciembre de 2006, comenzó a operar en 2007.

Se trata, el de la CICIG, de un instrumento esencial para combatir la corrupción en un país que tiene encarcelados a sus dos últimos presidentes, y gracias al cual ha podido avanzar, por más que limitadamente, en la lucha contra la impunidad. Pues bien, precisamente el que la CICIG esté cumpliendo su cometido ha originado una fuerte reacción de la élite guatemalteca -que se ha sentido algo más que amenazada- dirigida a terminar con la misión internacional, intentos que, de momento, han sido abortados, aunque mucho me temo sea sólo "de momento". Me estoy refiriendo a lo que se ha dado en llamar "pacto de corruptos", con el que el establishment político ha tratado de blindar a los suyos mediante reformas del Código Penal que limitaban la lucha contra la financiación ilegal de campañas electorales –lo que afectaba al propio Presidente de la República-, sustitución de penas de prisión de hasta diez años por medidas alternativas, y un amplio etcétera. Estas medidas, aunque suspendidas por la oposición popular, se unen a los intentos de controlar la Fiscalía General, la composición de las Salas de Justicia, de organismos "anticorrupción", etc.

(<http://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/1108429-330/quatemala-el-pa%C3%ADs-se-levanta-contra-el-pacto-de-corruptos>; <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/nomina-para-fiscal-general-en-quatemala-deja-en riesgo-lucha-anticorrupcion/> y <http://www.prensalibre.com/Tag/Financiamiento-electoral-illicito/91418>). En todo caso los ataques contra la CICIG no sólo han conseguido prender en Guatemala y sus instituciones, especialmente las judiciales (<http://www.prensalibre.com/quatemala/justicia/bitkov-familia-rusa-presa-en-quatemala-podria-quedarse-en-libertad>), sino que también lo han hecho en EEUU de la mano del senador republicano Marcos Rubio, quien ha logrado congelar los fondos dirigidos a la financiación de CICIG (<https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/senador-de-ee-uu-genera-inceridumbre-en-lucha-anticorrupcion-en-quatemala/>).

En Honduras la situación es más compleja si cabe: tras el Golpe de Estado de 2009 que destituyó al Gobierno de Mel Zelaya y originó una crisis regional con la intervención de múltiples actores, la Comunidad Internacional se propuso implicarse condicionando su ayuda al compromiso de Honduras por luchar contra la corrupción y respetar los derechos humanos. Este objetivo exigía la realización de numerosas acciones cuya enumeración excede a los propósitos de esta publicación, entre las que se encontraba la creación de una "infraestructura legal" (Ordenamiento penal, leyes de carrera judicial, normativa electoral...) que posibilitaran los objetivos mencionados. Ciertamente que estos objetivos "evolucionaron" como consecuencia de hechos de corrupción muy significativos que consiguieron alterar con gravísimos incidentes el desarrollo de la convivencia (me refiero especialmente al fraude del Instituto Hondureño de la Salud, que implicó al propio partido en el poder, el Partido Nacional), hasta el punto de que se llegó a temer, desde la Presidencia del Gobierno, un final para el primer mandatario muy similar al que fue para el Presidente guatemalteco Pérez Molina. Esto llevó a que Honduras, para parar una movilización social sin precedentes, acordara con la OEA la constitución de una Comisión contra la Corrupción y la Impunidad (MACCIH), aunque de mucho más cortos vuelos que la CICIG impulsada por NNUU. Todo lo anterior no evitó que los asesinatos de campesinos, líderes indígenas, de derechos humanos, del movimiento LGTBI, etc., se siguieran produciendo. Pero esta acción de la Comunidad Internacional no ha dejado de ser constantemente torpedeada: se avanzaba en la depuración de los cuerpos policiales...pero se profundizaba en la parcialidad en los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema, se combatía el narcotráfico...pero se seguían protegiendo a los importantes políticos involucrados en el mismo, se trataba de llevar a juicio a personas implicadas en la corrupción del Instituto Hondureño de la Salud...pero se dinamitaba (a veces con la "colaboración" del Secretario General de la OEA, el Sr. Almagro, sobre cuya gestión al frente de la OEA, y en concreto sobre el uso que ha efectuado de los fondos destinados por la cooperación internacional a la MACCIH, se ha extendido la sospecha de la corrupción

<https://www.televicentro.hn/programas/detalle/5ae0b26f69dfce27d872016e/Alessandro-Palmero-Hemos-solicitado-auditoria-a-los-fondos-de-la-MACCIH>) la labor de la MACCIH, se apoyaba una renovación legislativa en sectores esenciales como el electoral... pero se reventaba su puesta en práctica mediante nombramientos no imparciales en los órganos de control (Tribunal Electoral)... En todo caso y llegado un cierto momento se evidenció que para las élites el proceso de "lavado de cara del régimen", una vez que se había logrado paralizar la protesta social con la colaboración inestimable de la OEA, debía frenarse. En este sentido la ofensiva llevada a cabo contra la MACCIH por parte del Gobierno y la OEA (que forzó a dimitir a su portavoz, el Sr. Jiménez Mayor) constituye todo un ejemplo de lo que se dice (en el momento en que se escriben estas líneas la supervivencia de la dicha MACCIH está severamente cuestionada después de que la Corte Constitucional emitiera un veredicto de acuerdo con el cual el Convenio que dio entrada en Honduras a la MACCIH está ajustado a la Constitución, pero sin embargo su principal instrumento para la lucha contra la impunidad –Unidad Fiscal Especial Contra la Impunidad de la Corrupción, UFECIC- es inconstitucional. En fin, tan fuerte es la ofensiva contra la MACCIH que el Embajador de la UE en Tegucigalpa se ha visto forzado a señalar que el final de esta Comisión contra la Corrupción podría estar acompañado de un verdadero retramiento en la cooperación internacional en Honduras [http://proceso.hn/actualidad/7-actualidad/donantes-pediran-a-oea-por-uso-de-fondos-de-la-maccih.html](http://proceso.hn/actualidad/7-actualidad/donantes-pediran-auditoria-a-oea-por-uso-de-fondos-de-la-maccih.html)). También son de subrayar las limitaciones aprobadas por el Congreso Nacional en enero de 2018 a la persecución de la corrupción así como la reciente reforma de la ley de privación de dominio: ambas modificaciones significan una clara decisión de blindar

planteamiento; de esta forma, en septiembre de 2015 comenzaron, con nuestra presencia, las sesiones de la dicha Comisión que se desarrollaron en diversos hoteles de la capital hondureña, de Tegucigalpa⁴. A todas las sesiones acudí personalmente acompañado de distintos miembros de mi equipo dependiendo de la temática a discusión en cada caso, y con informes político criminales y técnicos que, por lo general, contenían textos completamente alternativos a los que figuraban en el Proyecto, y allí los sometíamos a discusión con la Comisión de Dictamen.

La Comisión de Dictamen estaba compuesta por Diputados de las distintas Bancadas (hasta un número de diez, presidida por el entonces Secretario General del Congreso Diputado Mario Pérez López, del Partido Nacional), y un alto número de operadores jurídicos hondureños (jueces, fiscales, procuradores, abogados..., representantes de la patronal, de los grupos defensores de derechos humanos, policía, ejército, y, también, de una significativa y amplia representación de grupos defensores de derechos de las mujeres que fueron invitadas por el Congreso a las sesiones a iniciativa y petición del Consultor –aunque como es lógico eran las autoridades del Congreso las que decidían quiénes asistían a las sesiones; asimismo acudían a las reuniones diferentes especialistas e interesados en las diversas materias que eran abordadas en cada ocasión: Comisión de Banca y Seguros, Dirección de Propiedad intelectual e Industrial, Tribunal Electoral, Fiscalía Antidrogas, y un largo etcétera. Junto a los anteriores también eran invitados, cuando la temática así lo requería, especialistas en genética, energía nuclear, ciencias forenses, etc., etc.).

Resulta obligado en este momento señalar que en ningún momento el Congreso Nacional de Honduras, sus autoridades, impusieron criterio o limitación alguna de ningún orden a nuestras propuestas, y a este respecto pudimos dictaminar siempre en el sentido que técnica y político-criminalmente consideramos más adecuado en relación a cualquier tema por más que fuera, lógicamente, la Comisión la que tuviera la última palabra⁵. Así fue en todos los supuestos *excepto en el caso*

jurídicamente a los corruptos y sus beneficios. Véase sobre la aludida ofensiva desencadenada contra las “comisiones anti corrupción”:

<https://es.insightcrime.org/noticias/noticias-del-dia/elites-de-centroamerica-mantienen-arremetida-contra-comisiones-anticorrupcion/> Finalmente debe señalarse el proceso ya iniciado de acabar con el llamado Consejo Nacional Anticorrupción (CNA) mediante el nombramiento como coordinador del mismo de una persona perteneciente a los círculos del poder (Jose María Díaz, véase: <https://criterio.hn/2018/04/19/gobierno-ahora-va-por-descabezear-el-cna/>). De ese “frenazo” en los intentos de llevar la democracia a Honduras formó parte (deseo, espero que inconscientemente, es decir que haya sido más por razones de protagonismo “imperialista” que por colaborar con un régimen corrupto) la ofensiva desencadenada por ACNUDH contra la renovación del Ordenamiento penal hondureño. La privación de apoyo internacional a los trabajos de elaboración de un nuevo Código Penal para Honduras ha debilitado de forma tan importante el intento que aun habiendo sido aprobado el texto a finales de enero de 2018 todavía no ha sido publicado (a principios de julio de 2018) lo que, seguramente, se debe a que tras la aprobación del texto por el Pleno –y ante la ausencia de vigilancia internacional- se estén modificando algunos de sus preceptos –tarea en la que ha participado también ACNUDH como más abajo se pondrá de manifiesto- para que reflejen los intereses de las élites dominantes. De esta forma ACNUDH ha colaborado objetivamente en la consecución de la impunidad en Honduras.

⁴ No está de más significar en este momento que en no pocos países de Latinoamérica existe la injustificable costumbre de celebrar todo tipo de reuniones en hoteles de la localidad de que se trate, en lugar de en edificios oficiales (tal y como hacemos mayoritariamente en Europa), lo que encarece notablemente las dichas convocatorias; “costumbre” ésta especialmente reprochable si se tiene en cuenta que con harta frecuencia esas reuniones a las que me estoy refiriendo se abonan con fondos de la Cooperación Internacional.

⁵ La Comisión, generalmente, siguió las indicaciones que tanto dogmático como político criminalmente sugerimos los consultores españoles, pero es cierto también que en algunas materias se separó abierta y legítimamente adoptando soluciones que no me resultaron compatibles por diversos motivos. En este sentido son especialmente, aunque no únicamente, destacables las regulaciones referidas al aborto –a lo que ya hago mención pormenorizada en el texto- y a las armas. Esto último resulta especialmente

del aborto, pues en relación a estos delitos se nos comunicó que, a pesar de que los tipos de incriminación figuraban en el Proyecto de Código Penal, no serían objeto de debate en el seno de la Comisión de Dictamen, pues se había decidido por las autoridades del Congreso que una vez que el Proyecto hubiera superado los distintos trámites previstos en el Congreso para ser convertido en Ley, se incluiría en la Disposición Derogatoria una cláusula según la cual continuarían en vigor los actuales artículos del CP en los que se regulaba la punición del aborto (artículos 195 y ss. del CP).

Las sesiones de la Comisión de Dictamen avanzaron a buena velocidad y en todo momento la Comunidad Internacional representada en Tegucigalpa estuvo informada del Proceso -con detalle- tanto por las relaciones que este Consultor le dirigió (especialmente cito las múltiples enviadas a la Embajada de España, a la Cooperación Española y a las Embajadas de la UE y de EE.UU) como por las exposiciones orales presentadas en reuniones con representación tanto de las embajadas como de los organismos internacionales y sociedad civil (UNICEF, ONU-Mujeres, ASJ, Alto Comisionado, etc.). Asimismo, durante todo el tiempo que estuvimos trabajando con la Comisión de Dictamen, y durante una mañana a la semana y todas las semanas, los consultores realizábamos una exposición en el Colegio de Abogados de Tegucigalpa (de unas cuatro horas de duración), sobre los temas que en los últimos siete días habían sido abordados en el Congreso. Además, al finalizar los trabajos en la Comisión de Dictamen se llevó a cabo una socialización abierta a todos los interesados, financiada por la UE, de un día de duración en cada

reseñable sobre todo si se tiene en cuenta el altísimo número de homicidios que se cometen en Honduras anualmente, que en 2017 fueron, según cifras del Gobierno, 3.791 (el Observatorio de la Violencia de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras referencia, sin embargo, 3.866 homicidios, y una cifra de 598 muerte por causa "no determinada", algunas de la cuales podrían llegar a ser imputadas a la de homicidios dolosos

<file:///C:/Users/Francisco/Downloads/BoletinNacionalEneroDiciembre2017.pdf>), que aunque inferior en un 26% (un 25% según el "Observatorio") a la de 2016 sigue situándose en una de las cifras más altas del mundo. Más allá de estos guarismos hay que llamar la atención sobre el número global de muertes anuales por "causa externa" ocurridos en Honduras en 2017, que llega a las 7.027; estos fallecimientos abarcan los habidos por homicidio doloso pero también los ocasionados imprudentemente, entre los que destacan los sucedidos en el tráfico vial (1489, en un país con un parque de vehículos, según el Registro de la Propiedad Vehicular, de sólo 1.700.000 en 2017). A este último respecto hay que decir que la circulación vial en Honduras padece de varios problemas que estimulan el crecimiento anual de muerte por accidente (algo más de un 5% en el último año a añadir a unas cifras que por sí resultan escandalosamente elevadas), entre ellas las siguientes: a) infraestructuras desastrosas (aunque en los últimos cuatro años se ha efectuado un esfuerzo para disminuir el problema, pero falta mucho para que se pueda hablar de una red viaria mínimamente "decente"); b) parque de vehículos muy envejecido; c) normas sobre tráfico de vehículos, tanto la administrativa como la penal, absolutamente inidóneas; d) falta de tecnología adecuada para el control del tráfico; e) inexistencia de una policía verdaderamente especializada; f) gestión altamente ineficiente de las sanciones; g) formas contractuales entre empresarios y conductores de autobuses que fomentan claramente la siniestralidad; h) carencia de una política de seguros de automóvil, lo que con frecuencia origina dejar desasistidas a las víctimas de los accidentes, e i) ausencia radical de cultura respetuosa hacia los demás en la participación en el tráfico por parte de la población de conductores. Comparando las cifras antedichas con las de nuestro país se llega a la conclusión de que en 40 días se cometen en Honduras (nueve millones de habitantes) tantos homicidios dolosos como en España (cuarenta y seis millones de habitantes) en un año; lo que a pesar de la disminución de las cifras de homicidios ocurrida en Honduras en el último año proporciona una idea de la violencia que se vive en ese país (que sólo en suicidios presenta una tasa menor por cien mil habitantes que la correspondiente a los países desarrollados: 4,5 en Honduras en 2017 –cifra del "Observatorio"- por 7,76 en España –año 2015- según el INE; tasa ésta de suicidios que subraya la anormalidad de la de homicidios, tanto dolosos como imprudentes). Por todo lo anterior era deseable endurecer la legislación sobre armas y elaborar una administrativa que supusiera algún control (si no "todo el control") sobre su tenencia (especialmente si se tiene en cuenta que el 70,4% de los homicidios dolosos se realiza con armas de fuego –y casi un 16% por armas blancas-, según el "Observatorio" antes citado en su Informe sobre la Violencia en Honduras de 2017). Sin embargo la tentativa fracasó ante los propios operadores jurídicos hondureños (fiscales, jueces) que utilizaron el argumento más habitual en la materia para oponerse a nuestro planteamiento: "necesitamos las armas para defendernos de los delincuentes".

una de las siguientes ciudades hondureñas: Tegucigalpa, La Ceiba, San Pedro Sula y Choluteca.

Debe señalarse, también, que los Consultores mantuvimos decenas de reuniones (a iniciativa propia en unos casos, en otros del Congreso Nacional, de las embajadas, de la AECID, de la Cooperación Internacional o de los organismos y personas interesadas) con multitud de instancias oficiales, grupos LGTBI, de defensoras de los derechos de las mujeres (por ejemplo del Centro de Derechos de las Mujeres o de la Organización Intibucana de Mujeres “Las Hormigas”), de la sociedad civil, Articulación 611, Jueces por la Democracia, Policía, organizaciones campesinas, etc., etc. (de todo ello existe suficiente testimonio en los informes que al final de cada misión se rendían a la Oficina Técnica de Cooperación de la AECID y a la Embajada de España). En todas estas reuniones prestamos nuestro apoyo técnico para que sirviera de vehículo a las inquietudes de los distintos colectivos (especialmente en los casos de los grupos LGTBI y de Mujeres, a los cuales los Embajadores de España, UE y EE.UU nos habían indicado que prestáramos especial atención).

Ha de señalarse que la cuestión del aborto, aunque excluida de las discusiones –tal y como se ha indicado más atrás- por decisión perfectamente legítima (por más que no compartida) del Congreso Nacional en el ejercicio de su soberanía, seguía sobrevolando las reuniones que se efectuaban con la sociedad civil, especialmente las mantenidas con asociaciones de mujeres. Desde luego se trataba de una inquietud absolutamente justificable desde cualquier punto de vista –incluido el técnico, plano en el que se movía la Consultoría-, pero sobre todo atendiendo a la realidad de Honduras⁶. Ello llevó al Consultor (en una resolución puramente personal sin responsabilidad para su equipo) a tomar una decisión que ponía en cuestión, en buena medida, los términos técnicos en los que se había solicitado la Consultoría: presentar un proyecto completo de regulación del aborto contentivo, además, de las tres indicaciones clásicas de despenalización de la interrupción del embarazo. Se trató de un proyecto “moderado” para hacerlo factible parlamentariamente, y que no chocaba excesivamente con las diferentes sensibilidades sociales e incluso realizaba numerosas concesiones a las corrientes conservadoras, aunque inevitablemente colisionaría con las confesiones religiosas, pero que en todo caso mejoraba técnicamente la vigente regulación sobre aborto⁷.

⁶ No debe olvidarse que Honduras está a la cabeza de embarazos adolescentes en Latinoamérica (véase el Informe del Departamento de Salud Pública de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras “Proporción y características clínicas-epidemiológicas de adolescentes embarazadas en las zonas de influencia atendidas por médicos en servicio social, durante el período agosto 2015-agosto 2016” <http://www.bvs.hn/Honduras/Protocolo.Embarazo.en.Adolescentes.Corregida.09.Marzo.2016.pdf>), lo que no debe extrañar ya que hasta la píldora “del día después” o “píldora de emergencia” está prohibida en ese país. Tampoco se permite a las adolescentes el acceso a servicios de salud sexual reproductiva sin consentimiento de sus tutores; véase a este respecto el Informe del Guttmacher Institute sobre “salud sexual y reproductiva de las mujeres jóvenes en Honduras” https://www.guttmacher.org/sites/default/files/factsheet/fb-dd-honduras-sp_1.pdf; del mismo Instituto, aunque se trata de una publicación algo antigua, es también muy revelador el siguiente Informe: <http://derechosdelamujer.org/wp-content/uploads/2016/02/Asegurar-un-manana-mas-saludable-en-Centroamerica.pdf>). Sobre lo anterior hay una realidad: la gran frecuencia de la violencia sexual intrafamiliar (en realidad violaciones) no hace más que poner de manifiesto –además de las circunstancias miserables en las que se desarrolla la vida de buena parte de los hondureños- toda una ideología de dominación sobre la mujer, incluso cuando todavía no son “mujeres” sino niñas. De lo anterior supone una demostración el hecho de que en 2017 el 58% de los abusos sexuales se produjo sobre mujeres en el grupo de edad entre los 10 y los 19 años; es decir: tener 20 o más años en Honduras implica para las mujeres una considerable disminución del riesgo de ser objeto de abuso sexual (cifras del Observatorio de la Violencia de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras –UNAH– file:///C:/Users/Francisco/Downloads/BoletínNacionalEneroDiciembre2017.pdf).

⁷ Art. 237. **Aborto sin consentimiento.** El que causa el aborto sin consentimiento de la mujer será castigado con la pena de prisión de seis (6) a ocho (8) años. Si el responsable del delito es profesional

La cuestión, a partir del momento en que se tomó la decisión anterior, consistía en elegir la mejor ocasión, la que brindara alguna mínima posibilidad de éxito, para plantear el tema. Debe decirse que este Consultor era consciente de que la mayoría de los miembros técnicos de la Comisión de Dictamen (y unánimemente los diputados en ella representados) eran contrarios a introducir indicación alguna en materia de aborto; por ello decidí esperar hasta el final de las sesiones –a la última en realidad- para aumentar la confianza de los miembros de la Comisión de Dictamen en los Consultores y poder tener “más llegada” con aquéllos. En cualquier caso conocíamos positivamente que aun cuando se consiguiera, lo que era extremadamente difícil, el apoyo de la Comisión de Dictamen (de los técnicos integrantes de la misma) no se lograría en ningún caso la aceptación del Pleno del Congreso, pues exceptuando algunos diputados –pocos- de la Bancada de LIBRE⁸ el resto de los diputados (Partido Nacional, Partido Liberal, PINU, Anticorrupción) eran contrarios a flexibilizar la

del área de la salud se le castigará, además, con las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, durante el doble del tiempo que dure la pena de prisión, y multa de cien (100) a doscientos (200) días.

Las mismas penas se impondrán a quien obtenga el consentimiento de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Art. 238. Aborto con consentimiento. El que causa el aborto con el consentimiento de la mujer grávida será castigado con la pena de prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el responsable del delito es profesional del área de la salud se le castigará, además, con las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, durante el tiempo que dure la pena de prisión, y multa de hasta cincuenta (50) días.

Art. 239. Aborto realizado por la propia mujer embarazada. La mujer embarazada que produzca su propio aborto o consienta que otro se lo cause, será castigada con la pena de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Art. 240. Aborto imprudente. El que causa aborto por imprudencia grave será castigado con la pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Art. 241. Destrucción de pre embriones

Motivación: Impediría la reproducción asistida, la investigación científica y la utilización de dispositivos que obstaculizan la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer.

Art. 241 bis. Causas excepcionales de atipicidad. La interrupción del embarazo practicada por un médico o bajo su dirección, y realizada en un centro sanitario público o privado acreditado para la realización de esas intervenciones, no será punible cuando, constante el consentimiento expreso de la mujer:

1) Exista un grave riesgo para la vida o la salud de ésta en el caso de continuación del embarazo, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1º) Que no se hayan superado las doce (12) semanas de gestación.
- 2º) Que el grave riesgo para la vida o salud de la embarazada conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico de la especialidad correspondiente distinto a aquél que realice o dirija la interrupción del embarazo.

En caso de riesgo vital inmediato, avalado por un médico especialista, no será precisa la concurrencia del primero de los requisitos anteriores para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

2) El embarazo haya sido consecuencia de un ataque a la libertad o indemnidad sexuales de la víctima, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1º) Que no se hayan superado las doce (12) semanas de gestación.
- 2º) Que el ataque sexual se haya denunciado, en todas las circunstancias conocidas por la mujer, con anterioridad a la interrupción del embarazo.

3) Se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento de emisión del diagnóstico médico, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1º) Que no se hayan superado las veintidós (22) semanas de gestación.
- 2º) Que las anomalías o enfermedad consten en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente distintos a aquél que realice o dirija la interrupción del embarazo.

4) El consentimiento prestado por las menores de dieciocho (18) años no es válido a efectos de la interrupción del embarazo, salvo que sea convalidado por sus padres, tutores o representantes legales, o por el Juez, con intervención del Ministerio Fiscal, en caso de discrepancia entre la menor y los anteriores. De ser necesaria esta última resolución, la tramitación de la misma tendrá preferencia absoluta sobre cualquiera otro contencioso que se estuviera ventilando ante el Juzgado competente”.

⁸ “Libertad y Refundación”, se trata del partido fundado por el ex Presidente hondureño Manuel Zelaya.

regulación sobre aborto. Además era consciente de que llegado el caso “las religiones” (iglesia católica y fraternidad evangelista) libraría una batalla “con todo lo que tuvieran” para impedir cualquier legislación mínimamente favorable a la interrupción del embarazo. Sin embargo, obviamente, la única posibilidad para presentar la moción al Pleno era tener el apoyo de la Comisión de Dictamen.

Resuelto lo anterior, en la correspondiente sesión de la Comisión de Dictamen presenté un Proyecto para incluir en el CP hondureño las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Tras exponer el texto tomó la palabra uno de los asesores “de plantilla” del Congreso Nacional⁹, quien se opuso al proyecto presentado y realizó algunas consideraciones verdaderamente reaccionarias sobre los motivos de las violaciones a niñas que acaban en embarazos no deseados, relato que conmocionó a los presentes y les predispuso, me pareció percibir, en contra del citado asesor y sus tesis. Esa impresión se reforzó cuando, a continuación, tomó la palabra la representante de la Organización Intibucana de Mujeres “Las Hormigas”, y al apoyar la propuesta por mi presentada realizó una intervención muy sensible sobre el tema con una sencillez y un sorprendente respeto al asesor del Congreso que cautivó a los presentes hasta el punto de la emoción visible. Sin embargo, acto seguido se dirigió a la Comisión la titular de la Gerencia Legislativa del Congreso Nacional, la Sra. Karen Motiño, quien anunció que ese tema no podía ser incorporado al Proyecto por prohibición expresa del Congreso, y que cuando comenzara la nueva Legislatura (después de las elecciones del siguiente noviembre de 2017) se podría articular una Ley especial que abordara toda la cuestión, pero que mientras tanto los tipos incriminatorios iban a quedar como estaban y que ninguna indicación despenalizadora del aborto debía incorporarse al Código Penal.

Tras el suceso anterior, que tuve la ocasión de exponer, además de informar, a los embajadores de España, UE y EE.UU y a la Comunidad Internacional, se coincidió en la conveniencia de continuar con el asesoramiento técnico al Proyecto de reforma del Ordenamiento penal hondureño, pues el nuevo Código Penal (en realidad “el nuevo Ordenamiento penal”, pues al Código se pretendía llevar toda la legislación especial) no se constreñía exclusivamente en su contenido, ni muchísimo menos, a la cuestión del aborto, sino que abarcaba numerosísimos temas entre los que destacaban la regulación de intereses vitales tanto para la sociedad civil hondureña (violencia de género, discriminación, tortura, tráfico de órganos, trato degradante, etc.) como para la colectividad y el Estado en su conjunto (medioambiente, urbanismo, corrupción, drogas y un larguísimo etcétera), todo lo cual aconsejaba ultimar los trabajos de elaboración del nuevo CP. Por otra parte, la cercanía de las elecciones, tanto primarias (marzo de 2017) como legislativas (noviembre de 2017), volvía a aconsejar no llevar la polémica más allá en el tiempo, para evitar que la cuestión de la limitada despenalización del aborto fuera pasto de programas y polémicas electorales que pudieran determinar el comportamiento legislativo futuro del Congreso sobre la materia, impidiendo que se abordara la ya aludida Ley especial sobre el particular¹⁰.

⁹ Ernesto Gálvez Mejía, teólogo cristiano, master en sociología rural, y responsable del Centro de Investigación y de Estudios legislativos (CIEL) del Congreso de Honduras, según reza su currículum.

¹⁰ En realidad sólo los muy mal informados (en este terreno siempre estuvo ACNUDH) podían llegar a pensar en la posibilidad de ganar o en que pudiera resultar beneficioso para el avance de la legislación hondureña en materia de derechos humanos, presentar en esos momentos la “batalla del aborto” en el Congreso Nacional hondureño (fue el caso, también, de otras organizaciones internacionales, que de forma patética interpretaron muy mal la realidad, con lo que han causado un daño difícil de reparar a las mujeres hondureñas; véase, por ejemplo, lo que esperaba Amnistía Internacional de la discusión en el Congreso sobre la despenalización en ciertos casos del aborto <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/honduras-oportunidad-historica-de-despenalizar-el-aborto/>).

En todo caso debo señalar que la presentación por mi parte de distintos supuestos de despenalización del aborto ha sido causante de diversos ataques que se llevaron a cabo contra el equipo consultor, tanto en publicaciones eclesiásticas españolas¹¹ como en distintos medios de Honduras (especialmente protagonizados por medios afines a las confesiones evangélicas hondureñas¹²).

Finalizadas las tareas en la Comisión de Dictamen del Congreso Nacional se iniciaron las sesiones de discusión del Proyecto de Código Penal en el Pleno del Congreso. Debo significar en este punto que desde el primer momento la Cooperación Española entendió que debíamos estar en las sesiones del Pleno para evitar errores de comprensión del texto entre los diputados, e impedir de esa forma que –como ya se indicó más atrás- el arduo trabajo realizado en la Comisión de Dictamen se arruinara en el Pleno del Congreso. Así las cosas, y desde el primer momento, tomamos asiento entre los diputados en las sesiones del Pleno, durante las cuales intervinimos abundantemente para aclarar, explicar, fundamentar los preceptos que se sometían a la aprobación de los Diputados. He de manifestar que en esas sesiones, y durante todo su desarrollo, contamos con el reconocimiento de los diputados y la confianza de todas las bancadas, así como de la Presidencia del Congreso y de su Secretario General: sólo la persistente y desesperante falta de puntualidad en el inicio de las sesiones y la ausencia de formalidad en todos los

El problema radicó en que la absoluta irresponsabilidad de la representante de ACNUDH en Honduras, la Sra. Pazo, mezclada con su soberbia, llevó a las organizaciones de mujeres a plantear, en vísperas de una campaña electoral, la cuestión del aborto en el Congreso Nacional. Esto provocó varios efectos todos ellos indeseables: 1) Obligó a las bancadas a posicionarse en la materia de cara a su electorado, mayoritariamente conservador en el tema del aborto; 2) Llevó a los partidos políticos y alianzas electorales a comprometerse con las iglesias en el tema de la interrupción del embarazo... en el sentido que era de imaginar por cualquier espectador excepto por los ya indicados representantes de NNUU y de alguna otra organización internacional (<http://confraternidadevangelica.org/tag/no-al-abort/> <https://www.laprensa.com.ni/2017/04/29/religion-y-fe/2221442-presidente-honduras-rechaza-despenalizar-aborto/>); 3) Impidió (lo que sí hubiera sido factible *ab initio* por el compromiso adquirido por la Bancada de Libre pero que devino imposible tras la discusión sobre el aborto habida en el Pleno del Congreso el 4 de mayo de 2017) el éxito de la propuesta de introducir en las disposiciones adicionales del CP la legalización de la "píldora de emergencia", y todo ello a pesar de los esfuerzos que realizó la Diputada Valle de la Bancada de LIBRE; propuesta que se pretendía llevar a cabo especialmente en relación a los protocolos hospitalarios para la asistencia de mujeres "abusadas". Una enorme oportunidad perdida –arruinada por la representante del ACNUDH- pues a pesar de la aparente "humildad" de la medida, hubiera supuesto: i) La aceptación por parte de Honduras de la doctrina jurisprudencial sobre el momento de la concepción -anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer- plasmada en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2012 en el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf; ii) Derribar de esa manera el tabú de la interrupción de la concepción, lo que señalaría el camino a seguir; 4) La falta de comprensión del problema y de sus soluciones llevó a ACNUDH, con las asociaciones de mujeres a las que arrastró, a forzar una votación en el Pleno del Congreso para la que ni siquiera pudieron contar con el apoyo de la "Comisión de Equidad de Género del Congreso Nacional", presidida por la Diputada de la Bancada Liberal Yadira Bendaña, y tampoco de la líder de las reivindicaciones feministas en el Congreso la Diputada de PINU por Francisco Morazán, Doris Gutiérrez. Pues bien, el resultado de la votación puso de manifiesto lo equivocado y dañino de la estrategia seguida por NNUU y las asociaciones de mujeres: 79 votos en contra de modificar la legislación sobre aborto, 9 a favor y 6 abstenciones. Se trató de un resultado que ya le había sido anticipado a ACNUDH... pero NNUU no quiso oír a nadie, sobre todo a los que conocían el terreno, y se volcó en una presión estéril que la puso en evidencia (tras la votación, el Presidente del Congreso, Sr. Mauricio Oliva, dijo: "... hemos sido amplios y tolerantes en el debate, no he permitido que entren ni grupos próvida ni grupos que están a favor de la despenalización del aborto, no hemos creado en el ambiente legislativo ninguna presión mediática de ningún grupo, creo y comproto mucho que es muy poco lo que podemos aportar para tomar una decisión porque todo mundo tiene una decisión al respecto"). Ahora ignoramos cuándo se podrá volver a intentar alguna apertura en el sistema.

¹¹ Véase, por ejemplo y entre otros, el siguiente enlace: <http://www.actuall.com/vida/expertos-espanoles-asesoran-a-honduras-en-la-creacion-de-un-nuevo-codigo-penal-proabortion/>

¹² Véase, verbigracia, en clara armonía con el texto aparecido en la publicación de la iglesia católica española: <http://citizengo.org/es/35099-respeto-al-derecho-vida-honduras>

trámites, así como un débil y caótico apoyo de la Gerencia Legislativa, enturbiaron nuestra labor.

En este punto debo significar que carencias estructurales en la fijación de los términos de las discusiones y en el tenor literal del contenido de los proyectos a examinar, lastran considerablemente la labor legislativa del Congreso. En efecto, no existe en el Congreso de Honduras nada parecido a un “Boletín de las Cortes”, de forma que los textos que se terminan sometiendo a debate puede que coincidan, o no, con los elaborados por la correspondiente Comisión, y son demasiadas las manos por las que pasan los dichos textos antes de ser sometidos al criterio de los representantes de la Nación. Esto convierte al procedimiento legislativo en algo muy escasamente fiable. Además frecuentemente no se facilita a los diputados el redactado de los proyectos que se va a discutir con anterioridad a la sesión del Pleno que corresponda, con lo que en buena parte de las ocasiones los diputados conocen el literal de los preceptos a debatir en la proyección que se realiza en las pantallas en el momento de ser sometido a discusión, y por la lectura que se realiza en ese mismo momento por quien oficie en la sesión como Secretario de la Cámara. Desde luego que no es necesario insistir demasiado, pues resulta evidente, en el déficit democrático que implica el dicho procedimiento.

Además, y sumado a lo anterior, el que sea toda la Cámara quien conozca, artículo por artículo, el texto a aprobar, sin presentación formal de “enmiendas”, convierte los debates en algo sumamente confuso (puramente asambleario) y sus resultados en algo completamente aleatorio e incontrolable¹³. Formulado con otras palabras: es condición para que se pueda profundizar mínimamente en la democracia durante los debates de los proyectos normativos, el que se modifique severamente el reglamento de la Cámara y se realicen las correspondientes inversiones económicas en esa dirección.

A lo anterior debe sumarse el peculiar papel que juega en el proceso parlamentario la llamada “Comisión de Estilo”¹⁴, que destinada reglamentariamente sólo a, precisamente, ajustar el “estilo” de los preceptos legales al previamente determinado para todos ellos, con frecuencia desempeña un papel que va mucho más allá, tal y como se evidenció recientemente con la llamada “Ley de Política Limpia”¹⁵ (impulsada por la Misión contra la Impunidad en Honduras, MACCIH), cuyo texto publicado finalmente en la Gaceta Oficial poco tenía que ver en algunos extremos con el realmente aprobado en el Pleno del Congreso¹⁶.

En todo caso los preceptos se fueron aprobando con regularidad en el Pleno del Congreso, sin mayores problemas que fueran más allá de las lógicas discusiones que un Código de la naturaleza del penal debe despertar en cualquier Parlamento.

¹³ Existe tanto convencimiento de que lo que se acaba de afirmar es cierto, que no hubo dificultades para que los embajadores de la UE y de España, junto con el firmante de este artículo, nos reuníramos con el Presidente del Congreso y acordáramos con él (lo que fue aceptado sin ninguna objeción por los representantes de las diferentes bancadas) crear una “comisión multipartidaria” que se encargaría de enmendar y pactar, previo a su presentación al Pleno, el texto del Proyecto aprobado por la Comisión de Dictamen. De esa forma el texto que se discutió en el Pleno, con muy pocas excepciones, estaba sustancialmente consensuado entre todas las bancadas: ello es lo que hizo posible que el Código Penal se pudiera terminar de aprobar, finalmente, el 18 de enero de 2018, pocos días antes de que tomara posesión de su cargo el actual Presidente de la República.

¹⁴ Reglamento Interior del Congreso Nacional (Decreto núm. 24, de 31 de marzo de 1982), artículo 67.

¹⁵ Técnicamente, Ley de *Financiamiento, Transparencia y Fiscalización de Partidos Políticos y Candidatos*, aprobada por Decreto 137/2016, de 17 de enero.

¹⁶ Compárese el texto publicado en la Gaceta Oficial, núm. 34.242, de 18 de enero de 2017 (https://www.tsc.gob.hn/leyes/Ley_transparencia_fisc_Partidos_politicos.pdf), con la fe de erratas publicada en la Gaceta, núm. 34.294, de 20 de marzo de 2017.

Sólo, y al margen del tema del aborto al que me volveré a referir más abajo, se plantearon problemas en relación con los “delitos políticos” o los vinculados con la delincuencia asociativa que, a juicio de los diputados de LIBRE, pudieran ser aprovechados por el régimen para perseguir la “delincuencia política” o la protesta social (desórdenes públicos, terrorismo, asociaciones ilícitas, atentado...), y con los tipos relativos a la “violencia de género”. Pues bien, en lo que importa al primer caso la consecución de un acuerdo, con los diputados y la sociedad civil, requirió múltiples reuniones con asociaciones de todo tipo y las distintas bancadas, lo que se terminó consiguiendo en todos los casos excepto en los delitos de terrorismo en los que, ante la falta de acuerdo, el PN impuso su mayoría en el Pleno del Congreso ante las sonoras protestas de la Bancada de LIBRE.

3. La violencia de género

En lo que se refiere a la violencia de género, he de apuntar nuevamente que desde que comenzara nuestro asesoramiento al Congreso Nacional de Honduras los representantes de la Cooperación Internacional (especialmente la Cooperación española –financiadora del Proyecto hasta el momento que más atrás se significó-, y las embajadas de España, UE –que también financió una pequeña parte del mismo- y EEUU) insistieron en que se tenía que dar especial y enérgica protección a las mujeres en el nuevo Código Penal. La preocupación era, y es, absolutamente lógica, especialmente si se tiene en cuenta que para un país de nueve millones de habitantes el número de mujeres muertas por violencia de género en el año 2014 fue de 531¹⁷, ostentando la primacía centroamericana en ese crimen (y no sólo); aunque lo peor viene dado por los porcentajes de impunidad que según las cifras más prudentes superan holgadamente el 80%.

Pues bien, un correcto abordaje de la violencia de género hacía preciso, en primer lugar, cambiar radicalmente el concepto que en las vigentes leyes penales hondureñas se tiene de la mujer, de lo que pueden servir como ejemplo los siguientes preceptos del actual, del vigente CP hondureño: artículo 26.11 (atenuantes) “Haber actuado la mujer bajo la influencia de trastornos fisiológicos propios de su sexo” (que apunta claramente a que la mujer durante los días de la menstruación sufre alteraciones mentales que no la permiten un acceso normal a la motivación normativa), y el artículo 123 “La madre que para ocultar su deshonra, da muerte al hijo que no haya cumplido tres (3) días de nacido, será sancionada con seis (6) a nueve (9) años de reclusión” (donde se vincula, claramente lo que es herencia de los códigos penales españoles, el concepto de mujer “como debe ser” con la procreación dentro del matrimonio). Frente a semejante ideología –claramente discriminatoria y ofensiva en los mínimos de la dignidad de la mujer-, el Proyecto de CP, tras su paso por la Comisión de Dictamen, incorpora en su artículo 1 la “interpretación conforme a género” (lo que supone, además de lo obvio, llevar hasta sus últimas consecuencias la filosofía de la Convención de Belén do Pará, y permitirá que en la interpretación de los tipos penales –singularmente en los relativos a la libertad sexual o a la discriminación- se fuerce el cambio desde una mentalidad machista, de dominación, a una igualitaria, de respeto a la mujer por su condición de persona en todo igual al

¹⁷ En 2017 fueron 389 las mujeres muertas (<file:///C:/Users/Francisco/Downloads/Boletin-Especial8Marzo2018.pdf>), 466 en 2016 y 471 en 2015. (<http://hn.one.un.org/content/unct/honduras/es/home/manud/tasa-de-asistencia-escolar12.html>).

En todo caso es Honduras, también en este rubro, el país centroamericano que presenta las cifras más altas de femicidios. Así, según la CEPAL, y en tasa de fallecidas por cada cien mil habitantes, en el año 2014 los femicidios fueron de 2,7 en Guatemala; 5,7 en El Salvador; 1,2 en Nicaragua; 0,6 en Costa Rica; 1,3 en Panamá; 3,6 en República Dominicana, y 13,3 en Honduras (<https://www.cepal.org/es/files/femicidio-america-latina-caribe-0>).

varón), y en sucesivos preceptos: la supresión de la atenuante acabada de reflejar así como del delito de infanticidio, la salvedad en la excusa absolutoria de los delitos patrimoniales de que hubieran ocurrido “razones de género” (lo que evitará la llamada “violencia de género patrimonial”, la que, por cierto, no está salvada en no pocos códigos penales europeos), el castigo de la mera violencia de género, etc.

Pero prescindiendo de cuestiones generales y centrándonos en la cuestión de la violencia de género, tanto distintas asociaciones de mujeres de Honduras como el Alto Comisionado y ONU-Mujeres (que han influido decisivamente en aquéllas) han mantenido demasiado tiempo que la tipificación ideal del femicidio¹⁸ es la que se plasma en el vigente artículo 118-A del Código Penal de Honduras:

“Incurre en el delito de Femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer y se castigará con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión, cuando concurran una o varias de las circunstancias siguientes:

- 1) *Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación sentimental;*
- 2) *Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;*
- 3) *Cuando el delito este precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza; y,*
- 4) *Cuando el delito se comete con ensañamiento o cuando se hayan infligido lesionados infamante, degradante o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida”.*

Se trata la vigente, sin embargo y a mi entender, de una tipificación muy inconveniente en materia de femicidio por numerosas causas, entre las que destacan las siguientes:

a) Estructuralmente nos encontramos ante una figura delictiva que requiere para su consumación de: i) razones de género; ii) “odio y desprecio”; iii) que concurra alguna de las circunstancias que se desgranan en el precepto. Todo ello significa que si la muerte se comete por motivos de género pero no hay (o no se puede probar, que es lo mismo desde el punto de vista procesal) odio y (subrayo el “y”) desprecio, no habría femicidio; pero, además, pueden concurrir razones de género, odio y desprecio...y no alguna de las circunstancias recogidas en el precepto, con lo que tampoco estaríamos ante un femicidio... En fin, se trata de una tipificación que constituye un verdadero disparate, que demuestra un absoluto desconocimiento de los mínimos de la técnica penal, y que se repite estructuralmente en las propuestas auspiciadas por el Alto Comisionado y ONU-Mujeres a las que me referiré más abajo;

b) La Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. No requiere la Convención, como se puede comprobar, ningún añadido,

¹⁸ Sobre la conveniencia de utilizar el término “femicidio” o feminicidio” véanse, entre otros muchos, <https://carloslucasblog.wordpress.com/2014/04/27/un-nuevo-termino-en-la-rae-femicidio/>. También, y entre otros muchos, Lagarde, M. (2006: 216 ss.) (<file:///C:/Users/Francisco/Downloads/Dialnet-DelFemicidioAlFeminicidio-2923333.pdf>); Larrauri, E. (2007); Lagarde, M. (2009); Boira, S. (2015: 27 ss.); Jiménez, N.P. (2011: 127 ss.); Jiménez Rodríguez, N.P. (2011: 129 ss.); Rueda Martín, M.A. (2012); Maqueda Abreu, M.L. (2014); Toledo Vásquez, P. (2014); Laurenzo, P. (2015: 783 ss.).

ni mucho menos la concurrencia de “odio” y “desprecio” ni relaciones previas de cualquier tipo entre autor y víctima.

c) Está más que consagrada en Derecho Constitucional la idea de que la correcta aplicación del principio de igualdad, piedra angular de las constituciones desde el movimiento revolucionario francés, exige diferenciarlo de la simple homogeneidad, e impone deparar un trato diverso a los desiguales cuando exista una causa estructural típica que así lo fundamente, conformándose, por tanto, esa “diferencia” como instrumento imprescindible para alcanzar un tratamiento efectivamente igualitario.

d) Lo anterior queda perfectamente plasmado en el “Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castro y Castro contra Perú, de 25 de noviembre de 2006”. Se expresaba como sigue el Magistrado:

“10. Por supuesto, cuando me refiero a derechos y libertades de las mujeres estoy aludiendo a dos sectores en ese universo de protección jurídica: a) por una parte, aquellos que comparten, sin salvedad ni distinción, con los varones: derechos generales; y b) por otra parte, aquellos que se relacionan en forma directa y exclusiva -o casi exclusiva- con la condición de mujeres que tienen sus titulares. En este último sector se impone la adopción de medidas especiales que reconozcan características propias de las mujeres -ejemplo evidente es la protección previa y posterior al parto- y que restablezcan, introduzcan o favorezcan la igualación entre varones y mujeres en ámbitos en los que éstas se han encontrado en situación desfavorable frente a aquéllos por consideraciones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera. 11. En pronunciamientos acerca de la igualdad ante la ley y otros puntos aledaños, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio de juridicidad -que tiene raíz en el trato igual para todos- no sólo no excluye, sino reclama, la admisión -más todavía: la exigencia- de una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto. 12. Por todo ello, es perfectamente justificable, además de deseable, que la defensa de los derechos de la mujer que se halla depositada en declaraciones y convenciones específicas sobre esta materia acuda al primer plano en la consideración de los órganos internacionales de protección. Esa admisión relevante contribuye a esclarecer, fortalecer y engrandecer el sistema protector en su conjunto. Resulta consecuente con los fines que este se propone y es pertinente y oportuno si se toma en cuenta cuál es la situación que a menudo prevalece en esta materia. Así, existe una razón de derecho sustantivo que sustenta el interés cifrado en la Convención de Belém do Pará”.

Pues bien, no son el “odio ni el desprecio” ni la concurrencia de otras situaciones similares los elementos definitorios en materia de género, sino el de discriminación hacia la mujer por razones de género¹⁹. Así, en la Sentencia de la Corte

¹⁹ Así se declaró en Beijing durante la Conferencia de 1995 (“Plataforma de Acción”): “113. La expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como

Interamericana de Derechos Humanos en el caso Campo Algodonero vs. México²⁰, se afirmaba (se excusará lo prolongado de la cita pero ello está obligado por la importancia del tema):

“Según la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, aunque el fenómeno de violencia en Ciudad Juárez afecta tanto a hombres como a mujeres, ‘es importante mencionar que en el caso de los hombres se sabe que las causas de los asesinatos están relacionadas con el narcotráfico, ajustes de cuentas, riñas callejeras, entre otras’ y ‘[e]n el caso de los asesinatos de mujeres [...] no existen causas aparentes’ (Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Compendio de recomendaciones, supra nota 65, folio 6565). En similar sentido, la Comisión para Ciudad Juárez señaló que a pesar de que el cuadro de violencia en Ciudad Juárez afecta a hombres, mujeres y niñas, ‘subyace un patrón de violencia de género que se advierte no obstante la necesidad de contar con más estudios y estadísticas locales sobre el tema’ (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, supra nota 67, folio 8668)”

En el último sentido indicado dice la Corte en el caso “Campo Algodonero”:

“128. Según los representantes, el tema de género es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual ‘sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos’. Alegaron que ‘niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada’. 129. El Estado señaló que los homicidios ‘tienen causas diversas, con diferentes autores, en circunstancias muy distintas y con patrones criminales diferenciados, pero se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer’. Según el Estado, uno de los factores estructurales que ha motivado situaciones de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez es la modificación de los roles familiares que generó la vida laboral de las mujeres. El Estado explicó que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Señaló que, al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también su vida familiar porque ‘los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar’. Esto, según el Estado, llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener la imagen de ser más competitiva e independiente económicamente²¹. Además, el Estado citó el Informe del CEDAW para

resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”.

²⁰ Hay numerosísimos comentarios sobre esta trascendental decisión de la Corte de San José, véanse por todas: Abramovich, V. (2010: 167 ss.)

(<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491/11852>); Gómez-Robledo Verduzco, A. (2010: 245 ss.)

(file:///C:/Users/Francisco/Downloads/art%C3%ADculo_redalyc_88516101009.pdf); Jiménez García, F. (2011: 11 ss.); Vázquez Camacho, S.J. (2011: 515 ss.); y Vogelfanger, A.D. (2015: 49 ss.) (<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2802/1533>).

²¹ Estos alegatos coinciden con las conclusiones del Primer informe de gestión de la Comisión para Ciudad Juárez, el cual señala que en la década de los setenta y los ochenta, la industria maquiladora se caracterizó por la oferta casi exclusivamente a mujeres en un contexto de desempleo masculino, lo cual “produjo un choque cultural al interior de las familias” y que “los hombres se quedaron sin trabajo y las que sosténían el hogar eran las mujeres” (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, supra nota 67, folio 8663. Ver también, Informe de México producido por el CEDAW, supra nota 64, folio 1922; declaración rendida ante fedatario público por el perito Pineda Jaimes el 15 de abril de 2009, expediente de fondo, tomo VIII, folio 2825, y declaración de la perita Jusidman Rapport, supra nota 99, folio 3778).

señalar que ‘[e]ste cambio social en los papeles de las mujeres no ha sido acompañado de un cambio en las actitudes y las mentalidades tradicionales -el cariz patriarcal- manteniéndose una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres’. 132. La Corte toma nota de que a pesar de la negación del Estado en cuanto a la existencia de algún tipo de patrón en los motivos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, éste señaló ante el CEDAW que ‘están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad’. También cabe destacar lo señalado por México en su Informe de Respuesta al CEDAW, en relación a las acciones concretas realizadas para mejorar la situación de subordinación de la mujer en México y en Ciudad Juárez: debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas. 133. Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez ‘tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres’. 134. Por su parte, la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU explica que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de ‘una desigualdad de género arraigada en la sociedad’. La Relatora se refirió a ‘fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo’, entre las que incluyó la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, lo cual proporciona independencia económica y ofrece nuevas oportunidades de formarse. Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos²². 154. Distintas pruebas allegadas al Tribunal señalaron, inter alia, que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez minimizaban el problema y llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres²³. En este sentido, destacaron las afirmaciones de la CNDH en su Recomendación 44/1998, con respecto a que las declaraciones de funcionarios y autoridades de la Procuraduría estatal documentadas por esa institución denotaban ‘ausencia de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave, así como una forma de

²² Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, supra nota 64, folios 2001 y 2002.

²³ Cfr. CIDH, Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, supra nota 64, folio 1765; Informe de México producido por el CEDAW, supra nota 64, folio 1928; Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, supra nota 73, folio 2052; CNDH, Recomendación 44/1998, supra nota 72, folio 2139, y declaración de la perita Monárrez Fragoso, supra nota 101, folios 3938 y 3940.

discriminación' y que constitúan una 'forma de menoscabo sexista'. 164. De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. 227. Esta Corte ha establecido 'que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará'. 228. En el presente caso, la Corte toma nota, en primer lugar, del reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (supra párr. 222), así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez "se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer" (supra párr. 129). 229. En segundo lugar, el Tribunal observa lo establecido supra (párr. 133) en cuanto a que los informes de la Relatoría de la CIDH, del CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros, señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género. 230. En tercer lugar, las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez (supra párr. 123). Las mismas fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero. Se ha tenido como probado que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte. 231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Corresponde ahora analizar si la violencia perpetrada contra las víctimas, que terminó con sus vidas, es atribuible al Estado".

De todo lo anterior se deduce con facilidad que el núcleo del delito de femicidio está constituido por la discriminación de la mujer por razones de género²⁴, por habersele atribuido ancestralmente unos papeles que la sitúan en posición de subordinación frente al hombre, y que cualquier alteración –o intento de ello- de las condiciones sobre las que se sustenta dicha relación de poder/subordinación es la que se termina convirtiendo en violencia femicida. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior el tipo de femicidio debe componerse tal y como se propone por la Comisión de Dictamen del Congreso para el PCP de Honduras, o con una fórmula similar:

"Comete delito de femicidio quien mata a una mujer en el marco de relaciones desiguales de poder basadas en el género",

Un planteamiento distinto, de la clase del que ahora se plasma en el artículo 118A del vigente CP de Honduras más arriba reproducido u otro parecido, constituye una evidente confusión y, además, supone poner las bases para que queden sin sanción, como femicidio, no pocas conductas que, en realidad, sí son femicidios (es decir: las exigencias de "odio y desprecio" y, además, la concurrencia de alguna de

²⁴ El "Grupo de expertos sobre el asesinato de mujeres y niñas por razones de género" convocado por UNODC, decía (15 de agosto de 2014): "El asesinato de mujeres por razones de género suele entenderse como el asesinato, tanto en público como en privado, de mujeres por el hecho de ser mujeres". Nada más.

las numerosas circunstancias inclusas en un listado inacabable, son requerimientos no justificados para componer el tipo básico de femicidio, y terminan cumpliendo un indeseable papel limitativo del tipo –que hubiera conducido, en el caso de las “mujeres de Ciudad Juárez”, a la declaración de ausencia de comisión de un delito de femicidio, obviamente sí de homicidio, en no pocos casos).

4. Propuestas de redacción del tipo de femicidio presentadas por asociaciones de mujeres hondureñas

Me voy a referir en lo que sigue a las tres propuestas que en un mismo día (miércoles 2 de agosto de 2017) formularon las asociaciones de mujeres de Honduras, influidas las dos primeras por el Alto Comisionado y ONU-Mujeres, y realizada conjuntamente entre las asociaciones y las oficinas de NNUU la última. Pero antes de nada debe señalarse que la presentación en una misma jornada (y no como consecuencia de un proceso de negociación sino de, supongo, “repensamiento”) de tres propuestas de redacción distintas para el tipo de femicidio, parece evidenciar una grave ausencia de claridad de ideas y de entendimiento elemental sobre lo que es este delito.

La primera, llegada a mis manos a las nueve horas de la mañana de la citada jornada, fue la siguiente:

PROPIUESTA DE LAS ORGANIZACIONES DE MUJERES Y FEMINISTAS COMO: ASOCIACION CALIDAD DE VIDA, CENTRO DE DERECHOS DE MUJERES CDM, CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER HONDURAS CEM-H, GRUPO SOCIEDAD CIVIL, MOVIMIENTO DE MUJERES POR LA PAZ VISITACION PADILLA. EN EL MARCO DE LA COALICION TODAS, PLATAFORMA 25 DE NOVIEMBRE Y TRIBUNA DE MUJERES GLADYS LANZA

Art. 207 Femicidio

1. Incurre en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones desiguales de poder entre hombre y mujeres basadas en el género.

Se entenderá, sin que esté únicamente limitado a las siguientes circunstancias, que se comete femicidio cuando:

a) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación íntima o sentimental;

b) Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;

c) Cuando el delito este precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza;

d) Cuando el delito se comete con ensañamiento o la víctima presente numerosas lesiones, independientemente del número de instrumentos utilizados para producirlos, o cuando se hayan infligido lesionados infamante, degradante o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida.

e) Cuando el delito se comete por, o en el contexto de un grupo delictivo organizado, ya sea que la mujer sea miembro o no de dicho grupo delictivo organizado, por un rito grupal, o castigo, o venganza contra ella u otra persona o grupo de cualquier naturaleza.

f) Cuando el delito se comete por conexión, por estar presente la víctima en la escena de una agresión de un hombre contra otra mujer o intentar protegerla.

g) Cuando el delito se comete motivado por la identidad de género, o la orientación sexual.

h) Cuando el delito se cometa motivado por la condición de trabajadoras del sexo de la víctima o por otras ocupaciones estigmatizadas.

i) Cuando el delito se comete en el escenario de la trata de personas para cualquier fin

j) Cuando el delito o la forma en que se comete, esté vinculado a la discriminación social de la mujer por razones de género.

k) Cuando la víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida.

l) Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

El delito de femicidio será castigado con la pena de prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años.

2. La pena será de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el delito de asesinato.

3. Cuando el hecho se comete por funcionario o empleado público que actúa con abuso de sus funciones, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por quince (15) a veinte (20) años.

4. El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los atentados cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, patrimonio o el cadáver de la mujer.

Art. 209 Disposición Común

“A efectos de este título, y atendidas las circunstancias del hecho, se entiende por relaciones desiguales de poder basadas en género, las manifestaciones de control y dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra.

La instrumentalización de la mujer que reproduce una situación de sometimiento, inferioridad o subordinación al hombre por la condición de ser mujer, cualquiera que sea el ámbito y contexto en el que se cometa el hecho o la vinculación existente entre el autor y la víctima cualquiera que sea el ámbito o contexto en el que tenga lugar, dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal o comunidad; ya sea cometida por parte de cualquier persona o que perpetrada o tolerada por agentes del Estado. Dado que las relaciones de género se configuran socialmente la característica distintiva reside en la influencia de las condiciones socioculturales que ocurren este tipo de crímenes, por lo que deben ser interpretados en contextos más amplios que el individual”.

Más allá de que la redacción propuesta constituya un auténtico monumento a la redundancia (“1. Incurre en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones desiguales de poder entre hombre y mujeres basadas en el género”), nótese que limita los posibles sujetos activos a “el, los hombres”, opción que doctrinalmente no tiene un apoyo unánime.

Pero estructuralmente, y esto es lo más importante, se construye el tipo de forma que no es suficiente con que se mate “por razones de género”, sino que se exige **además** que se haga concurriendo alguna de las circunstancias que se enumeran a continuación. Es decir: la propuesta contradice expresamente la doctrina de la Sentencia “Campo Algodonero vs. México”, pues no considera suficiente la muerte de la mujer infligida en un contexto de relaciones desiguales de poder basadas en el género (de modo que este tipo posiblemente se declararía inaplicable en buena parte de los casos de Ciudad Juárez). Mas no se contenta la propuesta de las asociaciones de mujeres (auspiciadas por el Alto Comisionado) con semejante exigencia, lo “interesante” viene en cómo la fórmula: **“Se entenderá, sin que esté únicamente limitado a las siguientes circunstancias, que se comete femicidio cuando...”**, lo que parece compadecerse mal con el Principio de Legalidad. Es decir,

que condiciones de la realización típica pueden ser las que se enumeran a continuación en la propuesta criticada...o cualesquiera otras que el intérprete vaya añadiendo: monumento a la conculcación más grosera al Principio de Legalidad no ha sido visto desde que por los nacionalsocialistas se modificó el parágrafo 2 del Código Penal Alemán en 1935 (el desconocimiento de los rudimentos mismos del Derecho Penal que refleja la redacción propuesta puede comprenderse en el caso de las integrantes de las asociaciones de mujeres hondureñas, que no son especialistas y conducen desde hace años una extenuante, esforzada y muy sacrificada lucha en su país por la defensa de los derechos más elementales de las mujeres, pero de ninguna manera se puede justificar en las funcionarias de NNUU –Alto Comisionado y ONU-Mujeres²⁵); y, desde luego, sería deseable que las funcionarias de NNUU respetaran los artículos 11.2 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, etc., y la abundante Jurisprudencia internacional al respecto: **el Principio de Legalidad constituye, aunque las representantes en Honduras del Alto Comisionado y de ONU-Mujeres no lo consideren así, una de las piedras angulares de las declaraciones de derechos.**

El contenido de las circunstancias que se van desplegando a continuación en el texto propuesto por las asociaciones de mujeres (y dejando ahora al margen su muy deficiente redacción) merecen un breve estudio aparte: la a) se refiere a:

“Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación íntima o sentimental”.

Ya el mero lenguaje resulta inapropiado por arcaico y sexista (“haya mediado o no cohabitación”) y en todo lugar de un casuismo inútil y embrutecedor (más sencillo es decir: “Que el culpable sea o haya sido cónyuge o persona con la que la víctima mantenga o haya mantenido una relación estable de análoga naturaleza a la anterior”, con lo que, por otra parte, se logra mantener una misma dicción con situaciones similares ya contempladas en la Parte General del Código Penal).

La circunstancia b) evidencia una confusión conceptual con la violencia intrafamiliar (o doméstica): se es incapaz de separar la violencia de género de la familiar, con lo que se reduce sustancialmente el concepto.

En la c) se manifiesta la incomprendión, por parte de las autoras de la propuesta, de la posibilidad de existencia de un femicidio separado de un comportamiento de abuso sexual, además de que -como consecuencia de la técnica nuevamente casuística utilizada- dejan fuera de la tipicidad de forma injustificada algunas figuras contra la libertad sexual como el estupro.

En la d) se incluye un *totum revolutum* que demuestra que las autoras de la propuesta no se han detenido en leer, ni siquiera, sus propias formulaciones, pues integran el ensañamiento cuando más abajo se refieren a las circunstancias del asesinato (entre las que se incluye el ensañamiento) como un caso de especial agravación. Desde luego que la falta de todo criterio es más que evidente en esta circunstancia.

²⁵ ¿Cómo recluta NNUU a sus “funcionarios”? ¿qué tipo de conocimientos les exige para desempeñar adecuadamente sus funciones? ¿o es que la soberbia y la ignorancia son títulos suficientes?

La e) es otro cántico al casuismo, lo que significa que también aquí podrían producirse lagunas de punición.

La f) constituye más que una conexión, como se alega, una desconexión del núcleo de la violencia de género.

La g) nos hunde en la contradicción, pues habiéndose empeñado en el párrafo primero del artículo en excluir como sujetos activos todo lo que no sea un hombre y referirse como sujeto pasivo a las mujeres, enuncia: **“Cuando el delito se comete motivado por la identidad de género, o la orientación sexual”**, lo que causa la más absoluta perplejidad.

La h) recoge de nuevo una circunstancia difícil de delimitar, pues la referencia en la agravación es a las “ocupaciones estigmatizadas” cuyo acotamiento resulta francamente difícil, además de constituir una nueva conculcación grosera del Principio de Legalidad (taxatividad²⁶).

La letra i) recogería correctamente una circunstancia agravante específica (aunque aquí actúa como elemento del tipo básico, lo que como he señalado más arriba resulta incomprensible), la de que la muerte se llevara a cabo en el ámbito de la trata. Lo único que sucede es que es sólo parcialmente afortunada esta referencia pues deja de lado a la esclavitud y la servidumbre, lo que se manifiesta, otra vez, incomprensible.

La j) vuelve a dejarnos absolutamente perplejos pues se refiere a **“Cuando el delito o la forma en que se comete, esté vinculado a la discriminación social de la mujer por razones de género”**. La estupefacción proviene de que el contexto típico es ya de violencia de género, con lo que la aplicación de esta circunstancia implicaría la conculcación automática del principio *ne bis in idem*. En fin, las dos últimas circunstancias pueden tener cabida como agravantes pero no como elementos de un tipo básico en tema de violencia de género/femicidio.

A lo anterior debe añadirse que se nos antoja también curiosa la redacción de la Disposición Común, que es más propia de la literatura política que de un tipo penal (*“Dado que las relaciones de género se configuran socialmente la característica distintiva reside en la influencia de las condiciones socioculturales que ocurren este tipo de crímenes, por lo que deben ser interpretados en contextos más amplios que el individual”*), amén de exhibir una pésima redacción. En todo caso parece una extraña, y desafortunada, mezcla del texto de la Disposición que presentó la Comisión, con retórica feminista y arenga política (con la que puede estarse de acuerdo, pero que ningún lugar tiene en la redacción técnica de un tipo jurídico penal).

El propio miércoles 2 de agosto de 2017 las asociaciones de mujeres presentaron otro texto en el que incluyeron algunas correcciones²⁷. La nueva versión fue la que sigue a continuación:

“PROPUESTA DE LAS ORGANIZACIONES DE MUJERES Y FEMINISTAS COMO: ASOCIACION CALIDAD DE VIDA, CENTRO DE DERECHOS DE MUJERES CDM, CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER HONDURAS CEM-H, GRUPO

²⁶ No en pocas ocasiones ha corregido el Tribunal de San José la redacción “vaga o ambigua” del tipo penal; véase en este sentido Caso Usón Ramírez v. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009 (párrafos 50, 56, 58, 155 y 173), y también Kimel v. Argentina de 2 de mayo de 2008 (párrafo 67).

²⁷ Seguramente motivado por la crítica radical que ante varias Diputadas de la Comisión de Equidad de Género del Congreso Nacional, en contacto permanente con las asociaciones de mujeres, se realizó durante una reunión convocada esa misma mañana de la Comisión Multipartidaria.

SOCIEDAD CIVIL, MOVIMIENTO DE MUJERES POR LA PAZ VISITACION PADILLA Y LA ARTICULACION DE MUJERES DE LA VIA CAMPESINA. EN EL MARCO DE LA COALICION TODAS, PLATAFORMA 25 DE NOVIEMBRE Y TRIBUNA DE MUJERES GLADYS LANZA

Art. 207 Femicidio

1. Incurre en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones desiguales de poder entre hombre y mujeres basadas en el género. Se entenderá, sin que esté únicamente limitado a las siguientes circunstancias, que se comete femicidio cuando:

a) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación íntima o sentimental;

b) Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;

c) Cuando el delito este precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza;

d) Cuando el delito se comete con ensañamiento o la víctima presente numerosas lesiones, independientemente del número de instrumentos utilizados para producirlos, o cuando se hayan infligido lesionados infamante, degradante o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida.

e) Cuando el delito se comete por, o en el contexto de un grupo delictivo organizado, ya sea que la mujer sea miembro o no de dicho grupo delictivo organizado, por un rito grupal, o castigo, o venganza contra ella u otra persona o grupo de cualquier naturaleza.

f) Cuando el delito se comete por conexión, por estar presente la víctima en la escena de una agresión de un hombre contra otra mujer o intentar protegerla.

g) Cuando la víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida.

h) Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

El delito de femicidio será castigado con la pena de prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años

2. La pena será de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurre cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el delito de asesinato.

3. Cuando el hecho se comete por funcionario o empleado público que actúa con abuso de sus funciones, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por quince (15) a veinte (20) años.

4. El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los atentados cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, patrimonio o el cadáver de la mujer.

Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo y no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

Art. 209 Disposición Común

“A efectos de este título, y atendidas las circunstancias del hecho, se entiende por relaciones desiguales de poder basadas en género, las manifestaciones de control y dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra. Es toda conducta dirigida a afectar, comprometer, o limitar el libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer por razones de género, cualquiera que sea el ámbito y contexto en el que se cometa el hecho o la vinculación existente entre el autor y la víctima cualquiera que sea el ámbito o contexto en el que tenga lugar, dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal”

o comunidad; ya sea cometida por parte de cualquier persona o que perpetrada o tolerada por agentes del Estado. Dado que las relaciones de género se configuran socialmente la característica distintiva reside en la influencia de las condiciones socioculturales que ocurren este tipo de crímenes, por lo que deben ser interpretados en contextos más amplios que el individual.”

El nuevo texto ofrece, tal y como se puede contemplar, pequeñas correcciones (eliminación de ciertas circunstancias), pero aun con ellas no es posible superar lo que constituye un defecto esencial en la regulación que se propone, y que parece el resultado de un desconocimiento profundo sobre la violencia de género y la técnica de redacción de los preceptos penales: la violencia de género no necesita el aditamento de determinadas circunstancias, y el Principio de Legalidad prohíbe dejar el tipo a la libre construcción por parte del intérprete. Junto con ello a esta redacción le son aplicables las críticas formuladas más arriba a la propuesta precedente, en lo que sean textualmente coincidentes.

5. Propuestas de redacción del tipo de femicidio presentadas conjuntamente por asociaciones de mujeres hondureñas, ONU-Mujeres y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

En fin, una tercera propuesta llegó a la Comisión Multipartidaria del Congreso hondureño ese miércoles día 2 de agosto de 2017 a primera hora de la tarde; en este caso, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (que emergía así de las “sombras”, pues desde un principio –tal y como he señalado reiteradamente- ha estado tras las asociaciones de mujeres equivocándolas en sus propuestas) y ONU-Mujeres (en este último supuesto sorprendentemente, pues en su momento manifestó su acuerdo con el texto proveniente de la Comisión de Dictamen) apoyaban expresamente la propuesta de las asociaciones de mujeres:

PROPIUESTA DE LAS ORGANIZACIONES DE MUJERES Y FEMINISTAS COMO: ASOCIACION CALIDAD DE VIDA, CENTRO DE DERECHOS DE MUJERES CDM, CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER HONDURAS CEM-H, GRUPO SOCIEDAD CIVIL, MOVIMIENTO DE MUJERES POR LA PAZ VISITACION PADILLA Y LA ARTICULACION DE MUJERES DE LA VIA CAMPESINA. EN EL MARCO DE LA COALICION TODAS, PLATAFORMA 25 DE NOVIEMBRE Y TRIBUNA DE MUJERES GLADYS LANZA EN COORDINACIÓN CON ONU MUJERES Y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

Art. 207 Femicidio

1. Incurre en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones desiguales de poder entre hombre y mujeres basadas en el género. Se entenderá, sin que esté únicamente limitado a las siguientes circunstancias, que se comete femicidio cuando:

a) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación íntima o sentimental;

b) Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia;

c) Cuando el delito este precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza;

d) Cuando el delito se comete con ensañamiento o la víctima presente numerosas lesiones, independientemente del número de instrumentos utilizados

para producirlos, o cuando se hayan infligido lesionados infamante, degradante o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida.

e) Cuando el delito se comete por, o en el contexto de un grupo delictivo organizado, ya sea que la mujer sea miembro o no de dicho grupo delictivo organizado, por un rito grupal, o castigo, o venganza contra ella u otra persona o grupo de cualquier naturaleza.

f) Cuando el delito se comete por conexión, por estar presente la víctima en la escena de una agresión de un hombre contra otra mujer o intentar protegerla.

g) Cuando la víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida.

h) Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

i) Cuando el delito se comete con prácticas dañinas tales como la mutilación genital femenina u otras.

j) Cuando el sujeto pasivo sea una mujer menor de catorce (14) años y se cometa en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza, superioridad o poder.

k) Cuando el delito se cometa motivado por la condición de la víctima de ser trabajadora del sexo.

El delito de femicidio será castigado con la pena de prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años

2. La pena será de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este Código.

3. Cuando el hecho se comete por agente del estado que actúe con abuso de sus funciones, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por quince (15) a veinte (20) años.

4. El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los atentados cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, patrimonio o el cadáver de la mujer.

Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo y no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

Art. 209 Disposición Común

“A efectos de este título, y atendidas las circunstancias del hecho, se entiende por relaciones desiguales de poder basadas en género, las manifestaciones de control y dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra. Es toda conducta dirigida a afectar, comprometer, o limitar el libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer por razones de género, cualquiera que sea el ámbito y contexto en el que se cometa el hecho o la vinculación existente entre el autor y la víctima cualquiera que sea el ámbito o contexto en el que tenga lugar, dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal o comunidad; ya sea cometida por parte de cualquier persona o que perpetrada o tolerada por agentes del Estado. Dado que las relaciones de género se configuran socialmente la característica distintiva reside en la influencia de las condiciones socioculturales que ocurren este tipo de crímenes, por lo que deben ser interpretados en contextos más amplios que el individual”.

De esta última proposición decir que:

a) Continúa exigiendo expresamente que el sujeto activo sea exclusivamente un hombre –con una redacción absolutamente redundante.

b) Se añaden las siguientes circunstancias por Naciones Unidas: 1) Cuando el delito se comete con prácticas dañinas tales como la mutilación genital femenina u otras (nuevamente NNUU decide ignorar el Principio de Legalidad consagrado en todos los instrumentos internacionales, incluidos algunos de NNUU, pero que parece

no vinculan al Alto Comisionado); 2) Cuando el sujeto pasivo sea una mujer menor de catorce (14) años y se cometa en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza, superioridad o poder (es decir, NNUU considera que las relaciones de confianza, abuso de superioridad o poder, siempre que, se supone, no constituyan alevosía, merecen ese incremento extraordinario, por más que en el Derecho Comparado estos supuestos se llevan, en su caso, a las agravantes genéricas; además hace compatible el abuso de poder o de superioridad con el que caracteriza la violencia de género, lo que es, cuando menos, muy discutible; por otra parte señala como edad por debajo de la cual incrementar la protección la de 14 años, no se sabe muy bien por qué teniendo en cuenta el marco que se dibuja con el femicidio y que en la legislación hondureña tienen la denominación oficial de “niños” los menores de dieciocho años –lo que, por otra parte, no es infrecuente en Derecho Comparado).

c) Dispone una agravación cuando el hecho se cometa por “agente del estado”²⁸ (con minúsculas en el original) que actúe con abuso de sus funciones (la expresión “agente del Estado”, por cierto, es ajena al Ordenamiento penal hondureño que se refiere a funcionario o empleado público ya en las definiciones de la Parte General del Código Penal).

d) Se incorpora un último párrafo en esta propuesta de Naciones Unidas: “*Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrá concedérseles la reducción de la pena por ningún motivo y no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva*”. Verdaderamente resulta desconcertante este pasaje **ya que añade a la mera condición de procesado** las siguientes consecuencias: i) una “pena”; ii) la imposibilidad de conceder reducción de la misma (lo que es ciertamente difícil para un mero procesado) por ningún motivo, y iii) no poder gozar de medida sustitutiva alguna (medida sustitutiva ¿a qué?). En fin, con este pasaje NNUU, el Alto Comisionado y sus funcionarios, **demuestran una absoluta ignorancia de los rudimentos mismos del Derecho y no sólo del penal**, y no creo que haga falta realizar más comentarios al respecto.

e) No se incluye en el precepto ninguna cláusula que reenvíe a otro delito (por ejemplo parricidio) si con éste se llegara a una pena más grave, con lo que podría suceder que el femicidio terminara constituyendo una forma atenuada del delito de parricidio: un verdadero disparate que sólo puede explicarse desde la soberbia y la ignorancia.

Un comentario más a la propuesta del Alto Comisionado y ONU-Mujeres: el número 2 del artículo 207 propuesto tiene la siguiente redacción:

“La pena será de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este Código”.

Se trata de un texto que nos llena de perplejidad y que Naciones Unidas ha tomado en parte de la propuesta efectuada por las asociaciones de mujeres (quienes a su vez lo habían aprehendido del elaborado por la Comisión de Dictamen del Congreso a iniciativa de los Consultores). El texto propuesto por las asociaciones de mujeres dice: *“La pena será de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el delito de asesinato”*. La justificación de la propuesta, tal y como se razonó en la Comisión de Dictamen, consistió en seguir dando potencialidad cualificante a las circunstancias del asesinato por las especiales cualidades de las mismas en relación a la causación de una muerte (alevosía, ensañamiento o precio). Pero lo que no es fácil de entender es el por qué de la -propuesta por NNUU- elevación de la pena referida a cualquier circunstancia agravante de las “previstas en este Código”. Además, ¿a qué

²⁸ Sobre este concepto, véase Sarmiento García, J.H. (2011: 209 ss.)

circunstancias agravantes se refiere la cláusula? ¿A las genéricas o también a todas las específicas contenidas en los tipos de la Parte Especial? ¡Misterio!, pero lo que sí es un hecho es que se produce una nueva y grosera conculcación del Principio de Legalidad instada por las funcionarias de Naciones Unidas.

La conclusión es que la propuesta de NNUU (Alto Comisionado y ONU-Mujeres) y las asociaciones de mujeres: 1º) Conculca la Jurisprudencia internacional por lo que se ha dicho más arriba; 2º) Puede dejar desprotegida a la mujer en los supuestos en los que no sea posible probar la concurrencia de algunas de las circunstancias que se enumeran en el delito, con lo que todos aquellos casos, no pocos de los sucedidos en Ciudad Juárez, resultarían impunes (la muerte aleatoria, la causada por personas ajenas a la víctimas, cuando no ha habido contacto con éstas..., en definitiva la que expresa mejor la brutalidad de las relaciones de poder basadas en el género); 3º) Vulnera obscuramente el Principio de Legalidad en varias de sus concreciones –lo que parecía ya es costumbre en las Oficinas de NNUU-, a pesar de que esta organización realiza constantemente llamamientos a favor del respeto al Estado de Derecho²⁹; 4º) Incurre en evidentes contradicciones; 5º) Efectúa una redacción del tipo penal más que deficiente que pone de manifiesto la falta de la más mínima especialización de sus elaboradores en cualquier materia jurídico-penal (y todo ello añadido a lo que ya se ha ido desgranando con detalle más arriba).

Sólo una explicación se me ocurre dar a la catastrófica propuesta de NNUU: seguramente el motivo de que hayan acumulado toda una serie de circunstancias que condicionan (forman parte del tipo básico, son elementos del mismo) la aparición del delito de femicidio, es que las funcionarias de NNUU no han comprendido algún modelo o no lo han sabido llevar al papel...o las dos cosas. En efecto, lo que creo es lo siguiente: en muchos países existen verdaderas dificultades para que los jueces condenen por delito de femicidio (lo que es suficientemente conocido y atribuible a un machismo indiscutido en bastantes operadores de justicia y aún en las mismas instituciones), lo que ha llevado a algunos autores a proponer “objetivar” las “razones de género” de forma que los jueces no puedan, ante determinados escenarios, negar la tipicidad de ciertos comportamientos como constitutivos del delito de femicidio. Pero, obviamente, la construcción de esas estructuras no se realiza tal y como ha hecho NNUU, sino, por ejemplo, de la siguiente forma:

“Comete femicidio quien mata a una mujer por razones de género. En todo caso se considera que constituye delito de femicidio la muerte de una mujer causada en cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) *Cuando el hecho se comete en el ámbito de relaciones de pareja o intrafamiliares.*
- b) *Cuando el hecho haya estado precedido por un delito contra la libertad sexual de la víctima.*
- c) *...*

De esta forma quedaría salvado el núcleo de lo que constituye el delito de femicidio (la muerte de una mujer por razones de género), y se calificaría “en todo caso” como femicidio (con independencia de que concurrieran o no “razones de género”, es decir: sin necesidad de tener que probar unas abstractas “razones de género”) la muerte de una mujer en determinadas circunstancias.

²⁹ En este sentido debe mencionarse, por ser de referencia, el Informe del Secretario General de NNUU al Consejo de Seguridad de 3 de agosto de 2004, intitulado: “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>).

Ciertamente considero inadecuada esta tipicidad porque llevaría, en algunos supuestos, a calificar como femicidio conductas que nada tienen que ver con “razones de género”, es decir con la esencia del problema: se trataría de una especie de presunción *iuris et de iure* de concurrencia de razones de género si se producen ciertas situaciones, lo que podría llegar a conculcar un buen número de principios penales, y, sobre todo y aparentemente, el de igualdad ante la ley que no se quiebra en el delito de femicidio cuando existen, verdaderamente, “razones de género”, pero sí que se quebrantaría si tales razones no concurrieran³⁰. Expresado de otra forma, y tal y como se ha indicado ya más atrás: esa aparente “quiebra” del principio de igualdad resulta constitucionalmente aceptable si hay una diferencia estructural entre hombres y mujeres (esas relaciones desiguales de poder que están en la base misma de la violencia de género), pero si se prescinde de ese elemento (y eso es lo que ocurre con la objetivación reflejada más arriba) no resulta admisible la configuración, resultaría inconstitucional (y anti convencional) por violación grosera del principio de igualdad ante la ley.

Pero tiene todavía un problema más la tipificación propuesta por las oficinas en Honduras de Naciones Unidas, y es el siguiente: a la hora de la construcción de los tipos penales, en el momento mismo de elaborarlos, hay que pensar en que resultará necesario, en el posterior proceso penal, probar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, lo que debe ser facilitado –como digo- desde el mismo momento de su elaboración incluyendo en las formulaciones únicamente requisitos con probanza accesible (en un sistema como el hondureño eso implica que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, y si no se lograra semejante prueba obviamente la conducta resultaría atípica); es decir: ¡cuando se formulan los tipos hay que estar pensando siempre en el proceso!. De otra forma lo que se termina provocando es la impunidad. Esa ha sido una de las razones por las que este Consultor vino, desde el primer momento, criticando duramente los esfuerzos del Alto Comisionado en apoyar formulaciones como la presente en el vigente Código Penal de Honduras. Pues ¿cómo se prueba el “odio” y el “desprecio”? Más aún: ¿cómo se prueba el odio y el desprecio cuando ni siquiera existe una relación entre sujeto activo y pasivo del delito? Esos referentes constituyen toda una fuente de impunidad, lo que es aún más peligroso en un delito, y en una sociedad, donde hay que enfrentarse a la violencia machista...que también afecta a los jueces, a los fiscales...

Más aún: no debe obviarse que en la propuesta última de tipificación planteada por Naciones Unidas (Alto Comisionado y ONU-Mujeres) la conducta típica no consiste únicamente en matar a una mujer por razones de género, sino hacerlo con la concurrencia de alguna de las circunstancias “que se enumeran a continuación” (y, de acuerdo con su particular entendimiento del Principio de Legalidad penal, con cualquiera circunstancia que le parezca admisible al intérprete/legislador). Ello significa que si no se logra la probanza de alguno de los numerosísimos elementos que se exigen para afirmar el tipo básico, la conducta será atípica (en relación al femicidio). De ahí lo poco recomendable que es (aunque en algunos casos pueda resultar inevitable) construir tipos penales con multitud de elementos objetivos, especialmente si son de carácter valorativo, normativo-social... y mucho menos que sean aficionados al Derecho Penal quienes realicen las construcciones.

³⁰ Véanse, Larrauri, E. (2009), y Subijana Zunzunegui, I. (2010) (<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf>).

6. Propuesta de redacción del tipo de femicidio realizada por la Comisión de Dictamen del Congreso

Frente a la propuesta de tipificación avanzada por las funcionarias de NNUU, la Comisión de Dictamen del Congreso de Honduras había formulado la siguiente³¹:

Art. 1 Femicidio

Comete femicidio quien mata a una mujer en un marco de relaciones desiguales de poder basadas en el género³².

El delito de femicidio debe ser castigado con la pena de prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años.

La pena debe ser de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes, y a no ser que corresponda mayor pena por la aplicación de otros preceptos de este Código:

1^a) Las del delito de asesinato.

2^a) Que el culpable sea o haya sido cónyuge o persona con la que la víctima mantenga o haya mantenido una relación estable de análoga naturaleza a la anterior o ser ascendiente, descendiente, hermano de la agraviada o de su cónyuge o conviviente³³.

3^a) Que el femicidio haya estado precedido por un delito contra la libertad sexual de la víctima.

4^a) Cuando el delito se comete por o en el contexto de un grupo delictivo organizado.

5^a) Cuando la víctima del delito sea una trabajadora del sexo.

6^a) Cuando la víctima lo sea también de trata de personas, esclavitud o servidumbre.

7^a) Cuando se hayan infligido lesiones o mutilaciones a la víctima o a su cadáver relacionadas con su condición de mujer.

8^a) Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido por el culpable en lugar público.

Cuando el hecho se comete por funcionario o empleado público que actúa con abuso de sus funciones, se debe imponer, además, la pena de inhabilitación absoluta por quince (15) a veinte (20) años.

El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los atentados cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, trata de personas y formas degradantes de explotación humana o el cadáver de la mujer.

³¹ Debe aclararse en este punto que la redacción que se refleja en el texto no es la propuesta inicialmente por la Comisión de Dictamen del Congreso, ya que a ella se han añadido las circunstancias agravantes 2^a a 8^a. Ello se llevó a cabo en un intento de atraer a la razón jurídica a las funcionarias de NNUU (intento que resultó siempre baldío, como no podía ser de otra manera), pues las dichas circunstancias ya eran aplicables como genéricas o como situación concursal; sin embargo, en el afán de darle mayor visibilidad a ciertas formas de aparición del delito de femicidio se incorporaron como agravaciones específicas de este delito.

³² Este párrafo, fruto de un compromiso adquirido en su momento entre los integrantes de la Comisión de Dictamen del Código Penal, se mejoró más tarde en su redacción a propuesta de los Consultores para excluir, por lo dicho más arriba, elementos que son de muy difícil probanza. En ese sentido se planteó como más adecuado construir el tipo de la siguiente forma: "Comete femicidio quien mata a una mujer por razones de género". Así se eliminaba la necesidad de, caso por caso, probar las "relaciones desiguales de poder", que por otra parte es un elemento estructural del género, y dificultamos la impunidad de estas conductas en los Tribunales de Justicia.

³³ En este caso consideraría preferible la fórmula: "En el ámbito de relaciones de pareja o intrafamiliares", lo que se acomoda mejor a la Ley contra la Violencia Doméstica hondureña (Decreto 132/1997, reformado por el 250/2005).

Art. 2 Maltrato contra la Mujer

Quien en el marco de relaciones desiguales de poder basadas en el género ejerce ocasionalmente violencia física o psíquica sobre una mujer, debe ser castigado con las penas de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) días o prestación de servicios de utilidad pública o a las víctimas por el mismo tiempo.

Se agravará en un tercio (1/3) la pena cuando el maltrato se realiza:

- a) Sobre una víctima especialmente vulnerable por su edad o discapacitada necesitada de especial protección;*
- b) En presencia de menores;*
- c) Utilizando armas o instrumentos peligrosos;*
- d) En el domicilio de la víctima; o*
- e) Incumpliendo los mecanismos de protección aplicados en base a la legislación contra la violencia de género.*

En el caso de concurrir dos o más de las circunstancias anteriores, se debe imponer la pena aumentada en dos tercios (2/3).

Quien habitualmente ejerce la violencia física o psíquica descrita en el párrafo primero de este precepto, debe ser castigado con la pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cien (100) a trescientos (300) días. La pena se incrementará en un tercio (1/3) si en la comisión de los actos de violencia ha concurrido alguna de las circunstancias descritas en el párrafo segundo de este precepto. Si aparecieren dos o más, la pena se aumentará en dos tercios (2/3).

Para apreciar la habitualidad a la que se refiere el párrafo anterior se atenderá al número y proximidad temporal de los actos de violencia que resulten acreditados, con independencia de que hayan afectado a la misma o a varias víctimas y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Lo dispuesto en este Artículo se aplicará salvo que el hecho esté castigado con mayor pena en otra disposición de este Código.

Art. 3 Disposición Común

A los efectos de este Título, y atendidas las circunstancias del hecho, se entiende por relaciones desiguales de poder basadas en el género, la instrumentalización de la mujer que reproduce una situación de sometimiento, marginalidad, riesgo, inferioridad o subordinación al hombre por la condición de ser mujer, cualquiera que sea el ámbito o contexto en el que se cometa el hecho, o la vinculación existente entre el autor y la víctima; ya sea cometida por parte de cualquier persona o sea perpetrada o tolerada por agentes del Estado por acción u omisión³⁴.

Los Jueces o Tribunales, en los delitos descritos en el presente Capítulo, acordarán en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones previstas en el artículo 51 de este Código por tiempo que no excederá de diez (10) años si el delito es grave, o de cinco (5) si es menos grave".

En la regulación propuesta por la Comisión, y además de no haberse caído en todos los abundantes defectos y aberraciones ya señalados más arriba en los que incurrió NNUU, se destaca otro elemento importante: que se introduce el maltrato de género al lado del femicidio y del maltrato doméstico. Sin embargo, los funcionarios de NNUU confunden claramente ambos tipos de maltrato (lo que se pone de

³⁴ Sucecede con esta Disposición Común algo parecido a lo que se ha hecho notar más arriba en relación al párrafo primero del delito de femicidio, en el sentido de que la definición es demasiado prolífica, aunque es también la pactada en la Comisión de Dictamen del Congreso. En este sentido resultaría más conveniente construir, como se hizo en el Pleno del Congreso, la cláusula de la siguiente forma: "Hay razones de género cuando la muerte aparezca como una manifestación de discriminación hacia la mujer por el hecho de serlo, haya o no una relación previa entre agresor y víctima y con independencia de que se produzca en un contexto público o privado".

manifesto por las agravaciones incorporadas al femicidio), dejando una evidente laguna de punibilidad en esta materia al no incorporar el maltrato de género, lo que en oficinas como ONU-Mujeres y ACNUDH resulta absolutamente escandaloso (¿Para qué sirve ONU-Mujeres si ni siquiera propicia el castigo de la violencia de género en los códigos penales? Desde luego la respuesta, en el caso de Honduras, es tan fácil como clara: para nada). Pues bien, la introducción de ese “maltrato de género” es esencial, obligada, pues a los femicidios precede, generalmente, un largo tiempo de malos tratos que no necesariamente se traducen en lesiones físicas o psicológicas perceptibles externamente (aunque en no pocas ocasiones el problema no suele ser de inexistencia de las mismas sino de falta de prueba).

El dato más importante, la diferencia más relevante entre los textos elaborados por Naciones Unidas y el de la Comisión de Dictamen del Congreso sigue siendo (y al margen de que NNUU, como se acaba de apuntar, no insta la sanción de la “violencia de género” con un tipo específico) el que se viene apuntando desde el inicio de estas líneas: para la Comisión de Dictamen del Congreso de Honduras el femicidio consiste en dar la muerte a una mujer en un marco de relaciones desiguales de poder basadas en el género; sin embargo para Naciones Unidas eso (que es suficiente para la Jurisprudencia Internacional citada) no es bastante, sino que debe concurrir alguna de las circunstancias propuestas en el texto entregado por las funcionarias de Naciones Unidas. Es decir: que habrá casos de homicidio de mujeres en un contexto de violencia de género que, sin embargo, no constituirán femicidio para Naciones Unidas. ¡Sorprendente! ¡Verdaderamente sorprendente!

Una reflexión más: resulta llamativo que funcionarias de Naciones Unidas no hayan contemplado, como por el contrario sí hace la Comisión de Dictamen del Congreso, la aplicación de alguna o algunas de las prohibiciones contempladas en el artículo 51 del Código (alejamiento de la víctima –hay que tener siempre presente que el delito puede quedarse en tentativa-, prohibición de comunicarse con la víctima, etc.). ¡Llamativo!

7. Reconducción de las posiciones de las funcionarias de ONU-Mujeres y ACNUDH

La imposibilidad manifestada de poder reconducir a las funcionarias de NNUU a la racionalidad, al respeto de los textos internacionales y de los principios más elementales del moderno Derecho Penal, me obligó a dirigir correos electrónicos a diferentes sedes de las oficinas de NNUU buscando su intervención en la polémica. Ello fue así porque la posición de estas funcionarias y su poder de intimidación frente a los responsables del Congreso Nacional, sus diputados, y las integrantes de las asociaciones de mujeres hondureñas (especialmente de la representante del Alto Comisionado, la Sra. Soledad Pazo), habían logrado paralizar la tramitación del nuevo Código Penal en el punto del que nos estamos ocupando³⁵.

³⁵ Los correos enviados, con fecha 19 de agosto de 2017 acompañados todos ellos de un duro informe de la situación, tenían el siguiente tenor y fueron remitidos a los organismos y personas que se indican: Representante Regional para América del Sur OACDH, Representante Regional para América Central OACDH; Oficina de Enlace de ONU Mujeres con la Unión Europea; Directora Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe; Secretario General Adjunto Oficina ACNUDH en Nueva York; Representante Regional para América Central OHCHR;

“Disculpará que le interrumpa con el presente correo pero la enorme gravedad de la situación a la que me referiré a continuación, y la actuación de la Oficina del Alto Representante de Naciones Unidas y de ONU-Mujeres en Honduras, lo reclaman.

Verá, como quizás conozca en ese país, nada sencillo en lo que importa a la criminalidad, se está modificando al Código Penal, y a mí me correspondió intervenir en esa reforma (en realidad un nuevo Código con poco que ver con el anterior) como Asesor Principal. Muchos, como se

Desde luego que los citados correos causaron un efecto inmediato, de modo y manera que cuando se inició en el mes de septiembre de 2017, tras las vacaciones del Congreso, el nuevo período de sesiones, las funcionarias de NNUU habían modificado radicalmente su posicionamiento y aceptado, en lo esencial (incluida la incorporación de un delito autónomo de “violencia sobre la mujer”), nuestro planteamiento, el de la Comisión de Dictamen del Congreso asesorada por los Consultores españoles.

En todo caso debe decirse que en relación al delito de violencia de género, y por boca de las diputadas integrantes de la Comisión de Equidad de Género del Congreso Nacional, se insistió por las asociaciones de mujeres en la idea de eliminar la diferenciación que se estableció por la Comisión de Dictamen entre violencia habitual³⁶ y no habitual, por entender que todas las violencias merecían el mismo reproche penal. Monumental equívoco y nueva demostración de desconocimiento, en este caso, del significado del principio de proporcionalidad.

Evidentemente no se pudo acceder a la disparatada pretensión de las representantes de las dichas asociaciones de mujeres, pues ello conduciría a equiparar un, por ejemplo, mero empujón ocasional a una mujer, con una conducta de maltrato habitual desarrollada a lo largo del tiempo, lo que constituiría todo un dislate y una evidente quiebra del ya indicado principio de proporcionalidad. Manifestado de otra forma: para las dichas asociaciones de mujeres el referido empujón ocasional merece una pena de hasta seis años de prisión, lo mismo que una violencia sobre la mujer mantenida a lo largo del tiempo. ¡Absurdo!, y manifestación clara de conculcación flagrante del aludido principio de proporcionalidad.

Otro elemento importante en la técnica de tipificación propuesta por los Consultores: ciertamente hubiéramos podido, como se hace en algún Código Penal europeo tal es el caso del español, dispersar los diferentes delitos entre los distintos títulos tradicionales que se contienen en el CP, pero no se obró así porque se decidió, acertadamente creo, conferir la máxima visibilidad a la cuestión, y por ello se introdujo un Título concreto dedicado exclusivamente a la violencia de género que significará una verdadera llamada de atención en relación con las conductas en él acogidas, y facilitara y alentará la realización de estudios sobre la materia (uno de los grandes problemas del Derecho Penal hondureño es que no hay estudios solventes y suficientemente abundantes –en realidad casi ninguno- en materia penal).

puede imaginar, han sido los problemas abordados, pero entre otros, y es lo que me lleva a escribirle, se encuentra el tema de la violencia de género. Pues bien, en relación con esta cuestión ha habido grandes avances, como la introducción de una cláusula que establece que la interpretación de las normas penales debe hacerse con criterios de género, o la incorporación de una previsión en relación a la violencia patrimonial, o la supresión de todo tipo de preceptos (como los actualmente existentes en el Código Penal) que subordinan a la mujer en relación al hombre, y un largo etcétera; y naturalmente se ha abordado el tema del femicidio.

Pues bien, en relación al dicho femicidio deseo poner en su conocimiento que tanto el Alto Comisionado como ONU-Mujeres están observando una posición fuertemente reaccionaria y que significa una clara vuelta atrás, una verdadera involución, en el tratamiento de la cuestión a momentos anteriores a Belém do Pará, con lo que implica de insuficiencia de castigo para esos delitos y de, correlativa, desprotección de la mujer al respecto.

En el Informe adjunto al presente encontrará Vd. la exposición de todo lo que le indico.

Una última indicación: el dicho Código Penal está a punto de aprobarse definitivamente (en dos o tres semanas) estando tanto el Alto Comisionado como ONU-Mujeres empujando en la dirección equivocada, completamente errada.

Finalmente sólo disculparme de nuevo por interrumpirle en sus labores,

Con mis mejores saludos”.

³⁶ Sobre el concepto de “habitualidad”, véase la reciente monografía de San Millán Fernández, B. (2017: 153 ss.). Véanse también, Ayala García, J. (1995: 303 ss.); Benítez Jiménez, M.J. (1999: 424 ss.); Alonso Álamo, M. (2004: 55 ss.); Monge Fernández, A. (2004: 101 ss.); Muñoz Sánchez (2004: 69 ss.); y Lorenzo Salgado, J.M. (2016: 179 ss.).

A estas novedades se han unido otras como la imposición de penas de alejamiento, prohibición de comunicación con la víctima, etc., con una evidente finalidad de prevención especial que es imprescindible en esta materia³⁷ (de todas formas, se ha puesto en exceso el acento en las normas penales referidas a la violencia de género, cuando, sí, es importante una adecuada tipificación penal de las conductas, pero la verdad es que esto servirá de muy poco si no se elabora –lo que hasta el momento no ha sido posible seguramente por personalismos excesivos de las asociaciones de mujeres- una adecuada “ley de violencia de género” con medidas educativas, civiles, laborales y, en general, de protección adecuadas, incluida una adecuada red de “casas de acogida” para defender a las mujeres amenazadas por sus parejas³⁸); es decir: pareciera que con la introducción de determinadas figuras delictivas el problema queda arreglado, y eso no es así pues el Derecho Penal, en esta materia, sirve para muy poco, y a veces sólo como justificación a la falta de acciones positivas por parte del Estado).

8. La penúltima maniobra anti-mujer de las oficinas de NNUU y su revuelta antidemocrática

Poco después de la aprobación en el Pleno del Congreso de los preceptos referidos a la violencia de género –y según me informaron desde la Gerencia Legislativa del Parlamento- una de las “diputadas” del Partido Liberal (Yadira Bendaña), a impulso de alguno de los grupos de mujeres y –fundamentalmente- de las “oficinas” de NNUU, introdujo (durante un Pleno del Congreso que se realizó en una sede diferente –Choluteca- de la suya habitual y para conmemorar determinadas festividades nacionales) una de las llamadas “rectificaciones al Acta” de las discusiones en el Pleno³⁹. Se trata éste de un mecanismo con el que se acostumbra a, efectivamente, corregir lo ya aprobado en el Pleno, y suele emplearse en ocasiones para “re-direccional” todo lo que se haya podido “desviar” como consecuencia de los debates democráticos en el Pleno.

Pues bien, la aludida diputada (que ya no se encuentra en la nómina de representantes tras las últimas elecciones habidas en el país) consiguió su objetivo y “corrigió” lo aprobado en el Pleno en relación a los delitos que nos ocupan, que quedaron con el siguiente texto (según comunicado enviado por la Gerente legislativa del Congreso Nacional de 17 de enero de 2018⁴⁰):

TÍTULO V. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Art. 208. Femicidio: Comete delito de femicidio el hombre que mata a una mujer en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres basadas en el género.

³⁷ Véase, por todos, Faraldo Cabana, P. (2009: 569 y ss. y 2010: 153 ss.).

³⁸ Más allá de que, pero este es un discurso mucho más complejo, el discurso de la victimización sea un poderoso instrumento del Estado para controlar a las mujeres (Maqueda Abreu, 2014: 106); además de que los “efectos secundarios” de hacer depender la lucha contra la violencia de género de la perspectiva exclusivamente penal, pueden ser muy perjudiciales.

³⁹ Dispone el artículo 41 del Reglamento Interior del Congreso Nacional (Aprobado por Decreto 24/1982, de 31 de marzo, La Gaceta, núm. 23925, de 1 de febrero de 1983):

“Aprobada el acta la Secretaría preguntará a los Diputados si tienen alguna consideración que proponer. La consideración versará siempre sobre resoluciones de la moción o mociones que se presenten sobre el asunto cuya reconsideración haya sido admitida, se tomará también por mayoría de votos. Queda prohibida la reconsideración de los actos electivos, salvo cuando la elección hubiere recaído en personas legalmente incapaces”.

⁴⁰ Se insiste en que se corresponde con el texto y comunicado enviado en determinada fecha porque en el procedimiento legislativo hondureño no hay nada seguro por las razones a las que me referí más atrás.

El delito de femicidio debe ser castigado con la pena de prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años.

Comete delito de femicidio agravado el hombre que mata a una mujer en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres basadas en el género, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) *Cualquiera de las contempladas en el delito de asesinato;*
- 2) *Que el culpable sea o haya sido cónyuge o persona con la que la víctima mantenga o haya mantenido una relación estable de análoga naturaleza a la anterior o ser ascendiente, descendiente, hermano de la agravada o de su cónyuge o conviviente;*
- 3) *Que el femicidio haya estado precedido por un acto contra la libertad sexual de la víctima;*
- 4) *Cuando el delito se comete por o en el contexto de un grupo delictivo organizado;*
- 5) *Cuando la víctima del delito sea una trabajadora sexual;*
- 6) *Cuando la víctima lo sea también de los delitos de trata de personas, esclavitud o servidumbre;*
- 7) *Cuando se hayan ocasionado lesiones o mutilaciones a la víctima o a su cadáver relacionadas con su condición de mujer; y,*
- 8) *Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido por el culpable en lugar público.*

La pena del femicidio agravado debe ser de prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años, a no ser que corresponda mayor pena por la aplicación de otros preceptos del presente Código.

El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, trata de personas y formas degradantes de explotación humana o en el cadáver de la mujer, o contra cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en el presente código.

Se aplican las penas respectivamente previstas en los delitos de femicidio, cuando se de muerte a una persona que haya salido en defensa de la víctima de este delito.

Art. 209 Violencia contra la mujer: Quien en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres basadas en género ejerce violencia física y psíquica sobre una mujer debe ser castigado con las penas de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cien (100) a trescientos (300) días o prestación de servicios de utilidad pública o a las víctimas por el mismo tiempo.

Se grava en un tercio (1/3) la pena, cuando el maltrato se realiza concurriendo algunas de las circunstancias siguientes:

- 1) *Sobre una víctima especialmente vulnerable por su edad, o ser una persona con discapacidad de necesitada de especial protección;*
- 2) *En presencia de menores;*
- 3) *Utilizando armas o instrumentos peligrosos;*
- 4) *En el domicilio de la víctima; o,*
- 5) *Incumpliendo los mecanismos de protección aplicados en base a la legislación contra la violencia de género.*

En el caso de concurrir dos (2) o más de las circunstancias anteriores, se debe imponer la pena aumentada en dos tercios (2/3).

Lo dispuesto en este Artículo, se debe aplicar sin perjuicio de otra disposición del presente Código que tenga una pena mayor.

Art. 210 Disposición Común: A los efectos de este Título y atendidas las circunstancias del hecho, se entiende que hay razones desiguales de poder entre hombre y mujeres basados en el género cuando la muerte o la violencia aparece como

una manifestación de discriminación hacia la mujer por el hecho de serlo, haya o no una relación previa entre agresor y víctima y con independencia de que se produzca en un contexto público o privado.

El Órgano Jurisdiccional Competente, en los delitos descritos en el presente Capítulo, deben acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones previstas en el Artículo 51 de este Código por tiempo que no exceda de diez (10) años si el delito es grave o de cinco (5) años si es menos grave".

Presenta esta formulación numerosísimos problemas, alguno de los cuales, y como se especificará más abajo, pudieran llevar a una declaración de inconstitucionalidad. En todo caso se separa del que se aprobó en su momento en el Pleno del Congreso Nacional, lo que motivó que dirigiera un Informe al Secretario General del Congreso y a la Gerente Legislativa argumentando mis severas críticas al texto, y otra vez, y de nuevo, a las oficinas centrales de NNUU que indiqué más atrás. En resumen mis críticas, que en el momento de aprobación en el que se encontraban los preceptos del nuevo Código Penal no podían "ir más allá"⁴¹, fueron, esencialmente, las siguientes:

1) Decía el artículo 208, último párrafo, del nuevo Código Penal en su versión aprobada por el Pleno: "El delito de femicidio se castigará sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos cometidos contra la integridad moral, libertad ambulatoria, libertad sexual, trata de personas y formas degradantes de explotación humana o en el cadáver de la mujer"

Se trataba de evitar con la reflejada redacción toda tentación de que el "juzgador" entendiera que el delito de femicidio absorbe otros ataques a determinados bienes personales de la víctima, pretensión que parece razonable. Sin embargo, en la versión del precepto remitido por la Gerente Legislativa se ha añadido "una coletilla" al dicho párrafo que dice así:

"..., o contra cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en el presente Código"

Aplicado este criterio a un caso de femicidio supondría que al culpable no sólo habría que castigarle por este delito (femicidio) sino también por homicidio o asesinato, lo que implica quebrar uno de los principios de referencia en Derecho sancionador: prohibición de castigar dos veces por el mismo hecho (*ne bis in idem*). Ciertamente no hubiera sido necesario añadir todo ese párrafo penúltimo porque es sabido que hay que acudir a los concursos de delitos cuando un solo tipo no absorba todo el desvalor de la conducta, pero, como he apuntado más arriba, quise añadirlo para evitar la apuntada tendencia judicial a absorber en el femicidio todos los ataques contra la mujer. El problema es que una vez efectuada esa opción hay que ser coherentes con la misma, y si se obliga al Juez a castigar además del femicidio cualquier ataque a otros bienes jurídicos tutelados en el Código Penal, acabaremos

⁴¹ Es decir, prescindiendo de la pésima técnica legislativa en la que se ve "la mano" de la mayor ignorancia imaginable en materia penal, y que se plasma en reiteraciones absurdas y deplorable uso del lenguaje. Dejando también al lado la modificación de la rúbrica del Título ("Violencia de género" en lo aprobado por el Congreso, "Violencia contra la mujer" en la "nueva versión"), la alteración de los sujetos (se enunciaba en el texto aprobado por el Pleno "Comete femicidio quien mata a una mujer en un marco de relaciones desiguales de poder basadas en el género"; en la nueva versión, sin embargo, la referencia es a: "...el hombre que mata a una mujer en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres...", lo que, obviamente, reduce sensiblemente el marco de los posibles sujetos activos y, en relación a ellos, pasivos del delito), o cuando en el apartado 5) del artículo 208 se cambia "trabajadora del sexo" por "trabajadora sexual"..., y un largo etcétera.

sancionando, como se ha apuntado, además por un homicidio o asesinato común, lo que es contrario a principios elementales.

2) Pero si la “nueva” configuración del femicidio ofrece problemas, lo que se ha hecho con el tipo de “violencia contra la mujer” (artículo 209) roza lo escandaloso. En efecto, se recordará –tal y como he manifestado más atrás- que la propuesta, mantenida durante meses por los grupos feministas, el Alto Comisionado y ONU-Mujeres fue (para su vergüenza) la de castigar, exclusivamente, en esta materia el femicidio y el maltrato intrafamiliar, y no la violencia de género (compruébese la propuesta conjunta de los grupos feministas, el Alto Comisionado y ONU-Mujeres que he incluido más atrás), y que hubo que introducir este tipo contra la voluntad de las oficinas de NNUU⁴². Pues bien, en la redacción que se incluye en el artículo 209 en la última versión, se ha suprimido la diferencia entre maltrato “ocasional” y maltrato “habitual” que contenía desde el principio la propuesta de los Consultores y de la Comisión de Dictamen, y a cualquiera de los dos se les impone la siguiente pena: prisión de uno a cuatro años que puede llegar a ser de hasta seis años y dos meses..., sanción que podría llegar a imponerse por el hecho de que el hombre le propina, por una sola vez en la vida, una bofetada o un empujón a su pareja. Ciertamente no es admisible semejante conducta (y por ello nosotros la incluimos –en contra de NNUU y las asociaciones feministas ya mencionadas- en el elenco de delitos sacándola de las meras faltas), pero tampoco es aceptable castigarla con una pena de hasta seis años (que, recuérdese, no permitiría acudir ni a la suspensión ni al reemplazo de la pena). Eso significa conculcar de una forma grosera el principio de proporcionalidad, un principio, otra vez, alrededor del cual se articula actualmente todo el Ordenamiento Jurídico⁴³.

El problema, además, no se limita a que se haya hecho el sistema más “injusto” por equiparar, en la pena, dos infracciones de tan distinto peso (debo recordar que la tragedia auténtica de la violencia de género se encuentra generalmente en el maltrato habitual, en esa situación de humillación continuada a veces durante muchos años, a veces durante toda una vida); no, el problema es que generalmente los jueces se “resistirán” a aplicar pena tan injusta (por conculcar proporcionalidad), y el resultado será que el maltrato ocasional acabará siendo castigado como una mera falta, con lo que el efecto que se perseguía (represión suficiente ante cualquier signo de maltrato) habrá quedado abortado. ¡Muchas gracias Naciones Unidas! ¡Muchas gracias por ser tan reaccionarios!

3) Pero de más graves consecuencias que lo acabado de decir (si es que resulta posible) es la nueva formulación típica que se propone en el artículo 209: “*Quien en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres basadas en género ejerce violencia física y psíquica sobre una mujer...*”. Fíjese que se exige en este nuevo precepto que se ejerza, conjuntamente, violencia física y psíquica, por lo que el maltratador puede pasarse años violentando psicológicamente a una mujer sin que cometa delito, siempre que no cometa “el error” de maltratarla,

⁴² Sólo este hecho justificaría más que sobradamente el cese de las funcionarias del Alto Comisionado y de ONU-Mujeres destacadas en Honduras: el no efectuarlo constituye una evidencia de corrupción en Naciones Unidas.

⁴³ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado dicho en el Caso Usón Ramírez v. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009, que: “...aun cuando la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el Tribunal observa la falta de proporcionalidad que se advierte entre la respuesta del Estado a las expresiones vertidas por el señor Usón Ramírez y el bien jurídico supuestamente afectado – el honor o reputación de las Fuerzas Armadas. Al respecto, el Tribunal reitera que la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas”.

también, físicamente, y al contrario. ¿Existe mayor insensatez? ¿Hasta cuándo habrá que soportar que semejantes ignorantes influyan en las legislaciones de los países?

En fin, las “barbaridades legislativas” cometidas en su último movimiento por las representantes de los grupos de mujeres y la Diputada que presidía la “Comisión de Equidad de Género del Congreso Nacional”, bajo la “sabia guía” de las oficinas de NNUU representadas en Tegucigalpa, carecen de parangón. Obviamente desconozco si el Informe que remitió al Congreso Nacional a la vista de lo perpetrado con los delitos, antaño, de “violencia de género” tendrá algún efecto, ello sólo podrá comprobarse cuando se publique –si es que llega a hacerse algún día- el nuevo Código Penal en La Gaceta.

9. Conclusiones

De todo lo expuesto ha quedado en evidencia lo siguiente: 1º) Las organizaciones de mujeres hondureñas han llevado a cabo, y lo continúan haciendo, una lucha por sus derechos en condiciones dificilísimas, lo que ha hecho caer sobre ellas una represión y un sufrimiento considerable: todos los elogios que en este aspecto se pueda hacer a esas organizaciones, serán siempre escasos. Sin embargo, por razones que se desprenden del bajo nivel de preparación existente en el país, carecen de los conocimientos precisos para articular adecuadamente –desde el punto de vista jurídico- sus demandas; en este sentido es necesario que se las proporcione un asesoramiento adecuado y sagaz; 2º) La carencia de una Ley de Violencia de Género complica extraordinariamente la articulación de una defensa idónea de los derechos de las mujeres hondureñas; 3º) Las funcionarias de NNUU destacadas en Honduras (me refiero concretamente a las representantes del Alto Comisionado y a ONU-Mujeres) han perjudicado extraordinariamente la lucha por los derechos de las mujeres en este país, y además lo han hecho utilizando metodologías propias del más rancio imperialismo colonialista. Su ignorancia y su soberbia, mutuamente alimentadas en una relación dialéctica sin parangón, constituyen un serio obstáculo para el avance de los derechos humanos en Honduras; 4º) Así como constituye una eventualidad posiblemente inevitable, el que funcionarios de cualquier organización se desvén ostensiblemente del “camino recto”, lo que resulta de todo punto intolerable es que se carezca en una organización internacional como NNUU de mecanismos de control de esas desviaciones. En este sentido no resulta comprensible que después de los informes que han ido llegando a oficinas centrales de esa organización denunciando el actuar de sus representantes, no haya habido una reacción suficiente que impidiera la continuación de los desmanes de sus funcionarios; 5º) El resultado final de todo lo ocurrido y por lo que se refiere a la legislación penal, a la nueva legislación penal hondureña, es el siguiente: a) En materia de aborto la única oportunidad de comenzar una apertura del sistema ha resultado, al menos por ahora, cegada. En este momento no es posible progresar, ni siquiera en planteamientos de mínimos, en la materia; la posibilidad que se había abierto, en negociación con el Congreso Nacional hondureño, para introducir la “píldora del día después” al menos en los protocolos hospitalarios en casos de violación, ha resultado arrojada por la soberbia y la ignorancia de NNUU, y seguiremos viendo impotentes cómo niñas de diez años llevan a término su embarazo y afrontan un parto que si no termina con su vida física es gracias a la habilidad de los cirujanos..., pero su vida social ya quedará sellada para siempre. Todo gracias a Naciones Unidas; b) En lo que importa a legislación referida a la protección de los derechos de las mujeres, se ha logrado, en primer lugar, derogar toda una serie de preceptos presentes en la legislación hondureña vigente -a los que ya he aludido- que sólo significaban humillación y ataque a los mínimos de la dignidad de las mujeres (en este sentido precepto “estrella” en el CP hondureño vigente es la circunstancia

atenuante aplicable a las mujeres en consideración al período menstrual, lo que lleva consigo un entendimiento de la mujer –durante el dicho período- como una persona disminuida en sus facultades mentales⁴⁴). Paralelamente se ha incorporado una visión absolutamente renovada de la mujer como alguien igual en derechos al hombre, o al hombre se le ha concebido en el nuevo Código Penal como alguien igual en derechos a la mujer. Simultáneamente se ha incorporado una disposición que constituye una radical novedad mundial: me refiero a la norma inclusa en el artículo 1 del nuevo Código Penal que obliga a realizar una hermenéutica de los preceptos penales “conforme a género”. Este es, seguramente, el avance primordial al que se podría aspirar en una nueva legislación penal en esta materia; c) Junto a lo anterior, se han agregado disposiciones que atacan la violencia patrimonial de género, sexual o la discriminación por razones de género, tratando de esta manera de blindar suficientemente los derechos de las mujeres frente a la violencia machista; d) En la materia específica de la “violencia de género”, y por razones ya significadas de interferencias desgraciadas de las funcionarias de NNUU, no se ha conseguido el máximo que se pretendía (y que fue posible), no obstante lo cual el avance sobre la legislación vigente es evidente pues: i) Se ha posibilitado la efectividad del castigo por delito de femicidio; ii) Se ha introducido, más allá de la violencia intrafamiliar y a pesar de la terquedad de las funcionarias de NNUU, la violencia de género como tipo específico (aunque con la “espada de Damocles” colgada por NNUU al eliminar la diferencia entre violencia ocasional y habitual en concurrencia del principio de proporcionalidad).

¡Qué lástima que en este proceso de renovación del Ordenamiento penal hondureño hayan intervenido las funcionarias de las oficinas del Alto Comisionado de Naciones Unidas y de ONU-Mujeres, pues en otro caso podríamos estar ante la legislación más progresista, tuitiva e innovadora en la materia! ¡Qué oportunidad perdida!

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2004), “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 55 y ss.
- ABRAMOVICH, V. (2010), “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), núm. 6.
- AYALA GARCÍA, J. (1995), “Delito permanente, delito habitual y delito complejo”, en CALDERÓN CEREZO, A (coord.), *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid, págs. 303 y ss.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. (1999), “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual”, en *ADPCP*, núm. 1.
- BOIRA, S. y otros (2015), “Femicidio y feminicidio: un análisis de las aportaciones en clave Iberoamericana”, en *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias*

⁴⁴ Artículo 26: “Son circunstancias atenuantes: 11) Haber actuado la mujer bajo la influencia de trastornos fisiológicos propios de su sexo”.

Sociales, núm. 10, pp. 27-46.

FARALDO CABANA, P. (2009), "Las penas principales de los delitos relacionados con la violencia de género", en CARBONELL MATÉU, J.C. y otros (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 569 y ss.

FARALDO CABANA, P. (2010), "Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género: especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento", en RAMOS VAZQUEZ, J.A. y otros (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, págs. 153 y ss.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2010), "Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs México CIDH, sentencia del 16 de noviembre de 2009", en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 23.

JIMÉNEZ, N.P. (2011), "Femicidio/Feminicidio: una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas", *Revista Logos Ciencia y Tecnología*, núm. 5.

JIMÉNEZ GARCIA, F. (2011), "La responsabilidad directa por omisión del estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes 'feminicidas' de Ciudad Juárez", en *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, N.P. (2011), "Femicidio/Feminicidio: Una Salida Emergente de las Mujeres Frente a la Violencia Ejercida en Contra de Ellas", en *Revista Logos Ciencia y Tecnología*, núm. 1.

LAGARDE, M. (2006), "Del femicidio al feminicidio", en *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, núm. 6.

LAGARDE, M. (2009), "Claves feministas en torno al feminicidio", en Molina, E. y San Miguel, N. (coord.), *Nuevas líneas de investigación en género y desarrollo*, UAM, Madrid, págs. 211 y ss.

LARRAURI, E. (2007), *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid.

LARRAURI, E. (2009), "Igualdad y violencia de género: Comentario a la STC 59/2008", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.

LAURENZO, P. (2015), ¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 35.

LORENZO SALGADO, J.M. (2016), "El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico y asimilados", en VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho Penal y Proceso Penal. Adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MAQUEDA ABREU, M.L. (2014), *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson, Madrid.

MONGE FERNÁNDEZ, A. (2004), "La violencia de género como delito habitual

- (impropio)", en RUEDA MARTÍN, M.A. y BOLDOBA PASAMAR, M.A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, págs. 101 y ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2012), "El delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del Código Penal)", en RUEDA MARTÍN, M.A. y BOLDOBA PASAMAR *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Reus, Madrid, págs. 69 y ss.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. (2017), *El delito de maltrato habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SARMIENTO GARCÍA, J.H. (2011), "En torno al concepto de Agente del Estado", en DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J.M. y otros (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, págs. 209 y ss.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. (2010), "La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal: Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12.
- TOLEDO VÁSQUEZ, P. (2014), *Femicidio/Feminicidio*, Didot, Buenos Aires.
- VAZQUEZ CAMACHO, S.J. (2011), "El campo algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 11.
- VOGELFANGER, A.D. (2015), "El deber de prevención en casos de violencia de género: Desde 'Campo Algodonero' hasta 'Veliz Franco'", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9.

Defensa de la objeción de conciencia como derecho general*

In defense of a general right to conscientious objection

Marina Gascón Abellán
 Universidad Castilla La-Mancha
marina.gascon@uclm.es

Recibido / received: 10/07/2018
 Aceptado / accepted: 03/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4342>

Resumen

Defiendo en este trabajo que la libertad de conciencia otorga protección a la objeción de conciencia con carácter general, por lo que en principio se puede invocar objeción frente a un deber jurídico sin que sea imprescindible que esta goce de expreso reconocimiento legal. Dicha protección es obviamente *prima facie* o condicionada, y la protección definitiva dependerá de que se cumplan ciertos requisitos. En la segunda parte examino esos requisitos (relativos fundamentalmente a la seriedad y veracidad de las convicciones y creencias, y a que en todo caso queden tutelados los bienes públicos y los derechos de los demás protegidos por el deber objetado) y finalmente sostengo la conveniencia de regular los tipos de objeción más relevantes.

Palabras clave

Libertad de conciencia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, objeción de conciencia, derechos humanos, orden público.

Abstract

I advocate here the thesis that there is a general right to conscientious objection based on the freedom of conscience, which means it is possible for a person to invoke conscientious objection to avoid performing a legal obligation even though there is no legal provision expressly recognizing to do so. A general right to conscientious objection cannot be interpreted in absolute terms. Conscientious objection in a particular case can only be accepted if certain requirements are met. I also examine those requirements: particularly the need to hold genuine convictions or religious beliefs and protect public order and the rights of others. Finally, I claim it would be convenient to regulate the most relevant forms of conscientious objection, and some suggestions on the matter will be proposed.

Keywords

Freedom of conscience, freedom of thought, conscience and religion, conscientious objection, human rights, public order.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación “Crisis del derecho penal del estado de derecho”, financiado por la JJCC de Castilla-la Mancha. Ref. SBPLY/17/180501/000223.

SUMARIO. 1. Caracterización de la objeción. 2. Estatuto jurídico de la objeción. ¿Derecho general (constitucional) o reconocimiento (legal) de cada modalidad de objeción? 2.1. Concepciones de la libertad y de los derechos. 2.2. La objeción como derecho general. 3. El ejercicio de la objeción: cuestiones abiertas y conveniencia de regulación. 3.1. Cuestiones abiertas. 3.2. La conveniencia de regulación. 4. Conclusión.

1. Caracterización de la objeción

Una forma de desobediencia por razones morales.

La objeción de conciencia forma parte de la amplia gama de fenómenos de desobediencia al derecho por razones de moralidad o justicia. La delimitación de sus contornos frente a la desobediencia civil ha sido clásicamente objeto de controversias. No interesa aquí entrar en esta cuestión, pero sí señalar que a mi juicio la diferencia fundamental entre ambas estriba en la *finalidad* perseguida¹. El desobediente civil incumple una norma con el propósito de *lograr su modificación* o la de alguna institución o decisión política que considera injustas. Por eso no es infrecuente que se desobedezcan normas que en sí mismas se consideran irreprochables con el fin de impulsar la modificación de otras (desobediencia civil indirecta), pues lo que se pretende es “protestar”, participar en la política aunque sea de este modo informal (Prieto, 2007). El objetor, por el contrario, desobedece la norma porque considera que lo que ésta ordena o prohíbe es inmoral o gravemente lesivo para su dictamen de conciencia. Por eso solo pretende *que se le exima del cumplimiento* del deber objetado o de la sanción prevista para su incumplimiento cuando ya se ha producido éste. Muy simplemente, mientras que el desobediente civil es un “luchador por la justicia” y su finalidad es lograr algún cambio jurídico o político, la finalidad del objetor se agota en la defensa de la moralidad individual². Obviamente esto no significa que la objeción de conciencia y la desobediencia civil sean dos modalidades de desobediencia excluyentes. Si uno objeta una norma porque la considera injusta no debe extrañar que quiera también luchar para que sea derogada. Pero no tiene por qué ser necesariamente así, y es muy posible que el objetor sea sólo eso, un objetor, y no un “luchador por la justicia” o alguien que “protesta” contra el sistema. En suma, por objeción de conciencia cabe entender el *incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia contrario al comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual*, renunciando o al menos no persiguiendo de forma inmediata una estrategia de cambio político o jurídico (Gascón, 1990). Así caracterizada, la objeción constituye la expresión más clara de las complicadas relaciones entre ley y conciencia que ha estado siempre presente pero que quizás hoy, cuando la heterogeneidad y el pluralismo moral y cultural parecen haberse acrecentado, se exhibe con mayor intensidad.

Manifestación de la libertad de conciencia.

En términos jurídicos la objeción de conciencia, por cuanto expresión de un dictamen moral, es una *manifestación más de la libertad de conciencia*. Por una simple razón. A diferencia de la libertad de pensamiento, que permite dar una

¹ Otros piensan (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 31 ss.) que lo relevante son las razones de oposición a la norma, y no la finalidad perseguida, por lo que conciben la desobediencia civil como una variante más de la objeción de conciencia. Un estudio reciente sobre ambas figuras en Cooke & Petherbridge (2016).

² Por supuestos hay otros rasgos que diferencian ambas conductas y que se vinculan a esa distinta finalidad: por ejemplo, el carácter lógicamente *público* y normalmente *grupal* de la desobediencia civil, frente al carácter *privado* e *individual* de la objeción.

respuesta autónoma a los interrogantes del mundo y de la vida, la libertad de conciencia no se limita a la libre *formación* de la conciencia sino que comprende también la libertad de *actuar conforme* a los imperativos de la misma. Tiene una dimensión práctica. Esto es algo generalmente admitido y que –me parece– admite poca discusión. Entre otras cosas porque es esa dimensión práctica de la libertad de conciencia la única que tiene relevancia jurídica, pues la dimensión interna o psicológica resulta inasequible para el ordenamiento. Por eso la objeción de conciencia es en realidad *un corolario de la libertad de conciencia*, pues no es sino el nombre que recibe el ejercicio de esa libertad en situaciones de conflicto con algún deber jurídico. Es una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero está plenamente integrada en ella.

Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea levantan acta de esta integración de la objeción en la libertad de conciencia. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa afirmaba ya de manera expresa en su resolución 337 (1967) que el reconocimiento de la objeción *deriva lógicamente* de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de pensamiento, conciencia y religión³; lo que después ha reiterado en su recomendación 816 (1977) y más recientemente en la 1518 (2001), en la que destaca que el derecho a la objeción es *un aspecto fundamental de la libertad de pensamiento, conciencia y religión*. Y la misma línea sigue el Comité de Ministros en su recomendación Rec(2010)4, que recuerda que *la tendencia en el ámbito internacional es considerar la objeción como parte de la libertad de conciencia y religión*. Por su parte, el Parlamento Europeo también se ha hecho eco de estos principios en sus resoluciones de 7 febrero 1983, 13 octubre 1989, 11 marzo 1993 y 19 enero 1994. Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en vigor desde el 1 diciembre 2009) reconoce significativamente ese derecho en su artículo 10, juntamente con la libertad de pensamiento, conciencia y religión⁴. Por lo demás, algunas constituciones estatales parecen hacer también un reconocimiento implícito de esta integración, al enmarcar la objeción en el mismo artículo que la libertad de conciencia.

Sin embargo, aunque la objeción hunde sus raíces en la libertad de conciencia, lo que resulta controvertido es si el reconocimiento de la libertad de conciencia otorga también alguna protección a los casos de objeción o si, por el contrario, el derecho a objetar solo existe cuando el ordenamiento lo reconoce expresamente en la constitución o las leyes.

2. Estatuto jurídico de la objeción. ¿Derecho general (constitucional) o reconocimiento (legal) de cada modalidad de objeción?

2.1. Concepciones de la libertad y de los derechos

El problema enunciado puede reformularse en los siguientes términos. Cuando la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad de conciencia, ¿qué es

³ El artículo 9.1 del Convenio dice así: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

⁴ Artículo 10 de la Carta: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.* 2. *Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*

lo que reconoce? ¿Cuál es el contenido de ese derecho? ¿Comprende *solo* el derecho a actuar conforme a la propia conciencia dentro del respeto por las normas? ¿O, por el contrario, cuando se objeta una norma por motivos de conciencia *también* seguimos estando amparados por ese derecho fundamental? Cuando al actuar conforme a las propias convicciones los individuos incumplen una obligación jurídica, ¿significa eso que su conducta ya *no forma parte* del contenido de la libertad de conciencia, y por tanto hay que *sancionar* sin más su incumplimiento? ¿O, por el contrario, hemos de concebir la obligación jurídica como un *límite a ese derecho fundamental* y, en consecuencia, tratar el caso como un *conflicto* entre los bienes enfrentados (la libertad de conciencia y los bienes tutelados por esa obligación) para determinar, finalmente, cuál de los dos debe ceder?

La respuesta a estas cuestiones dependerá de la concepción que se tenga de la libertad y los derechos fundamentales y su posición en el sistema.

a. Según una primera concepción (que podríamos llamar “hobbesiana”), el Estado y el Derecho gozan de una justificación autónoma (fundamentalmente proporcionar orden y seguridad), en virtud de lo cual el legislador puede imponer deberes y la libertad consiste solo en poder hacer aquello que la ley no ha ordenado o prohibido. Cuando una norma jurídica impone un deber, la libertad queda cancelada. Si puede decirse así, la libertad yace solo en las parcelas que el legislador no ha regulado o que directamente ha permitido. Es verdad que esos espacios de libertad se hallan hoy constitucionalizados, y que el legislador está constreñido a no invadir su contenido esencial o estricto. Pero lo que se sostiene entonces es que ciertos comportamientos no quedan amparados por una determinada libertad o derecho, no porque exista una exclusión legal a su ejercicio sino simplemente porque *no están comprendidos en su contenido* constitucionalmente *delimitado*: no forman parte de ese derecho. Por eso, en virtud de esta concepción, la cuestión de si existe o no un derecho a desobedecer deberes jurídicos por motivos de conciencia se resuelve de forma contundente: salvo los supuestos expresamente reconocidos por la constitución o las leyes, la objeción de conciencia frente a deberes jurídicos no forma parte del contenido de la libertad de conciencia, al haber sido *delimitado* éste de forma que no llega a amparar estas conductas. En suma, la libertad de conciencia solo daría derecho a actuar en el marco de la legalidad, sin violar deberes jurídicos. Por eso no cabría hablar de un derecho general a objetar con base en la libertad de conciencia sino sólo de *concretas modalidades de objeción específicamente reconocidas y reguladas*. Cuando una objeción no ha sido legalmente reconocida debe tratarse como la simple infracción de un deber jurídico. Sin más. Frente a los dictados de la conciencia la ley es prioritaria.

b. Según una segunda concepción (la que desde Locke avala la tradición liberal), la protección de la libertad y de los derechos es el contenido fundamental del pacto constituyente (es decir, la protección de la libertad es prioritaria), y por eso el legislador no solo ha de respetar las concretas inmortalidades constitucionalmente reconocidas sino que, además, siempre que restrinja la libertad ha de justificar que su imposición resulta necesaria para la protección de otros bienes o derechos: no cabe la imposición gratuita o desproporcionada. En otras palabras, los deberes jurídicos constituyen *limitaciones a la libertad* cuya justificación puede resultar discutida. Por eso, cuando en ejercicio de su libertad de conciencia un individuo objeta un deber jurídico su libertad no queda sin más cancelada, sino que habrá que evaluar si la imposición de ese deber está justificada. Puede hablarse entonces de un *derecho general a la objeción de conciencia* con base en la libertad de conciencia, en el sentido de que hay una presunción de legitimidad constitucional para quien actúa en ejercicio de su libertad de conciencia, y por lo tanto las obligaciones jurídicas frente a las que se formula objeción operarían como *limitaciones a la libertad* cuya justificación podría discutirse. Se trata naturalmente de una presunción de legitimidad *iuris tantum*, pero

sólo destruible mediante buenas razones, las que eventualmente asisten a la medida limitadora de la libertad.

La suerte de la objeción de conciencia en el sistema (derecho general o concretas modalidades legalmente reconocidas) dependerá de si entendemos que la concepción apropiada de la libertad y los derechos es la primera o la segunda. Es decir, de si entendemos que el *contenido* de la libertad de conciencia no contempla en modo alguno una hipotética insumisión a los deberes jurídicos, o si por el contrario entendemos que los deberes jurídicos que pueden dar lugar a objeciones son *límites a la libertad de conciencia*. Mi posición en este punto es que en un sistema liberal democrático la concepción adecuada de los derechos fundamentales es la segunda: la que se desprende de entender los deberes legales como límites a la libertad que, por consiguiente, han de justificarse.

Hay varias razones para sostener esto pero mencionaré someramente solo dos⁵. En primer lugar, y sobre todo, porque la libertad tiene una posición prioritaria en el sistema. No hay en las constituciones de la democracia liberal ningún fin trascendente más allá de la protección de la dignidad y los derechos de las personas. Lo que es “natural”, en cuanto previo y prioritario, son los individuos y sus naturales derechos. Su dignidad y su libertad. En otras palabras, la constitución, en cuanto esquema de gobierno mediante el cual son los propios individuos quienes deciden establecer las instituciones y ponerlas al servicio de sus derechos, lleva implícita la existencia de una regla general de libertad, y no al revés. Por eso la imposición de deberes jurídicos está condicionada a la protección de las libertades individuales. De hecho, no es infrecuente que los propios textos constitucionales proclamen la superioridad del valor de la libertad. Así sucede en la Constitución española en su artículo 1.1.

Pero además, en segundo término, porque la tesis de la limitación/delimitación de los derechos fundamentales (que es la que avala la idea de que, fuera del contenido constitucionalmente “delimitado” de los derechos, el legislador puede imponer restricciones a la libertad individual sin mayor justificación) no sirve a efectos prácticos. Es cierto que desde una perspectiva abstracta seguramente no todos los mandatos y prohibiciones pueden ser entendidos como un límite a la libertad jurídica, sino que algunos de ellos parecen no afectar al derecho porque el contenido de éste no comprende las conductas prohibidas o limitadas por la intervención legislativa. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a los casos concretos no resulta tan fácil establecer esta distinción, sencillamente porque la delimitación de su contenido normativo dista mucho de ser evidente. Pero si esto es así para la generalidad de derechos y libertades, cuando el problema se plantea en relación con la libertad de conciencia se hace casi imposible discernir entre las actividades que constituyen un mal ejercicio del derecho, pero ejercicio al fin y al cabo, de aquellas otras que nada tienen que ver con el mismo. Y ello fundamentalmente porque la conciencia puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos, y de ahí que todo deber jurídico pueda ser considerado en hipótesis como un límite a la libertad de conciencia.

De hecho, los tribunales constitucionales, y desde luego también el español, acogen por lo general esta tesis de la libertad como regla. Así hay que entenderlo cuando el Tribunal recuerda a los jueces que, cuando en los casos que deban resolver se alegue la presencia de un derecho de libertad en confrontación con un deber

⁵ He desarrollado ampliamente esta tesis en Gascón (1990). Y este ha sido también uno de los núcleos argumentativos del *Amicus Curiae* que presenté, junto con Luis Prieto Sanchís, en la demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 de Colombia, por la que se regula el servicio de reclutamiento y movilización. Vid también sobre esta tesis Prieto (2003).

jurídico restrictivo de esa libertad, deben plantear el problema en términos de conflicto entre el derecho de libertad y los bienes o derechos constitucionales protegidos por la norma limitadora, y deben valorar si el sacrificio del derecho resulta o no, en ese caso, constitucionalmente aceptable⁶.

2.2. La objeción como derecho general

Cuando se toma en serio la posición constitucional prioritaria de la libertad y los derechos cabe afirmar que existe en el ordenamiento un *derecho general a objetar* (obviamente *prima facie*) con base en la libertad de conciencia. Es decir, un derecho a que la objeción no sea tratada como la simple infracción de un deber jurídico sino como un supuesto de colisión entre la libertad de conciencia y el deber jurídico incumplido; y por consiguiente como un derecho a que esa confrontación sea resuelta mediante el *juicio de proporcionalidad* que ha sido elaborado y depurado por la doctrina y la jurisprudencia de todos los países democráticos que presumen de una protección efectiva de los derechos individuales⁷.

La tesis de la existencia de un derecho general a objetar con base en la libertad de conciencia ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones.

Primero en la STC 15/1982, de 23 de abril, dictada en un procedimiento de amparo a propósito de la *objeción al servicio militar* formulado cuando aún no se había dictado la correspondiente ley reguladora, donde el Tribunal reconoció que “*puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española*” (FJ6). Y tres años después, en la Sentencia 53/1985 de 11 abril, en relación esta vez con la *objeción al aborto*, en un conocidísimo *obiter dicta* el Tribunal se muestra aún más rotundo al afirmar que la objeción de conciencia es “*parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa*”. Y precisamente por ello establece que el derecho a la objeción de conciencia “*existe y puede ser ejercido*” con independencia de que el legislador lo haya reconocido o no, pues “*la constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales*” (FJ14).

Es verdad que en 1987, en dos sentencias sobre la *objeción al servicio militar* (las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre), el Tribunal se aparta de su línea anterior al afirmar que sólo existen las objeciones expresamente reconocidas por la constitución o la ley (FJ3). Y en consonancia con ello, pero en relación ahora con la objeción frente a la obligación de cursar *educación para la ciudadanía*, el Tribunal Supremo ha mantenido también, si bien con notables contradicciones internas, que no existen más objeciones que las específicamente reconocidas por la constitución o las leyes, o eventualmente por el Tribunal Constitucional (SSTS 11.02.2009 y 11.05.2009). Aun así, merece la pena destacar que esta “vuelta atrás” en la jurisprudencia no pareció afectar a la objeción al aborto, la cual –pese a no haber estado legalmente reconocida durante mucho tiempo- siguió gozando de respaldo jurisprudencial y doctrinal. Y ello sobre la base -hay que suponer, porque de otro modo

⁶ El juez, en estos casos -dice el Tribunal Constitucional español- “no está obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental” (STS 159/85 de 12 de diciembre, FJ 8).

⁷ Esta tesis, además, encuentra incluso respaldo normativo en el art. 52.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: *Sólo podrán introducirse limitaciones [al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Carta], respetando siempre el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

no se entiende- de que existe un derecho general a la objeción con base en la libertad de conciencia (también Baucells i Lladós, 2000: 130 ss. y Martín Sánchez, 2009: 215). En todo caso, en la STC 145/2015, sobre *objeción de conciencia farmacéutica*, donde se planteaba si un farmacéutico podía negarse a dispensar la conocida como “píldora del día después” por motivos de conciencia, el Tribunal Constitucional ha vuelto a mantener la tesis de que la objeción es un derecho reconocido implícitamente en la libertad ideológica.

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha abierto también a esta tesis recientemente. Como ya se refirió, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había dicho en sucesivas ocasiones que el derecho a la objeción de conciencia es un *aspecto fundamental de la libertad de pensamiento, conciencia y religión* del art. 9 del Convenio, y, en consonancia con ello, el Comité de Ministros en su Recomendación Rec(2010)4 recordaba a los estados que cualquier limitación de la libertad de conciencia de los miembros de las fuerzas armadas debe cumplir con los requisitos del artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que dicha libertad *no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*. No obstante, y pese a la posición mantenida por la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros, durante mucho tiempo la Comisión Europea de Derechos Humanos no reconoció o directamente negó que la objeción formase parte de la libertad de conciencia garantizada en el artículo 9 del Convenio⁸. Sin embargo, en 2011 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado un giro radical a esa jurisprudencia de la Comisión. En su sentencia *Bayatyan vs. Armenia* (de 7 julio de 2011) el Tribunal ha reconocido por primera vez que la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 del Convenio Europeo ampara el derecho a la objeción de conciencia⁹. El caso se refería a la objeción al servicio militar de un ciudadano armenio testigo de Jehová. Pero a mi juicio ha sentado un precedente de mayor alcance, pues el Tribunal ha reconocido: 1) que la objeción de conciencia es una manifestación más de la libertad de conciencia y que, por consiguiente, los casos de objeción han de ser tratados como un problema de límites al ejercicio de esa libertad; y 2) que, en consecuencia, un supuesto particular de objeción resultará o no *finalmente* tutelado por la libertad de conciencia solo tras haber considerado, mediante un juicio de proporcionalidad, todos los intereses en conflicto y las circunstancias particulares del caso.

En suma, por lo dicho hasta aquí cabe afirmar que hay en nuestros ordenamientos de base liberal un derecho general a objetar (*prima facie*, como todos) con base en la libertad de conciencia. De manera que cualquiera puede aspirar a que su objeción no sea tratada como una simple infracción jurídica sino como un problema de límites al ejercicio de la libertad de conciencia y a que se resuelva mediante una adecuada argumentación que considere la protección de todos los intereses en juego.

⁸ En los casos *Grandrath v. Germany* (1966), *G.Z. v. Austria* (1973), *Conscientious Objectors v. Denmark* (1977), *A. v. Switzerland* (1984), *N. v. Sweden* (1984), *Autio v. Finland* (1991), la Comisión resolvió los asuntos, bien sin examinar siquiera el contenido y alcance del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión del artículo 9 del Convenio, bien considerando que el derecho a la objeción no estaba incluido en los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. En todo caso, no entró a examinar directamente si la libertad de conciencia del artículo 9 comprendía también el derecho a objetar.

⁹ El caso *Bayatyan vs. Armenia* puede consultarse en

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22docname%22:\[%22bayatyan%22\].%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22.%22CHAMBER%22\].%22itemid%22:\[%22001-105611%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22docname%22:[%22bayatyan%22].%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22.%22CHAMBER%22].%22itemid%22:[%22001-105611%22]}) (consultado el 1 julio 2018).

Y al respecto dos observaciones.

La primera es que, frente a interpretaciones deformadoras de la tesis aquí sostenida que parecen asimilarla a “la negación misma de la idea de Estado”¹⁰, conviene insistir en una idea clave: afirmar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia no significa en modo alguno que el sistema haya de otorgar tutela efectiva a todas las objeciones; entre otras cosas porque los deberes que operan como límites a la libertad de conciencia pueden proteger derechos o intereses ante los cuales la libertad de conciencia del objetor podría tener que doblegarse (en el mismo sentido Jericó Ocer, 2007: 141). Significa tan solo que cuando alguien solicita que se le exima de cumplir un deber jurídico por motivos de conciencia, la cuestión debe ser tratada como un conflicto entre la libertad de conciencia y las razones que proporcionan los deberes incumplidos u objetados, aunque en ese conflicto pueden perfectamente prevalecer estas razones. En otras palabras, tan injustificado resulta sacrificar innecesaria y desproporcionadamente la conciencia de los individuos objetores como desatender, en aras de dicha objeción, los bienes, derechos e intereses protegidos por las normas objetadas. La objeción no es un simple mecanismo de elección del cumplimiento de deberes: la libertad de actuar conforme a nuestras convicciones y creencias llega hasta donde no queden afectados los derechos de los demás y los intereses relevantes de la sociedad. El objetor no tiene derecho a que el ordenamiento le tolere su comportamiento objetor en cualquier supuesto, pero sí tiene derecho a que tal comportamiento sea considerado como un ejercicio de la libertad de conciencia en conflicto con los bienes o derechos protegidos por la norma objetada, y por lo tanto a que ese conflicto se resuelva argumentativamente mediante un test de proporcionalidad que considere todos los intereses en juego (Prieto, 2007: 39). Cuando los intereses generales o los derechos de terceros puedan verse seriamente afectados, la restricción de la libertad de conciencia del objetor estará justificada. Pero cuando esos intereses o derechos no queden desprotegidos como consecuencia de la conducta objetora, no habrá una justificación seria para no reconocer la objeción. En suma, tener un derecho (general) a objetar equivale a tener un derecho a que el conflicto se resuelva mediante una argumentación racional.

La segunda observación es más bien una insistencia y pretende responder a quienes entienden que caracterizar el derecho general a objetar en los términos que aquí se ha hecho es una “obviedad” y “no añade nada” al debate sobre su justificación jurídica. En realidad hay poco que objetar a esta crítica. Si la tesis del derecho general a objetar puede parecer una obviedad es porque así es, pues desde el momento en que se acepta que la objeción no es sino el ejercicio de la libertad de conciencia resulta evidente que cuando dicha libertad entra en conflicto con algún deber jurídico el asunto ha de tratarse como un problema de límites al ejercicio de la libertad. Pero se trata de una *obviedad que merece ser recordada*; como poco para salir al paso de quienes, desde posiciones radicalmente contrarias, entienden que en el ordenamiento

¹⁰ Uso intencionadamente la misma expresión que fue usada en la (a mi juicio desafortunada argumentación de la) Sentencia 161/1987, FJ 3: *La objeción de conciencia con carácter general (...) no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto.*

Esta idea es recurrente entre quienes niegan la existencia de un derecho a objetar con base en la libertad de conciencia. Por ejemplo -casi con las mismas palabras- Barrero Ortega (2006: 410): esta interpretación “conduciría a la destrucción del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), a la negación de la imperatividad de las normas jurídicas y, en suma, a hacer las normas jurídicas subjetivamente disponibles”. O Tajadura Tejada (2015): “En un Estado de derecho, todos estamos obligados a cumplir las leyes. Si cada uno de nosotros tuviera que cumplir solo las leyes que consideramos conformes a nuestra conciencia y estuviéramos eximidos de cumplir las que son contrarias a ella, el ordenamiento jurídico quedaría disuelto”.

sólo están jurídicamente justificadas aquellas modalidades de objeción expresamente reconocidas por la constitución o las leyes, porque –se dice con contundencia- todos estamos sometidos a la ley y las ideas personales no pueden eximirnos de su cumplimiento (Díez-Picazo, 2003: 226 ss.)¹¹. Frente a estas posiciones, la tesis del derecho general a objetar no hace, en efecto, sino recalcar en lo obvio: que el tratamiento jurídico de este fenómeno en el estado constitucional de derecho reclama el mismo tipo de razonamiento que procede para abordar el problema de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales.

3. El ejercicio de la objeción: cuestiones abiertas y conveniencia de regulación

3.1. Cuestiones abiertas

Frente a la tesis que sostiene que en el ordenamiento solo existen las modalidades de objeción específicamente reconocidas, la tesis de la existencia de un derecho general a objetar con base en la libertad de conciencia presenta la indudable ventaja de no cerrar el catálogo de objeciones posibles: cualquiera puede, en principio, invocar objeción frente a un deber jurídico que a su conciencia le repugne. Pero también tiene una desventaja, pues, al faltar la regulación de la objeción, quedan abiertas o sin resolver cuestiones importantes relativas a su ejercicio. En particular (aunque desde luego no solo), pueden surgir dudas sobre *cómo* y *cuándo* debe formularse la objeción, o sobre *qué* deberes específicos (es decir, qué acciones o prácticas) pueden objetarse y qué *control* cabe hacer sobre la objeción.

a) *Cómo y cuándo*

Un primer problema que se presenta es de tipo procedural y organizativo. La objeción solo resulta aceptable si los derechos de terceras personas u otros intereses protegidos por el deber jurídico objetado quedan efectivamente garantizados; y por tanto, cuando tales derechos o intereses puedan verse afectados (como sucede, por ejemplo, con todas las objeciones sanitarias) habría que asegurar la *sustitución* del objetor en el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, en ausencia de regulación, puede resultar dudoso cómo y cuándo debe el objetor formular su objeción para que esos derechos e intereses no queden desamparados. Naturalmente, aunque la objeción no esté regulada no es imposible adoptar las medidas organizativas necesarias para garantizar la sustitución del objetor (y con ello los derechos de los potencialmente afectados). Pero también es verdad que conseguir esto sin un previo cauce procedural que permita una adecuada planificación podría resultar complicado, sobre todo en aquellos casos en que la objeción es masiva. En consecuencia, cuando una concreta modalidad de objeción se presenta de forma recurrente (o cuando el establecimiento de un deber legal hace previsible la objeción frente al mismo), la regulación de un procedimiento para objetar (que determine las condiciones para formularla y establezca las adecuadas medidas organizativas para sustituir al objetor) facilitará tanto el ejercicio de la objeción como, sobre todo, la protección de los bienes y derechos de los demás.

b) *Qué deberes y qué control*

Pero sin duda el principal problema al que se enfrenta el ejercicio de una determinada modalidad de objeción de conciencia cuando no está regulada es el de

¹¹ En su voto particular a la STC 145/2015, la magistrada Adela Asúa también sostenía con fuerza que "fuera de la Constitución y de la Ley, ningún ciudadano puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuándo y como le dé la gana". El reconocimiento de la objeción como derecho general residenciado en la libertad de conciencia "puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera".

la *auténticidad* o *seriedad* de esa objeción. Para decirlo con más claridad, la objeción debe estar basada en *genuinos* motivos de conciencia que generen un conflicto serio e insuperable, y por eso tiene sentido preguntar si son válidos todos los motivos de conciencia alegados. ¿Puede considerarse como un caso de objeción la oposición al cumplimiento de un deber jurídico por moralmente intrascendente que este parezca? ¿O, por el contrario, hay deberes que en sí mismos no son moralmente relevantes y frente a los que, por tanto, no cabe invocar objeción? Y aún más ¿debe bastar la mera invocación de la objeción? ¿O, por el contrario, es necesario algún tipo de *control*?

La pregunta no es baladí, pues nuestras intuiciones morales nos dicen que no es lo mismo formular objeción a la práctica del aborto que formularla, por ejemplo, al pago de impuestos¹², a ser vacunados¹³ o a la confección de un pastel de bodas¹⁴. Y asimismo la experiencia nos indica que la objeción puede ser una ocasión para librarse de un deber jurídico que simplemente no se desea cumplir¹⁵, o puede utilizarse con fines estratégicos (por ejemplo, para frustrar políticas legislativas que no se comparten)¹⁶. Por eso algún tipo de control parece necesario. En este aspecto, sin embargo, es necesario extremar las cautelas a fin de no terminar instaurando un control ideológico que discrimine entre unos motivos u otros según lo moralmente relevantes o razonables que nos parezcan. A este respecto conviene observar dos cosas.

De si son (prima facie) relevantes o aceptables todas las objeciones

La primera observación es que la conciencia puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos, y por consiguiente sus conflictos con deberes jurídicos son por definición impredecibles. Aunque desde nuestra perspectiva cultural seguramente juzgamos moralmente más relevantes unos deberes que otros, ello no autoriza a excluir genuinos conflictos de conciencia con deberes que a la mayoría puedan parecernos moralmente intrascendentes. Lo que es contrario o no a la propia conciencia no puede ser definido por los demás. Que nos parezca que la participación en prácticas abortivas o en el servicio de armas tiene mayor relación con la libertad de conciencia que la celebración de un matrimonio civil entre personas del mismo

¹² Es el caso de la objeción de conciencia fiscal, consistente en la “pretensión del impago de la parte de las tasas o tributos que, según sus cálculos, corresponden a la financiación de actividades contrarias a la conciencia del contribuyente” (fundamentalmente actividades militares). La objeción aquí viene motivada por tanto no por el deber de pagar impuestos sino por la finalidad que se les da, por lo que la relación entre el juicio de conciencia del objetor (contrario a la guerra) y el deber jurídico objetado (pagar impuestos) es remota (Pérez San José, 1999: 240-241). En relación a la objeción fiscal en España, Cfr. también Arrieta (1993).

¹³ De hecho, el primer uso que se conoce de la expresión “objeción de conciencia” aparece en la *British Vaccination Act* de 1898, que previó la posibilidad de quedar exento de la obligación de vacunarse contra la viruela por motivos de conciencia (Triviño, 2014). Según Clarke, Giubilini y Walker (2017), en Australia, por ejemplo, hay hoy día unos 40.000 objetores a las vacunas.

¹⁴ Como la recientemente formulada por el dueño y repostero de una pastelería en Colorado al negarse a diseñar y preparar una tarta especial de bodas para la fiesta de celebración de un matrimonio entre dos varones alegando que su profesión de fe católica se lo impedía. El caso llegó a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que el pasado 4 de junio de 2018 se pronunció sobre el asunto [*Masterpiece Cake Shop Ltd. et al. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018)*] y por 7 votos frente a 2 acogió la petición del objetor en protección de sus libertades de expresión y de libre ejercicio de una religión.

¹⁵ Por ejemplo, la llamativamente masiva objeción de conciencia al aborto en los hospitales públicos españoles durante el tiempo en que no estaba regulada sino solo amparada por la jurisprudencia constitucional, da razones para sospechar que muchos de los objetores no actuaban movidos por genuinos motivos de conciencia sino por otras razones; por ejemplo, por comodidad, por la oportunidad de excluirse de servicios “molestos”, por temor al reproche o la marginación laboral, o por pensar que no resultaba muy conveniente para sus carreras profesionales.

¹⁶ En este punto la objeción no es más que una pantalla que camufla un movimiento de desobediencia civil.

sexo, o la venta de píldoras abortivas o anticonceptivas, o la confección de un pastel de bodas para la celebración del matrimonio entre dos varones, es simplemente una cuestión cultural o de número de objetores. La objeción no debería ser rechazada sin más por el hecho de que los motivos de conciencia esgrimidos nos parezcan irrelevantes o incluso estafalarios. Nos asombraría ver lo insólitas que aparecen a los ojos de otras personas y culturas algunas de nuestras creencias más firmemente asentadas. Es verdad que puede haber planteamientos *frívolos* (porque no haya seriedad alguna en el reproche moral planteado) o en todo caso clara y rotundamente *injustificables* (porque comporten un daño inadmisible para los bienes públicos o los derechos ajenos). Pero si no es este el caso, no hay razón para no aceptar la invocación de un conflicto de conciencia en el cumplimiento de un deber jurídico como un supuesto de objeción¹⁷.

Un error sobre este punto es el que, por ejemplo, se produce con frecuencia en relación con la objeción de los profesionales de las oficinas de farmacia a la dispensación de la píldora postcoital. Tal objeción es considerada en la mayoría de los planteamientos como una variante de la objeción de al aborto, y precisamente por eso en el debate generado en torno a su justificación suele jugar un papel central la determinación del carácter abortivo o simplemente anticonceptivo de dicha píldora. A mi juicio, sin embargo, este es un aspecto secundario: sea una cosa o la otra, el farmacéutico puede mostrar objeción, pues la dispensación de la píldora puede generarle un conflicto de conciencia (en el mismo sentido Escobar, 2016: 283). Cosa distinta será la admisibilidad de la objeción en el supuesto particular, lo que dependerá en todo caso de que queden suficientemente protegidos los derechos de los usuarios (De Lora y Gascón, 2008: 152-154).

En suma, no tiene ninguna justificación discriminar entre unas objeciones u otras según lo moralmente relevantes que nos parezcan. Es evidente que hay ciertos deberes donde las cuestiones de carácter ideológico y religioso juegan con mayor intensidad, y por lo tanto son más proclives a despertar un rechazo moral. Por ejemplo, esto es lo que sucede en el ámbito biosanitario, en particular con aquellas prácticas clínicas que guardan relación directa con el inicio y el final de la vida (esterilización, contracepción y contragestación, aborto, investigación con células troncales embrionarias, fecundación asistida, participación en cierto tipo de trasplantes o auxilio en el morir)¹⁸. Y naturalmente también es evidente que la mayoría

¹⁷ Creo que la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el citado caso *Masterpiece Cake Shop Ltd. et al. v. Colorado Civil Rights Commission* (584 U.S. 2018), ha sostenido, *in fine*, esta idea. La Corte ha dado la razón al objector frente a la decisión previa de la Corte de Apelaciones de Colorado que había desatendido su objeción. Pero lo interesante aquí son las razones por las que lo ha hecho.

En realidad, la Corte no entra en el fondo del asunto, es decir no resuelve el conflicto entre, por un lado, las libertades de expresión y religión del repostero y, por otro, la autoridad del Estado para proteger los derechos y la dignidad de las personas homosexuales contra las posibles discriminaciones cuando buscan bienes o servicios. La razón de su decisión es otra y, a mi juicio, de mayor calado: durante el procedimiento administrativo y judicial previo, el Estado de Colorado no trató con neutralidad y respeto los motivos de conciencia esgrimidos por el pastelero, y por tanto no respetó sus libertades de expresión y religión. En definitiva, se frivolizaron o desdeñaron sus razones: no se trattaron con neutralidad sino de forma hostil. En concreto, la Corte entiende que “*la negativa del repostero se basó en sus sinceras convicciones y creencias religiosas [...]*”. Es decir, entiende que hay seriedad en sus razones. Y añade que, aun así, el repostero “*bien podría ver limitado su derecho al libre ejercicio de la religión por leyes de general aplicación. Sin embargo -subraya- la delicada cuestión de cuándo debe ceder el libre ejercicio de su religión a un ejercicio válido del poder estatal debe determinarse en una sentencia en la que la hostilidad religiosa por parte del Estado mismo no sea un factor integrante de la ponderación que el Estado ha de realizar. Ese requisito, sin embargo, no se cumplió aquí. Cuando la Comisión de Derechos Civiles de Colorado consideró este caso, no lo hizo con la neutralidad religiosa que exige la Constitución*”.

(Disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf)

¹⁸ De hecho, el caso hoy más frecuente de objeción es el que presentan muchos profesionales sanitarios frente al aborto. Pero el avance de las posibilidades técnicas y terapéuticas en medicina hace esperar que en el futuro se acreciente el número de deberes médicos objetables. Por ejemplo, si se legalizara y

de los deberes jurídicos nunca le plantearán a nadie un escrúpulo moral. Sin embargo hay que insistir en ello: los contenidos de la conciencia pueden ser de lo más variado, especialmente en el marco de sociedades pluralistas, por lo que no resulta ni muy útil ni respetuoso con la libertad de conciencia intentar circunscribir a priori el número de posibles deberes objetables¹⁹.

Del tipo de control que debe hacerse

La segunda observación es que, si no cabe discriminar entre unas objeciones u otras según lo racionales o moralmente relevantes que nos parezcan, entonces el único control posible es el que se endereza a acreditar la *auténticidad* de la objeción (es decir, que esté basada en *genuinas razones de conciencia* y no en motivos espurios, de conveniencia o de beneficio personal) y desde luego la *protección de los bienes públicos y derechos* que puedan verse afectados.

Respecto a lo primero, lo único que el estado puede y debe hacer frente a quien se declare objector es valorar su *sinceridad o veracidad*; por ejemplo escrutando la coherencia entre el ideario que afirma mantener y su comportamiento ordinario²⁰, o confirmando que profesa una religión que incluye la convicción de que hay que oponerse al cumplimiento de un deber²¹, o incluso –una forma de verificar la sinceridad indirectamente– imponiendo el cumplimiento de un deber alternativo de similar onerosidad²². O puede valorar la *intensidad del conflicto* (Escobar, 2016: 284); por ejemplo, suponiendo que la objeción se realice desde una conciencia contraria al aborto, no parece en principio lo mismo objetar en conciencia a la práctica de un aborto que a la venta de la “píldora del día después” cuando se piensa que esta tiene efectos abortivos²³. Intentar ir más allá, es decir discriminar entre creencias buenas y malas, sería, aparte de inútil, una manifestación de totalitarismo ideológico, pues significaría que no estamos dispuestos a aceptar como válidos más códigos morales que los propios²⁴.

Respecto a lo segundo, es evidente que la objeción no puede triunfar a toda costa. Si los deberes legales objetados no son gratuitos sino que protegen derechos

regulara la eutanasia o el suicidio asistido por un médico, es evidente que se presentarían objeciones a esta práctica. Sobre la importancia de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, cfr. Fernández-Lynch (2008); y Triviño (2014).

¹⁹ Distinta parece la posición manifestada por el Comité de Bioética de España en su *Opinión sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad*, de 13 octubre 2011, donde expresamente se dice que “en una sociedad ideológicamente plural y culturalmente diversa, los contenidos de las conciencias por razones religiosas o culturales son imprevisibles. Por ello, se hace necesario precisar cuáles son las razones específicas que pueden dar lugar a la objeción” (cursiva añadida). Puede consultarse en informe en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>.

²⁰ Por ejemplo, resultaría inaceptable (por incoherente) objetar una cierta práctica médica en el sistema público mientras que se participa en esa misma práctica en los hospitales privados.

²¹ Esto es lo que hizo el TEDH en el comentado caso *Bayatyan vs. Armenia* (2011). El Tribunal entendió que el hecho de que el señor Bayatyan fuese miembro de los Testigos de Jehová, religión que incluye entre sus convicciones más serias la oposición al servicio de armas, era una razón para no dudar (un “indicio”, digamos) de que los motivos de su objeción eran auténticos y que el conflicto de conciencia que le generaron era serio e insuperable (parágrafo 111).

²² Observa acertadamente Ruiz Miguel (1996: 37) que la técnica de las prestaciones sustitutorias (generalmente más gravosas que el cumplimiento del deber objetado), aunque se justifique con una apelación a la igualdad, es utilizada en la práctica como un obstáculo al fraude en la presentación de objeción.

²³ “En principio”. Lo que no significa que la venta de la píldora no pueda generar a algunos un intenso conflicto de conciencia.

²⁴ Por eso el *Documento sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad* elaborado por el Observatori de Bioètica i Dret del Parc Científic de Barcelona en noviembre de 2007, desenfoca a mi juicio el problema, al sugerir *in fine* la necesidad de escrutar los contenidos de la conciencia para evitar que baste “la invocación de una creencia por insólita que esta pueda resultar” (p. 26).

o bienes públicos valiosos, la salvaguarda de los mismos debe quedar *en todo caso* garantizada. Este punto es crucial y -aunque debería resultar obvio- no está de más reiterarlo. Al menos para salir al paso de quienes, como Savulescu y Schuklenk (2017), en relación a las objeciones sanitarias, rechazan frontalmente la objeción porque –dicen- constituye una *prerrogativa* de cumplir o no cumplir con el deber, y por consiguiente una *imposición a los demás* de las particulares creencias y convicciones que *deja a los pacientes desprovistos de sus servicios y tratamientos*. Obviamente, vista así, la objeción es claramente injustificable. Pero esta es una visión caricaturesca del fenómeno que lo distorsiona para hacerlo más fácilmente criticable. Hacen trampa²⁵. La defensa de la objeción no implica –al menos en los planteamientos habituales- desatender los intereses y derechos protegidos por los deberes objetados o frustrar su satisfacción. Ningún defensor de la objeción que yo conozca ha sostenido nunca que tales deberes puedan quedar al albur de la conciencia del objetor. La provisión de los servicios o la satisfacción de los bienes públicos que esos deberes protegen es prioritaria. Por eso la objeción solo puede prosperar en la medida en que el deber legal objetado pueda ser cumplido por otros²⁶.

3.2. La conveniencia de regulación

Aunque admitamos que la libertad de conciencia otorga *prima facie* protección a quien objeta un deber legal sin necesidad de regulación específica, es evidente que la falta de regulación puede afectar negativamente tanto a los objetores como a los individuos cuyos intereses o derechos vienen protegidos por el deber legal objetado. A los primeros, porque podrían ver dificultado el ejercicio de su derecho con una interpretación restrictiva de la objeción. A los segundos, porque sus intereses o derechos podrían verse frustrados por una invocación expansiva e irregular de la cláusula de objeción. Por eso, con el fin de evitar o minimizar este problema, y por consiguiente de garantizar tanto la libertad de conciencia de los objetores como sobre todo los derechos e intereses protegidos por la norma objetada, es conveniente o incluso necesaria la regulación, al menos en los casos más previsibles, frecuentes o problemáticos (cfr. también Combalía, 2008). Por ejemplo, creo que en el ámbito sanitario la objeción no debería ser nunca circunstancial o espontánea, sino que tendría que ser debidamente comunicada a fin de que conste la exclusión del profesional objetor y pueda organizarse anticipadamente el servicio. Pero para eso hace falta organización y es conveniente la regulación. Una regulación que no tendría por qué ser (ni quizás debería) excesivamente compleja o prolífica (Romeo, 1995). Bastaría con establecer cuál es el *procedimiento* para formular objeción (cuándo y cómo), qué *medidas organizativas* habría que adoptar para sustituir al objetor, y cuáles son, en su caso, los *servicios alternativos* que este habría de cumplir para hacer una contribución a la sociedad proporcional a la objetada²⁷.

No hay -me parece- ninguna contradicción en afirmar la existencia de un derecho general a objetar, que emana de la libertad de conciencia constitucionalmente consagrada y que por tanto no necesita un reconocimiento legal expreso, y reclamar al propio tiempo la regulación del ejercicio de las modalidades más relevantes y significativas por el número de objetores y/o por las controversias

²⁵ Es la misma trampa que –como observa Prieto (2009: 232)- hace nuestro Tribunal Supremo en las famosas sentencias en las que rechaza la objeción frente a la educación para la ciudadanía.

²⁶ Por eso, como acertadamente se ha dicho en relación con la objeción de los profesionales de las oficinas de farmacia a la dispensación de la llamada “píldora del día después”, “el reconocimiento de la objeción de conciencia del farmacéutico a no expedir un fármaco con efecto abortivo merecerá un juicio diverso dependiendo de que pueda encontrarse con facilidad otro profesional que pueda hacerlo” (Del Moral, 2007: 257).

²⁷ Como los adoptados normalmente para los objetores al servicio de armas, o los que algunos proponen (a mi juicio extrañamente) para la objeción a las vacunas (Clarke, Giubilini y Walker, 2017).

morales o los problemas sociales que susciten²⁸. Es la regulación lo que proporcionará seguridad tanto para los propios objetores como para quienes eventualmente puedan resultar beneficiados con el cumplimiento de los deberes objetados; en el caso de las objeciones sanitarias, por ejemplo, los pacientes y usuarios de los servicios. Y es también la regulación lo que evitará que la libertad de conciencia de los objetores quede innecesariamente cancelada o que el ejercicio de la objeción se desborde más allá de lo debido. Es verdad que ninguna regulación evitará que puedan surgir dudas en los supuestos concretos. Pero al menos proporcionará una guía que puede resultar útil en la práctica.

4. Conclusión

a. Si nos tomamos en serio la libertad de conciencia, los casos de objeción no pueden ser tratados como la simple infracción de un deber jurídico, sino como lo que son: el ejercicio de la libertad de conciencia cuando esta entra en conflicto con el deber jurídico objetado. Por eso no es imprescindible un desarrollo legislativo de las concretas modalidades de objeción para que puedan ser invocadas: la libertad de conciencia existe y se ostenta *desde* la propia constitución, y los casos de objeción habrán de ser tratados como un supuesto de conflicto entre la libertad de conciencia y el deber jurídico objetado. Esto y no otra cosa es el sentido de un *derecho (general y fundamental) a objesar*: la invocación de un motivo de conciencia como causa para el incumplimiento de un deber equivale a la invocación de la libertad de conciencia, e impone sobre los jueces –guardianes de las libertades- el deber de tutelar esa libertad resolviendo el conflicto mediante una argumentación racional.

b. Naturalmente esto no significa que la objeción de conciencia deba triunfar en todo caso, pues el deber jurídico objetado puede proteger derechos e intereses valiosos ante los cuales la libertad de conciencia del objector deba ceder. El reconocimiento de la libertad de conciencia otorga una protección *prima facie* a la objeción, pero la protección *definitiva* dependerá del resultado de esa argumentación.

c. Lo anterior pone de relieve que el problema fundamental al que se enfrenta la objeción (un problema práctico) es el de determinar en cada caso, o en cada concreta modalidad objetora, las condiciones para que el ejercicio de la libertad de conciencia sea compatible con la garantía efectiva de los derechos e intereses relevantes a los que el deber objetado otorga protección. En este punto la cuestión más importante y delicada es la de establecer algún *control* que, garantizando la libertad de conciencia del objector, asegure al propio tiempo el cumplimiento de los deberes objetados.

d. Por eso la *regulación* particularizada de las concretas modalidades de objeción no solo no es incompatible con la existencia de un derecho (general) a

²⁸ Cabe recurrir aquí al ejemplo de la objeción al servicio *militar*, que fue expresamente reconocida por el artículo 30.2 de la Constitución y desarrollada posteriormente por ley. O a la objeción del personal sanitario a la práctica del *aborted*, que, tras permanecer muchos años sin regulación y sólo sustentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la existencia de un derecho general a la objeción, ha sido finalmente regulada en el artículo 9.2 de la *Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo* 2/2010 de 3 de marzo. O la que puede formularse frente al cumplimiento de las *instrucciones previas*, contemplada en España en algunas leyes autonómicas que las regulan. Y nada impediría que las leyes hicieran lo propio con la objeción a otras prácticas que pudieran plantear serios reparos de conciencia. Por ejemplo, la *Ley de Muerte con Dignidad (Death with Dignity Act*, de 1997) del Estado de Oregón, que autoriza y regula la práctica del suicidio asistido en ese territorio, reconoce también expresamente un derecho a la objeción de conciencia, de manera que ningún profesional de la salud podrá ser obligado a proveer medicación a un enfermo que lo solicite para poner fin a su vida. Si en nuestro derecho se despenalizara esta práctica habría de regularse expresamente el ejercicio de la objeción para los profesionales potencialmente implicados en ella.

objetar sino que, al menos en las modalidades de objeción más frecuentes, puede resultar conveniente o incluso necesaria. Es esa regulación lo que permitiría establecer las condiciones de ejercicio de la objeción, proporcionando así seguridad jurídica y protección tanto a los propios objetores como a los individuos potencialmente afectados por la conducta objetora. Sin esa regulación bien podría terminar haciéndose una interpretación restrictiva de la objeción, con perjuicio para el objetor; o el riesgo contrario, podría terminar haciéndose un ejercicio amplio e irregular de la cláusula de objeción, en perjuicio de los intereses y derechos protegidos por el deber legal.

e. Por último, el anatema: la defensa de un derecho (general) a objetar resulta “destructora de la idea misma de estado”, porque anula la legalidad, y es “contraria a los postulados de la democracia”, porque impone el punto de vista individual frente al de la mayoría. Mi opinión es distinta. La tesis del derecho general a objetar es la única compatible con una cultura política plenamente comprometida con la defensa firme de la libertad de conciencia, que ha sido una de las libertades fundamentales en el proyecto emancipador humano. Y solo puede ser rechazada desde postulados que, alejados de la filosofía liberal que anima la constitución, invocan un romo *dura lex sed lex* como único modo de defender la legalidad. Resulta llamativo que la legalidad, la seguridad y el orden público vengan precisamente amenazados por el reconocimiento de la objeción²⁹, y que para defender esos valores haya que desconocer la fuerza de los imperativos morales. Es bueno, es sano, es vigorizante para un sistema que hace de la defensa de la libertad su bandera reconocer espacios de disenso³⁰. Ni la legalidad, ni la seguridad, ni el orden público se resentirán por ello. Al contrario, un sistema que es capaz de incorporar el disenso sale reforzado.

Algo parecido cabe decir respecto a la supuesta amenaza que para la democracia deriva del reconocimiento de un derecho fundamental a objetar en los términos aquí expuestos. La democracia no significa que los puntos de vista de la mayoría deban prevalecer siempre y a toda costa. Interpretar en términos (moralmente) totalizadores la legitimación de las urnas es privar a la democracia de su sentido protector de la minoría disidente. Por supuesto, en muchas ocasiones la conciencia individual deberá ceder ante el punto de vista del grupo. Pero el reconocimiento del pluralismo y la tolerancia también forma parte de la esencia de la democracia. Por eso, cuando el cumplimiento de la ley suscita un genuino y serio conflicto de conciencia, si podemos prescindir de imponer la moral del grupo a la minoría disidente, si podemos conciliar la objeción con el mantenimiento general del cumplimiento de la ley, no hay razón para no hacerlo. Es más, al actuar así el estado cohesiona el cuerpo social y promueve la tolerancia³¹.

²⁹ Como afirma irónicamente Escobar (2016: 288): “muchos deberes jurídicos, por múltiples razones (sin duda menos defendibles que en los conflictos de conciencia), se incumplen, y de ahí no se deriva ningún caos”.

³⁰ Aplaudo en este punto la afirmación del Magistrado Campos Sánchez-Bordona en su Voto Particular a la STS 11.02.2009: “la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia”.

³¹ En este sentido se expresa el TEDH en la sentencia *Bayatyan vs. Armenia* (2011), parágrafo 126, para salir al paso de la objeción antidemocrática frente a la objeción de conciencia.

Bibliografía

- ARRIETA, J. (1993), "Objeción de conciencia fiscal", *Crónica Tributaria*, núm. 68.
- BARRERO ORTEGA, A. (2006), *La libertad religiosa en España*, CEC, Madrid.
- BAUCELLS I LLADÓS, J. (2000), *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CLARKE, S., GIUBILINI, A., WALKER, J. (2017), "Conscientious Objection to Vaccination", *Bioethics*, Vol. 31, núm. 3, pp. 151-161.
- COMBALÍA, Z. (2008), "La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural. (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)", en ROCA, M.J. (coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2009), "Opinión sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad", Madrid. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objencion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> (consultado el 29 junio 2018).
- COOKE, M. & PETHERBRIDGE, R. (2016), "Civil disobedience and conscientious objection", *Philosophy & Social Criticism*, 42 (10).
- DE LORA, P. y GASCÓN, M. (2008), *Bioética, principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, Madrid.
- DEL MORAL, A. (2007), "La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal", SANCHO GARGALLO, I. (dir.), *Objeción de conciencia y función pública*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 89, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi-Thompson, Pamplona.
- ESCOBAR ROCA, G. (2016), "Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales? (A propósito de la STC 145/2015, sobre objeción de conciencia farmacéutica)", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá IX, pp. 275-292.
- FERNANDEZ LYNCH, H. (2008), *Conflicts of Conscience in Health Care: An Institutional Compromise*, MIT Press, Cambridge.
- JERICÓ OJER, L. (2007), *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1990), *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, CEC, Madrid.
- OBSERVATORI DE BIOETICA I DRET DEL PARC CIENTÍFIC DE BARCELONA (2007), "Documento sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad". Disponible en: <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07898.pdf> (consultado el 28 de junio de 2018).
- MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2009) "Objeción de conciencia y educación para la

ciudadanía”, RRUAM, núm. 19.

PÉREZ SAN JOSÉ, P. (1999), “La objeción fiscal”, *Derecho y Opinión*, núm. 7, pp. 233-256.

PRIETO SANCHÍS, L. (2007), “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, SANCHO GARGALLO, I. (dir.), *Objeción de conciencia y función pública*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 89, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp.11-42.

PRIETO SANCHÍS, L. (2009), “Objeción de conciencia y educación para la ciudadanía”, *Persona y Derecho*, 60.

ROMEO CASABONA, C. (1995), “Objeción de conciencia y derecho penal”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 2, febrero, pp. 68-80.

RUIZ MIGUEL, A. (1996), “La objeción de conciencia a deberes cívicos”, *Jueces para la Democracia*, núm. 25, pp. 35-45.

SAVULESCU J. & SCHUKLENK, U. (2017), “Doctors Have no right to refuse medical assistance in Dying, Abortion or Contraception”, *Bioethics*, Vol. 31, núm. 3, pp. 162-170.

TAJADURA TEJADA, J. (2015), “Objeción y Estado de Derecho”, Diario EL PAÍS, 21 de Julio, en https://elpais.com/elpais/2015/07/17/opinion/1437143934_815934.html (consultado el 7 de julio 2018).

TRIVIÑO CABALLERO, R. (2014), *El peso de la conciencia. La objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid.

Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina

Judicial decision making and public participation: the impact of public hearings in the decisions of the Supreme Court of Argentina

Miguel Á. Benedetti
Universidad Nacional de La Plata
castormab@hotmail.com

M. Jimena Sáenz
CONICET – Universidad Nacional de La Plata
mjimenasaenz@hotmail.com

Recibido / received: 02/02/2018
Aceptado / accepted: 28/06/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4343>

Resumen

En las últimas décadas, las audiencias públicas realizadas en foros judiciales han sido señaladas como una de las innovaciones más importantes en las prácticas de los tribunales de altas instancias latinoamericanos. Estas audiencias prometen una renovación en los modos de pensar las tensas relaciones entre el poder judicial –especialmente su facultad de revisión de constitucionalidad– y la democracia a partir de la apertura del espacio judicial al diálogo y la participación de la ciudadanía, de las modalidades de intervención judicial para la protección de derechos, y de los aspectos simbólicos y políticos de herramientas que usualmente se reconocen como meramente procesales. A la luz de esos objetivos de renovación dialógica, pragmática y simbólica de las prácticas judiciales que abrieron las audiencias, este trabajo testeó su grado de concreción a través de un estudio de los efectos de las audiencias públicas realizadas por la Corte Suprema de Justicia argentina en sus decisiones desde finales de 2004 hasta el 2017 inclusive.

Palabras clave

Corte Suprema, audiencias públicas, participación ciudadana, deliberación, decisión judicial.

Abstract

The implementation of public hearings in judicial fora in the last decades has been considered from different perspectives one of the most important innovations in the practices of Latin American Courts. They promise a renovation in the ways of accommodating the tension between the role of Courts (especially their function of judicial review) and democracy; in the models of judicial decision making, and they point to the symbolic dimension of procedural rules and practices. This paper presents a study that tests the accomplishment of these promises tracing the impact of public hearings in the decisions of the Supreme Court of Argentina in the period between 2004 and 2017.

Keywords

Supreme Court, public hearings, public participation, deliberation, judicial decision making.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El universo de causas con audiencias públicas: agenda y perfil de Corte. 3. Las sentencias en causas con audiencias públicas: cómo se resolvieron los casos. 4. El impacto de las audiencias públicas en las sentencias: una tipología de usos. 4.1. Usos bilaterales. 4.2. Usos unilaterales. 5. A modo de conclusión.

1. Introducción

La innovadora práctica de los últimos años de realizar audiencias públicas por los más altos tribunales latinoamericanos en algunos asuntos trascendentales ha sido destacada de diversas maneras. En lugar de considerar a esas audiencias como meras herramientas procesales, ellas han renovado los modos de pensar las relaciones tensas entre el poder judicial y la democracia (Gargarella, 2014a; Tushnet, 2015), las modalidades de intervención para la protección judicial de los derechos (Brinks y Gauri, 2014), y los aspectos simbólicos y políticos de las prácticas judiciales (Barrera, 2012; Abramovich, 2013).

Desde la teoría constitucional, el llamado “constitucionalismo dialógico” ha centrado su atención en estrechar vínculos entre el constitucionalismo y la democracia, sobre todo en relación con el rol del Poder Judicial y las altas Cortes (Gargarella, 2014a). Como es sabido, la relación Cortes-democracia no está exenta de tensiones. Basta con advertir que, en tan elevada tarea, esos jueces supremos ostentan escasas credenciales desde el postulado del autogobierno dada su forma de elección, duración y ausencia de inmediato control por parte de la sociedad (Gargarella, 1996). A ese notable “déficit democrático” cabe añadir que las decisiones de los jueces supremos, al interpretar en última instancia la Constitución, no gozan del “valor epistémico” que sí tiene el proceso democrático (Nino, 2003). A su vez, dicha tensión se magnifica en procesos judiciales escriturarios y sigilosos, signados por la nula participación de la sociedad y la escasa información disponible para la ciudadanía hasta que las Cortes adoptan una decisión final. Frente a esos problemas, los constitucionalistas partidarios del diálogo destacan una serie de arreglos y herramientas institucionales dentro de las estructuras judiciales que las abran y las vuelvan más permeables a preocupaciones, intereses y participación ciudadanas. Dentro de esa serie de herramientas que incluyen la ampliación de las formas de acceso a los tribunales, la introducción de figuras procesales como los *amici curiae* que permiten la participación de sujetos distintos de las partes, o de mecanismos de diálogo entre poderes; las audiencias públicas son una pieza central. Estas últimas son precisamente las que pueden permitir la participación de los distintos afectados

por las decisiones, otorgar voz a aquellos que usualmente quedan relegados en el foro político, establecer espacios de diálogo y deliberación públicos entre los jueces y distintos actores relevantes para resolución de los casos, dotar de transparencia y publicidad a las discusiones e invitar a la ciudadanía a involucrarse en discusiones constitucionales.

Por otro lado, las audiencias públicas también han sido puestas en primer plano por aquellos interesados en explorar, desde puntos de vista más pragmáticos, las formas de intervención judicial que logran realizar los derechos de maneras más exitosas. El estudio de Brinks y Gauri (2014) sobre las intervenciones judiciales en materia de derechos económicos y sociales sugiere que los modelos tradicionales basados en esquemas confrontativos que establecen un “ganador y un perdedor” y definen remedios del tipo “comando y control”, donde los jueces deliberan a espaldas de los actores políticos e imponen soluciones “desde arriba hacia abajo”, resultan particularmente problemáticos no sólo en el plano teórico vinculado a las preocupaciones democráticas señaladas en el párrafo anterior -agravadas aquí por el carácter complejo y sensible de los casos-, sino también en términos de efectiva implementación. En este punto, señalan que resultan más exitosas las intervenciones judiciales que desplazan los modelos adversariales y se enfocan en “promover el diálogo entre los actores interesados como una forma de descubrir y hacer más concretas las obligaciones asociadas a la violación de los derechos” (Brinks y Gauri, 2014:304). Las audiencias aparecen en esta literatura como una de las herramientas clave para promover intervenciones judiciales dialógicas que pongan en contacto a los diferentes actores involucrados en casos complejos; hagan pública o generen información relevante para la decisión; y mantengan una dinámica de cooperación no confrontativa entre las partes y los jueces que los aleje de los problemas que acarrea el modelo de órdenes unilaterales donde aquéllos se arrogan la última palabra. En estos esquemas, las Cortes no evitan intervenir en problemas complejos que usualmente quedaban fuera del ámbito del control judicial y asumen un papel activo en la promoción de discusiones públicas sobre estos temas, así como también se convierten en impulsores de cambios sociales o de reforma institucional allí donde los canales políticos parecían bloqueados e inmunes al cambio. Tampoco interfieren, por el carácter dialogado del proceso de toma de decisiones, en el espacio de decisión política que corresponde a la democracia, ni corren riesgos –o éstos aparecen en menor medida– de deslegitimación ante el fracaso en la implementación de sus decisiones.

Además de apuntar a esos objetivos dialógicos y pragmáticos, las audiencias públicas también pueden verse desde su dimensión simbólica. Al mostrar al Tribunal en sus actividades decisorias, ayudan a construir una imagen que perfila un rol institucional y una agenda política de prioridades. Víctor Abramovich (2013: 21-22) define el funcionamiento de esta dimensión de la siguiente manera: las audiencias “le dan visibilidad a los casos y al propio Tribunal (...) [l]os casos que se seleccionan [para celebrar audiencias] pueden ser vistos como una suerte de agenda política de prioridades de la Corte Suprema, lo que habilita un escenario para desarrollar un mayor activismo judicial en determinadas temáticas constitucionales”. A su vez, estudiando el caso de la Corte argentina, Leticia Barrera (2012: 141) situó a las audiencias como “instrumentos políticos en los que el mandato de impartir justicia se articula con la necesidad de dotar a la Corte de un rostro público, en un esfuerzo por extender su visibilidad más allá de aquellos que se encuentran involucrados en el caso concreto”. Las audiencias otorgan a los casos “relevancia institucional”, demarcan el tipo de prioridades del Tribunal y construyen un perfil institucional público y visible.

En este sentido, las audiencias públicas han sido implementadas por las Cortes de la región en momentos en los que enfrentaban el desafío de reconstruir una imagen de autoridad legítima que había sido minada durante las décadas pasadas, o bien en el marco de cambios constitucionales recientes que requerían implementación. En el caso de Colombia, la incorporación de la práctica de celebrar audiencias públicas se inició ligada a la reforma constitucional de 1991; en Brasil, las audiencias fueron contempladas por dos leyes de 1999; y en Argentina la inclusión de las audiencias, primero informalmente, y luego por la Acordada 30/2007 de la Corte, sucedió en el período de reconstrucción de legitimidad del Tribunal luego de la crisis de 2001-2002. En los tres casos referidos –Colombia, Brasil y Argentina— se convocaron audiencias públicas en casos complejos que ampliaban los límites de lo justiciable para incluir problemáticas de alto impacto social— problemas de hacinamiento carcelario, contaminación de una de las cuencas hídricas más importantes del país, temas de salud pública, desplazamiento de personas, i.a.— situando a los Tribunales como agentes activos de transformación social.

En Argentina, los problemas asociados a esas tres cuestiones –las relaciones tensas entre el Poder Judicial y la sociedad; problemas de transparencia y de impacto de decisiones judiciales; y la necesidad de reconstruir la legitimidad de la Corte— se pusieron en primer plano y se volvieron más acuciantes luego de la crisis que atravesó el país desde fines de 2001. A partir de ese momento, ante las protestas de diversos sectores de la sociedad y en un clima de alto desprestigio de la Corte, no solo se renovó casi por completo el elenco de jueces supremos a través de mejorados procedimientos de designación¹, sino que también se puso en marcha un proceso de reforma institucional en el que la incorporación de la práctica de las audiencias públicas tuvo un lugar central². Esta práctica abrió entonces una serie de promesas vinculadas a una renovación dialógica, pragmática y simbólica del máximo tribunal del país. Entre finales de 2004 y de 2014, la Corte convocó a audiencias públicas en forma variable pero sostenida. Esta práctica prosiguió sin solución de continuidad tanto cuando se diera la paulatina reducción de la membresía de aquella Corte de siete integrantes (durante 2014, por fallecimientos de Argibay y Petracchi y en 2015, con renuncias de Zaffaroni al inicio y de Fayt, al final de ese año), desintegración transitoria del Tribunal (hasta mediados de 2016) como con la Corte de cinco jueces en su actual composición (con la incorporación de los últimos nuevos miembros: Rosatti y Rosenkrantz).

En un trabajo más amplio que se concentra en el período de la Corte de siete jueces (finales 2004 a 2014), hemos considerado a las audiencias públicas como un continuum que combina oralidad y escritura, publicidad y secreto, y que se despliega en los momentos previos a la realización del acto –la selección de casos y de participantes, público y oradores–; durante el acto mismo cuando jueces y participantes se encuentran en la Sala de Audiencias del Tribunal; y un momento posterior, después de las audiencias, cuando la Corte decide los casos (Benedetti y Sáenz, 2016). En este trabajo nos volvemos a detener en ese “después” de las audiencias para testear el grado de concreción de aquellos objetivos de renovación dialógica, pragmática y simbólica que se abrieron en Argentina a través de un estudio

¹A los dos jueces nombrados en 1983 bajo la gestión de Alfonsín (Fayt y Petracchi) y al único nombrado en el interinato de Duhalde (Maqueda), en virtud del Decreto 222/03 y la reforma del reglamento senatorial de ese año, entre mediados de 2003 y principios de 2005 se le suman cuatro nuevos integrantes, entre los que se incluyen las dos primeras mujeres nombradas en democracia: Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

² Las audiencias públicas se incorporaron primero como mecanismo para dotar de transparencia y también incluir cierta dosis de participación ciudadana en el proceso de designación de magistrados supremos. Luego, la Corte misma las incorporó a su repertorio institucional como parte de los procedimientos para tomar decisiones en algunos casos.

del impacto de la práctica de las audiencias públicas en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia argentina en aquellos casos en los que fueron convocadas. Para ello tomaremos el período que transcurre desde su implementación durante la renovación institucional que se consolidó entre fines del 2004 y comienzos de 2005, hasta el año 2017 inclusive.

En ese marco, se presenta en primer lugar el tipo de casos en los que la Corte decidió convocar audiencias públicas y el perfil de Corte que esos casos delinean (sección 2). Luego se destacan los resultados en términos de protección de derechos y se revisan las formas de intervención judicial que se pusieron en marcha a través de las sentencias emitidas en los casos que contaron con audiencias públicas (sección 3). Por último, se analizan los impactos concretos de las deliberaciones de las audiencias en las sentencias dictadas por la Corte hasta diciembre de 2017 (sección 4). Sobre el final, se recuperan los hallazgos y se esbozan algunas reflexiones.

Con ese plan, resta aclarar que el universo de análisis que se tomará como base está constituido por las sentencias de aquellos casos en los que se convocó a audiencias públicas en el período señalado. Nuestros resultados estarán en este punto limitados a testear qué sucedió en las decisiones finales del Alto Tribunal argentino en los casos que contaron con audiencias, en qué medida funcionaron para abrir intervenciones judiciales diferentes a las tradicionales, qué sucedió en términos de resultados en los casos seleccionados, y en especial cuánto, cómo y qué de las deliberaciones de las audiencias pasó al texto escrito de las sentencias ulteriores. No se realiza entonces un estudio que introduzca a estos casos dentro de un universo mayor que sirva como parámetro de comparación para examinar el tipo de modificaciones que pueden plantear las audiencias en, por ejemplo, una determinada área de litigio, aunque esperamos que nuestro análisis pueda ser de utilidad para emprender esos estudios.

2. El universo de causas con audiencias públicas: agenda y perfil de Corte

Con anterioridad al período que aquí se revisa, la Corte Suprema de nueve jueces había realizado algunas audiencias públicas esporádicas en aislados casos decididos durante los años noventa e inicios del siglo XXI, pero fue durante el período de reconstrucción del Tribunal cuando la práctica comenzó a instalarse de manera gradual pero persistente. En el período completo (2004-2017) se realizaron un total de treinta y dos audiencias públicas (con 43 jornadas) en veinticinco causas diferentes.

Antes del dictado de la Acordada 30/2007, las primeras audiencias públicas celebradas en el período se realizaron (diciembre de 2004 y abril de 2005) en el resonante caso “Verbitsky”³ donde se discutía la grave situación de hacinamiento en comisarías y cárceles de la provincia de Buenos Aires. A esa causa, le siguieron otras varias audiencias en el bienio 2006-2007 en el caso “Mendoza”⁴ y una sola el 6 de noviembre de 2007 en el caso “Defensor del Pueblo v. Chaco”⁵, sobre la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo el primero y la situación de

³“Verbitsky, Horacio s. hábeas corpus”.

⁴“Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado nacional y otros s. daños y perjuicios”.

⁵“Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional y otra (Provincia del Chaco) s. proceso de conocimiento”.

emergencia humanitaria de comunidades indígenas del pueblo Qom de la provincia del Chaco el segundo.

Si en “Verbitsky” la Corte había invocado para convocar a esas audiencias públicas las llamadas “facultades ordenatorias e instructorias” que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le otorga a todos los jueces, en los otros dos casos subsiguientes comenzó a ensayar regulaciones *ad hoc* para las respectivas audiencias⁶. Esas primeras regulaciones dieron paso luego a la institucionalización formal de la práctica en noviembre de 2007 por medio de la Acordada 30 de la Corte⁷. Allí se especificaron una serie de objetivos generales que se pretendían lograr con las audiencias (“elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial”, alentar la “participación ciudadana” y la “difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos” en casos de relevancia institucional) y se fijaron tan sólo once “reglas básicas” minimalistas para el desarrollo de las audiencias. Se las clasifica por su objeto en “informativas” (para “escuchar e interrogar a las partes”); “conciliatorias” (para “instar a las partes a la búsqueda de soluciones no adversariales”); y “ordenatorias” (a fin de “tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de las causas”). Y las restantes reglas se dirigen a ordenar los momentos previos a la audiencia (se convocan por decisión de al menos tres ministros de la Corte); el acto de la audiencia misma (posibilidad de interrogar a los expositores sin que ello implique prejuzgamiento); y algunos aspectos del momento posterior (registro y difusión de la audiencia). A los fines de este trabajo, cabe destacar que si bien la regulación en ningún momento asigna el valor o tratamiento que debe darse a las deliberaciones de las audiencias en las sentencias⁸, la Corte luego ha establecido, en relación al valor de las audiencias en sede administrativa, que “[e]s imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad [convocante] (...) si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no (...) únicamente (...) legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad (...). Este derecho compromete, precisamente, ese momento decisivo, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia”⁹.

Después de la Acordada 30/2007, desde el año 2008 hasta diciembre de 2017, a pesar de la paulatina y referida reducción del elenco de la Corte de siete y la desintegración transitoria del Tribunal hasta la incorporación de dos nuevos miembros, la Corte mantuvo la práctica y convocó un total de veinticinco audiencias públicas –que insumieron en varios casos más de una jornada-- en otras veintidós nuevas causas. Todas esas audiencias públicas post-acordada se convocaron como de tipo informativas en los términos de la regulación, salvo una del año 2017 que fue del tipo informativa y conciliatoria, aunque del relevamiento surge que en tres aislados

⁶ En el caso “Mendoza”, estableció un “Reglamento de la audiencia convocada” por resolución del 30/08/2006 y en “Defensor del Pueblo”, la resolución del 26/10/2007 estableció “pautas para el desarrollo del acto”.

⁷ Un análisis crítico de los fundamentos y reglas de la Acordada, en: Benedetti-Sáenz (2016: 57-82).

⁸ Esta ausencia contrasta con las dos regulaciones de la Corte en materia de *amicus curiae*, que disponen controversialmente que “[...]as opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a esta, pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal” (Ac. 28/2004, art. 5; y Ac. 7/2013, art.13).

⁹ “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros v. Ministerio de Energía y Minería s. Amparo” de 18/8/2016 (*Fallos* 339:1077).

casos hubo otro tipo de audiencias no previsto en la acordada: de supervisión o seguimiento de una decisión previa adoptada por la Corte¹⁰.

En 2008, primer año de la vigencia de la mencionada Acordada, se realizaron cinco audiencias públicas en cinco causas:

- 23 de abril, en “Patitó v. La Nación”¹¹, donde se volvían a discutir los alcances del derecho a la libertad de expresión;
- 7 de mayo, en “Gentini”¹², sobre el carácter operativo de la participación obrera en las ganancias dispuesta por ley e incumplida por el Poder Ejecutivo;
- 2 de julio, en “Halabi”¹³, en la que se discutía el alcance *erga omnes* de la inconstitucionalidad de la llamada ley “espía”, que imponía a prestadores de servicios de telecomunicaciones captar y almacenar comunicaciones;
- 16 de julio, en “AFIP v. Intercorp”¹⁴, acerca de la potestad de la agencia de recaudación de embargar sin orden judicial en ejecuciones fiscales;
- 24 de septiembre, en “Colegio Público de Abogados”¹⁵, sobre la inconstitucionalidad de un decreto del Ejecutivo que, en virtud de una delegación legislativa, excluía a abogados del Estado nacional de matricularse y pagar bono a dicha entidad profesional;

Durante 2009, se realizaron cuatro audiencias en otras cuatro causas:

- 18 de febrero, en “Dino Salas”¹⁶, un amparo colectivo de comunidades indígenas y una asociación criolla contra desmontes y tala indiscriminada de bosques nativos en la provincia de Salta;
- 1º y el 15 de abril, respectivamente en “Sánchez”¹⁷ y “Pellejero”¹⁸, ambos en materia de continuidad del vínculo laboral; y,
- 6 de mayo, en “Schröder”¹⁹, sobre reintroducción al país de residuos nucleares en virtud de un contrato internacional.

En el bienio 2010-2011, la celebración de audiencias públicas desciende y parece estabilizarse en dos por año. Así, en el año 2010, se celebraron las audiencias en “Provincia de Santa Fe”²⁰ y “Provincia de Catamarca”²¹, donde se discutían cuestiones vinculadas con fondos detraídos por el Gobierno nacional a sendas provincias. Durante el año 2011, se efectivizó la audiencia informativa en “Quisberth”²², sobre la exigibilidad y el alcance del derecho a la vivienda; y se retoma la secuencia de audiencias de supervisión en “Mendoza”.

El primer pico de seis jornadas de audiencias en cuatro causas se registra durante el año 2012. La causa “Mendoza” contó en ese año con tres jornadas

¹⁰ Para supervisar: medidas cautelares dispuestas en “Defensor del Pueblo v. Chaco” y “Dino Salas”; y, especialmente, la sentencia de fondo de 2008, en “Mendoza”.

¹¹ “Patitó, José Ángel y otro v. Diario La Nación y otros”.

¹² “Gentini, Jorge Mario y otros v. Estado nacional–Ministerio de Trabajo y Seguridad s. part. accionariado obrero”.

¹³ “Halabi, Ernesto v. PEN – Ley 25 873-dto. 1563/2004 s. amparo Ley 16 986”.

¹⁴ “AFIP v. Intercorp SRL s. ejecución fiscal”.

¹⁵ “Colegio Público de Abogados de Capital Federal v. EN-PEN–Ley 25 414-dto.1204/2001 s. amparo”.

¹⁶ “Salas, Dino y otros v. Salta, Provincia de y Estado nacional s. amparo”.

¹⁷ “Sánchez, Carlos Próspero v. Auditoría General de la Nación”.

¹⁸ “Pellejero, María Mabel s. amparo s. apelación”.

¹⁹ “Schröder, Juan v. INVAP SE y EN s. amparo”.

²⁰ “Santa Fe, Provincia de v. Estado nacional s. acción declarativa de inconstitucionalidad”.

²¹ “Catamarca, Provincia de v. Estado nacional y otros. acción declarativa de certeza”.

²² “Q.C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo”.

consecutivas de audiencias públicas de supervisión. En ese mismo año, también se celebraron tres audiencias de tipo informativo en tres causas:

- 7 y 28 de marzo, en sendas causas que involucraban derechos colectivos de pueblos indígenas del norte argentino: "La Primavera-Novogoh"²³ y "Santuario Tres Pozos"²⁴,
- 22 de noviembre, en "ADC v. PAMI"²⁵, sobre acceso a la información pública.

Durante el bienio 2013-2014, últimos de la Corte de siete miembros, realiza dos jornadas de audiencias públicas en una causa por año:

- 28 y 29 de agosto 2013, en "Grupo Clarín"²⁶, donde se discutía la constitucionalidad de varias disposiciones de la "Ley de medios"; y
- 21 y 29 de mayo 2014, en "Rodríguez v. Google"²⁷, sobre los alcances del derecho al honor y a la imagen frente a la libertad de expresión y responsabilidad ulterior a través de internet.

Ya con una Corte desintegrada transitoriamente, durante el año 2015 se realizaron dos audiencias públicas:

- 13 de agosto, en "Sindicato Policial"²⁸, donde se discutía el derecho a sindicalizarse de esa fuerza de seguridad bonaerense;
- 10 de septiembre, en "Orellano"²⁹, sobre la titularidad del derecho de huelga.

En el último tramo del período relevado, el bienio 2016-2017, ya con la Corte de cinco jueces en su actual composición, se continúa la práctica de las audiencias públicas inaugurada más de una década atrás. Mientras en 2016 se produce una especie de retroceso momentáneo en la práctica en la medida que solamente se convoca a una audiencia de supervisión nuevamente en la megacausa "Mendoza"; en cambio, en 2017 se alcanza un segundo pico en la práctica, esta vez por el número de jornadas de audiencias (6) en tres nuevos casos:

- 14 de junio, en "Río Atuel"³⁰, donde se vuelve a debatir el problema de los usos consuntivos de dicho río entre sendas provincias ya sentenciado en 1987, con una doble singularidad en toda la práctica de las audiencias: es la primera vez que se convoca a una de tipo informativa y de conciliación, y que la Corte interviene en virtud de su competencia dirimente (art.127 CN);
- 16, 17, 30 y 31 de agosto, en "Castillo"³¹, un proceso colectivo iniciado por una ONG y un grupo de madres contra la educación religiosa en escuelas públicas de la provincia de Salta dispuesta por una ley local; y
- 8 de noviembre, en "Laguna La Picasa"³², conflicto interprovincial en competencia originaria ante inundaciones provenientes de esa laguna santafesina.

²³ "Comunidad Indígena Toba La Primavera-Novogoh v. Formosa, Provincia de s. incidente de medida cautelar".

²⁴ "Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros v. Jujuy, Provincia de y otros s. amparo".

²⁵ "Asociación Derechos Civiles v. EN-PAMI s. amparo".

²⁶ "Grupo Clarín SA y otros v. PEN y otros, acción meramente declarativa".

²⁷ "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s. daños y perjuicios".

²⁸ "Sindicato Policial Buenos Aires v. Ministerio de Trabajo s. Ley de Asociaciones Sindicales".

²⁹ "Orellano, Francisco Daniel v. Correo Oficial de la República Argentina SA, juicio sumarísimo".

³⁰ "La Pampa, Provincia de v. Mendoza, Provincia de s. uso del agua".

³¹ "Castillo Carina Viviana y otros v. Provincia de Salta–Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s. amparo".

³² "Buenos Aires, Prov. de v. Santa Fe, Prov. de s. sumarísimo–derivación de aguas".

Sobre ese total de veinticinco causas con audiencias públicas, las materias constitucionales allí abordadas permiten reconstruir la agenda de trabajo que el Alto Tribunal quiso mostrar y el perfil que decidió construir públicamente.

Una amplia mayoría de causas con audiencias versaron sobre conflictos acerca del alcance y contenido de distintas clases de derechos, donde se advierte una marcada influencia de la última reforma constitucional de 1994 que amplió la lista tradicional, incluyendo “nuevos derechos” o imprimiendo nuevos contenidos a los ya reconocidos a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos rejerarquizados. En este punto, la Corte decidió mostrarse, mediante las audiencias públicas, como un actor relevante en la discusión e implementación de la Constitución reformada.

A su vez, dos características de esos casos resultan salientes y refuerzan el perfil “activista progresista” en los términos de García Villegas y Uprimny (2004: 277-279), que la Corte quiso construir para sí misma. Una primera característica es que no sólo se incluyó en su agenda de audiencias casos vinculados a los derechos sociales y colectivos, tradicionalmente resistidos a ser tratados por los tribunales, sino que les ha prestado también mayor atención a estos casos frente a aquellos referidos a los clásicos derechos civiles. Así, se debatieron en las audiencias cuestiones vinculadas a derechos sociales laborales individuales y grupales –estabilidad en el empleo, despido discriminatorio, participación obrera en las ganancias, sindicalización, huelga–; derechos sociales extra-laborales generalmente rechazados por los tribunales como el acceso a la vivienda digna; y un cúmulo de casos colectivos que incluyeron el derecho al acceso a la información, derechos ambientales y, derechos de las personas privadas de libertad y de los pueblos indígenas.

Por otra parte, varios de esos casos involucran a su vez problemas estructurales persistentes, y aquí la Corte lejos de inhibirse de tratarlos, los aceptó como parte del campo justiciable y, al menos, les otorgó visibilidad pública a través de las audiencias. Si bien los “casos estructurales” pueden caracterizarse de formas diferentes y contendientes –disputa que excede el marco de este trabajo–, existen una serie de rasgos sobre los que puede señalarse algún acuerdo mínimo.

En primer lugar, los casos estructurales se pueden distinguir de aquellas causas que Lon Fuller definió como “bipolares”: disputas en las que dos partes enfrentadas compiten por una resolución favorable frente a un juez. Frente a esos casos tradicionales, Fuller colocaba a los casos “policéntricos” que proporcionan la base para definir al caso estructural, pues “tienen ‘muchos centros’, cada cruce de hebras es un centro distinto para distribuir tensiones”, que excede las pretensiones discretas y enfrentadas del litigio tradicional para incluir una perspectiva mayor en la que se insertan esos núcleos problemáticos múltiples (Fuller, 1978: 27). Por otro lado, Abram Chayes también distingue lo que denomina “litigio de derecho público” del pleito tradicional, en función de que “las demandas no se generan a partir de disputas entre partes privadas acerca de derechos privados. En su lugar, el objeto del litigio es la reivindicación de políticas constitucionales o legales” (Chayes, 1976: 1284). Este cambio de eje implica, para ambos autores, una serie de efectos que dejan de lado la estructura de intervención judicial de partes enfrentadas hacia otra “expandida y amorfa”, con “procesos de negociación y mediación en todos los estadios” donde el juez se “apoya no sólo en las partes y sus abogados, sino también en un amplio abanico de figuras extrañas al caso tradicional: expertos, personal de supervisión” y *amici curiae* entre otros (Chayes, 1976: 1284).

En estos casos estructurales, las audiencias se presentan como mecanismos ideales no sólo para gestionar el proceso, sino también para abrirlo a diferentes voces

y diferentes perspectivas, o bien a las necesarias “negociaciones y mediaciones” que pueden ayudar a resolver cuestiones que se presentan con múltiples matices de complejidad. Dentro del universo de causas seleccionadas para celebrar audiencias, podría afirmarse que sin duda encuadran en la definición básica: las primeras seleccionadas por la Corte entre fines de 2004 y 2007 (“Verbitsky”; “Mendoza”; y “Defensor del Pueblo v. Chaco”) y dos de las últimas del año 2017 (“Río Atuel” y “Laguna La Picasa”). Por su parte, también podrían tener implicaciones de reforma estructural en políticas del Estado además de involucrar a diversos actores heterogéneos: el grupo de casos iniciados por varias comunidades de distintos pueblos indígenas (“Dino Salas”, “Santuario Tres Pozos” y “Comunidad La Primavera”); y los casos “Schröder”, “Quisberth”, “Grupo Clarín”, “ADC v. PAMI”, o “Castillo”.

Sin perjuicio de que el panorama de causas elegidas para realizar audiencias resulta alentador, en el sentido de apuntar a involucrar al Tribunal en un rol activo que concrete los contenidos progresistas de la Constitución reformada en 1994 de manera pública y abierta, debe destacarse la ostensible discrecionalidad de la Corte tanto en la elección de causas como en la habilitación de participantes con derecho a hablar en las audiencias³³. Desde este último punto de vista, resulta relevante destacar aquí un notable sesgo que puede estrechar otro de los aspectos simbólicos de las audiencias: la imagen que proyecta de lo que podría ser y a quién/es debería incluir el debate sobre los derechos y la organización de la vida pública. En ese sentido, los titulares de los derechos, en tanto afectados directos y pertenecientes a sectores cuyas voces no son escuchadas habitualmente en materia constitucional ante la Corte y usualmente excluidos del foro público, solo pudieron hacer oír su voz en escasas oportunidades —en las cuatro causas que involucraron a comunidades indígenas en la parte actora; o a través de la figura de “Amigos del Tribunal” (en las dos causas sobre derechos laborales grupales en 2015,³⁴ y en dos de las causas del año 2017)—³⁵. La abrumadora presencia de actores que ya eran reconocidos como participantes en el diálogo constitucional —abogados y expertos—puede llevar en la práctica a mantenerse como un “diálogo entre élites” más que como un foro abierto a la participación ciudadana.

Por otro lado, y ligado a lo anterior, los *amici curiae* que expusieron oralmente en las audiencias públicas también tuvieron una presencia relativamente baja. A lo largo del período completo relevado participaron en solo 14 causas sobre 25 totales. No obstante, puede subdividirse el período completo en dos fases sucesivas y dispares, cada una de las cuales coinciden con la primera y la segunda autorregulación de la propia Corte de dicha figura, sin advertirse gravitación alguna de la acordada de audiencias.

En efecto, en la primera y más extensa fase, bajo la Acordada 28/2004, desde fines de 2004 hasta 2012 inclusive, siempre con la Corte de siete miembros, resulta sorpresivamente baja la cantidad de causas con *amici* (en sólo siete de dieciocho casos con audiencias en esa fase (40%) intervienen un total de diez *amici*). En cambio, en la segunda y más breve fase (2013-2017), ya bajo la Acordada 7/2013, se advierten las siguientes peculiaridades distintivas que parecen marcar a futuro la orientación de la práctica: toda audiencia pública cuenta siempre con plurales presencias de “Amigos de Tribunal”, con la salvedad de la megacausa “Mendoza”: y

³³ Para un análisis del cuándo, cómo y por qué de las convocatorias entre 2004-2014, ver: Benedetti-Sáenz 2016, pp. 115-126.

³⁴ *Amicus* de extracción sindical en “Sindicato policial” y “Orellano”.

³⁵ *Amicus* de comunidades del pueblo Rankulche ubicados en La Pampa, en “Río Atuel”, un productor cordobés en “Laguna La Picasa”. En cuanto a “Castillo”: por la parte actora, una madre de una niña salteña expuso en video en la última jornada; y como terceros a favor de Salta algunos docentes.

siete sobre ocho casos con audiencias en esta última fase involucran a *amici* (90%), llegando a exponer en ellas un total de noventa y tres apoyando a una u otra parte.

3. Las sentencias en causas con audiencias públicas: cómo se resolvieron los casos

Del total de veinticinco causas que el Tribunal seleccionó discrecionalmente para celebrar audiencias públicas, fueron resueltas definitivamente veintidós de ellas hasta fines de 2017³⁶, es decir, que al momento de corte de este ensayo restan resolver sólo tres de aquellas causas: “Defensor del Pueblo v. Chaco”, “La Primavera”, y “Laguna La Picasa”.

Cuadro núm. 1: Universo de causas con sentencia post-audiencia

Causa	Audencia Pública	Sentencia	
		Fecha	en Fallos
“Verbitsky”	01/12/04 - 14/04/05	03.05.2005	328:1146
“Patitó v. La Nación”	23/04/08	24.06.2008	331:1530
“Mendoza” II	05 y 12/09/2006, 20/02/2007, 04-05/07/2007	08.07.2008	331:1622
“Gentini”	07/05/08	12.08.2008	331:1815
“Colegio de Abogados”	24/09/08	04.11.2008	331:2406
“Halabi”	02/07/08	24.02.2009	332:111
“Sánchez”	01/04/09	06.04.2010	333:335
“Schröder v. INVAP”	06/05/09	04.05.2010	333:570
“AFIP v. Intercorp”	16/07/08	15.06.2010	333:935
“Pellejero”	15/04/09	07.12.2010	333:2296
“Prov. de Catamarca”	28/04/10	31.05.2011	-
“Dino Salas”	18/02/09	13.12.2011	334:1754

³⁶ La megacausa “Mendoza” cuenta con dos sentencias que resuelven: una el fondo del asunto (2008); y otra, las excepciones interpuestas por los múltiples demandados al contestar demanda y reiteradas en la audiencia especialmente convocada a tal fin.

“Quisberth”	15/09/11	24.04.2012	335:452
“ADC v. PAMI”	22/11/12	04.12.2012	335:2393
“Santuario Tres Pozos”	28/03/12	18.12.2012	-
“Grupo Clarín”	28-29/08/2013	29.10.2013	336:1774
“Rodríguez v. Google”	21 y 29/05/2014	28.10.2014	337:1174
“Mendoza”	28-29-30/11/2007	19.02.2015	338:80
“Prov. de Santa Fe”	17/03/10	24.11.2015	338:1356
“Orellano”	10/09/15	07.06.2016	339:760
“Sindicato Policial”	13/08/15	11.04.2017	340:437
“Río Atuel”	14.06.2017	01.12.2017	340:1695
“Castillo”	16-17- 30 y 31/08/17	12.12.2017	340:1795

Entre las tres causas que aún no fueron resueltas, aparecen dos con ostensible demora: “Defensor del Pueblo v. Chaco” y “La Primavera”. Sus audiencias públicas se celebraron en 2007 y 2012, respectivamente, y aún no cuentan con sentencia a pesar del largo tiempo ya transcurrido frente a la gravedad y urgencia de las cuestiones que involucran a comunidades del pueblo indígena Qom del noreste del país. Esta inadmisible mora en adoptar decisiones finales sugiere que las audiencias podrían agotarse en un mero efecto simbólico, como si su puesta en escena judicial sólo hubiera funcionado para visibilizar esos acuciantes problemas que estaban ocultos en el foro público.

Más allá de estos anómalos supuestos, interesa empezar por revisar las formas en que se materializó el objetivo simbólico de las audiencias, y si en los casos con audiencias se establecieron formas de resolver los conflictos que excedieran el esquema tradicional que establece un “ganador y un perdedor” para testear esa promesa que la literatura destaca en relación con las audiencias (Brinks y Gauri, 2014)³⁷. Desde este punto de vista, la Corte muestra otras facetas distintas a la presentada en la sección anterior.

En la mayoría de las sentencias que terminan acogiendo la protección del derecho invocado, la práctica de las audiencias no parece haber tenido un mayor impacto en las formas tradicionales de decisión que Brinks y Gauri (2014) denominaban de “comando-control” o que establecen un ganador y un perdedor, y las sentencias se presentan entonces como un cierre al diálogo que intentaban abrir las audiencias. Una forma de revisar esta hipótesis es en relación con el universo de

³⁷ En este punto, este trabajo no realiza una caracterización de las formas de resolver los casos de la Corte Suprema en general para obtener un parámetro de comparación con aquellos casos en que no hubo audiencias públicas. El resultado en un punto negativo al que arribamos en el universo reducido de casos con audiencias coincide con el señalado por estudios de un tenor diferente. Sobre el impacto de la audiencia pública en el litigio sobre derecho a la salud en Brasil, donde se destaca que la audiencia realizada por el Tribunal Superior en 2009 no modificó la forma de tratar y resolver esos problemas, ver Aasen et al. (2014: 128).

casos que pueden considerarse estructurales. Del grupo enumerado párrafos atrás que cuenta con sentencias, sólo tres de ellos fueron construidos por los jueces de la Corte como tales –“Verbitsky”, “Mendoza” y “Río Atuel”—y en ellos, que pueden considerarse las excepciones, se pusieron a funcionar formas dialógicas de velar judicialmente por la aplicación de los derechos, un “modelo de toma de decisión (...) de tipo iterativo experimental” que presenta a la sentencia como un mojón de una línea de conversaciones que se inician con las audiencias y se continúan luego de la sentencia (Brinks y Gauri, 2014: 308). La excepción del caso “Mendoza” es de todos modos significativa: tuvo su sentencia de fondo durante el año 2008 luego de varias audiencias; después de esa sentencia y la Corte decidió convocar otras tantas audiencias no previstas en la regulación de 2007 a los efectos de “supervisar el cumplimiento” de su decisión. En este caso, el Tribunal decidió comprometerse con la implementación de sus decisiones y las audiencias funcionaron para abrir una forma diferente de intervención judicial que contempla además de la fase de “activismo valorativo” donde se definen los derechos en juego, otra fase de “activismo remedial” donde se rediscuten esos derechos en función del remedio que se construye en torno a conversaciones sensibles al contexto y al despliegue del problema en el tiempo (García Villegas y Uprimny, 2004; Bergallo, 2014).

A su vez, el perfil “activista progresista” que refleja la agenda de casos seleccionados por la propia Corte para convocar en ellos a audiencias públicas, contrasta con algunas sentencias que rechazaron la demanda de protección de derechos por motivos formales o mera falta de prueba. Cinco sentencias referidas a disputas de derechos se pueden incluir en esta categoría de resoluciones que rechazan la pretensión: por considerar que no corresponde a la competencia originaria el amparo contra desmontes y tala de bosques nativos en Salta (“Dino Salas”); igual que el anterior y por no encontrar probada la existencia de un caso contencioso sobre exploración de litio y borato en Jujuy (“Santuario Tres Pozos”), por no constatar daño grave o irreversible que habilite la legitimación activa colectiva contra el ingreso al país de residuos radiactivos (“Schröder”), por discriminación en el despido (“Pellejero”), o por continuidad en la contratación sucesiva por la administración nacional (“Sánchez”).

Por otro lado, estos dos últimos casos arrojan alguna sombra de duda adicional sobre los usos simbólicos que le dio la Corte a las audiencias. Ambos casos seleccionados para discutirse públicamente en audiencias rechazaron la pretensión actora y fueron resueltos de manera coetánea con otros dos que reeditan los mismos problemas, pero sin audiencias: “Álvarez”³⁸ y “Ramos”³⁹, respectivamente. Así, mientras que aquellos dos casos que la Corte decidió exponer “ante los ojos del país” no avanzaron en la protección de los derechos invocados; los dos casos decididos en el foro oculto (sin audiencias públicas) avanzaron criterios protectorios –aun cuando pueda discutirse su extensión— tanto en la aplicación de la ley antidiscriminación al ámbito laboral como en cuanto a la protección contra despidos en los casos de contratación estatal. Más allá de las diferencias fácticas-probatorias que puedan encontrarse entre estos casos que justifiquen el resultado divergente, lo que aquí interesa señalar es cierta tendencia de “mostrar” cautela y avanzar criterios jurisprudenciales sin “mostrar”, y la tensión que existe entre la publicidad de una agenda de casos encuadrable en un perfil de “activismo progresista” y las formas en

³⁸ “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.” (Fallos 333:2306).

³⁹ “Ramos, José Luis v. Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s. indemnización por despido” (Fallos 333:311).

que se resuelven finalmente los casos seleccionados frente a los resultados de aquellos resueltos simultáneamente, pero en silencio⁴⁰.

4. El impacto de las audiencias públicas en las sentencias: una tipología de usos

En esta última sección nos detenemos sobre los efectos concretos de las deliberaciones durante las audiencias relevadas en las sentencias emitidas por la Corte Suprema argentina hasta diciembre de 2017, a fin de poder realizar una primera evaluación sobre si aquellas influencian efectivamente las decisiones que tomaron los jueces supremos y qué usos se hacen de ellas allí. El análisis opta por relevar los textos de las sentencias y las referencias expresas que allí se encuentran, tanto a nivel cuantitativo como sustantivo. Esta opción metodológica “textualista” no niega que más allá de la referencia explícita, las audiencias puedan ejercer una influencia subliminal, subrepticia o indirecta en los votos de los jueces y que puedan establecerse también una especie de “usos conjeturales” de las audiencias. Así, ante la difícil disyuntiva de analizar esos eventuales “usos conjeturales” (aquellos que exceden la referencia explícita en el texto de las sentencias) pero que abren un amplio margen para la conjetura y la indeterminación; y la posibilidad cierta de rastrear las huellas o referencias expresas e inequívocas para procurar evitar esos riesgos y lograr alguna estabilidad en los resultados, aquí se opta por esta última alternativa⁴¹.

Con esta justificación preliminar de la metodología textualista aquí adoptada, lo primero que surge del relevamiento de las sentencias es que, contra lo que podría esperarse luego del arduo trabajo que implicó para la propia Corte la realización de tantas jornadas de audiencias públicas, no todas las sentencias toman de forma explícita algo del material generado en esas jornadas. Incluso en algunas, la única huella de las audiencias es una desconcertante estela de silencio. En efecto, sorpresivamente, cuatro de aquellas sentencias omiten incluso toda mención a la celebración de audiencias públicas: “Patitó v. La Nación”; “Colegio de Abogados”; “Provincia de Catamarca”; y la última vez que omitió toda referencia, en “ADC v. PAMI” de 2012.

Las restantes diecinueve sentencias pueden clasificarse según una gran distinción que gradúa los no-usos y los usos de las audiencias en las sentencias a partir de una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos: según el número de referencias, declaraciones que se evocan y los modos de aparición en los textos. Por un lado, se detectó otro tipo de no-uso de las audiencias, además de las cuatro sentencias que omiten toda alusión a la celebración de audiencias: un grupo de otras cinco sentencias que se limitan a hacer una mención mínima y/o formal de su realización pero que no tiene el menor impacto expreso en la argumentación y decisión del caso (“Dino Salas”; “Rodríguez v. Google”; “Mendoza”; “Orellano”; y “Sindicato Policial” -voto mayoritario).

Por otro lado, luce el restante grupo de catorce sentencias que merecen analizarse porque además de usar la fórmula de la realización de las audiencias, consideramos que hacen algún tipo de uso de las audiencias en la medida que

⁴⁰ Es justo señalar también, que en la práctica de audiencias relevada aparecen ejemplos en los que la Corte usa la escenificación como forma de sentar un precedente. Tal la sentencia de “Rodríguez v. Google” que se replica dos meses después en otra causa sin audiencia “sustancialmente análoga”: “Da Cunha, Virginia v. Yahoo de Argentina SRL s. daños y perjuicios” de 20/12/2014.

⁴¹ Éste es también el método que siguen los trabajos que intentan evaluar el impacto de las audiencias públicas en otras Cortes latinoamericanas. Para el caso de Brasil, ver Santos, 2017.

también añaden algún tipo referencia sustantiva a ellas en la argumentación y/o en la decisión propiamente dicha.

Por lo hasta aquí dicho, el análisis arroja una relativamente baja utilización del material de las audiencias en las decisiones judiciales posteriores: sobre veintitrés sentencias existentes hasta fines de 2017, tan sólo un poco más de la mitad hacen menciones expresas sustantivas.

Ahora bien, volviendo a ese grupo de catorce sentencias que contienen menciones explícitas y sustanciales de las audiencias, ellas hacen uso de ese material de maneras diferentes y con fines diversos. Para identificarlos, cuando la sentencia tiene varios votos se tomó como base el que adopta la decisión, y de percibirse un matiz destacable dentro de una sentencia, se tomó lo que puede considerarse prevalente o dominante, sin negar la posible existencia de esos matices secundarios. En ese panorama de altas variaciones, se propone una tipología de usos de las audiencias en las sentencias que combina tres criterios.

En primer lugar, se observa una variación de intensidad en el uso de las audiencias en diversos grados, que clasificamos en una sencilla gradación cuantitativa: mínimo, moderado e intenso. Un segundo criterio a considerar es la variación en torno de a quién/quiénes de los participantes se cita, apuntando a relevar si la Corte se involucra con todos los puntos de vista presentados en las audiencias tal como lo prometía su objetivo dialógico. Para ello presentamos los resultados a partir de un eje binario simple que sigue en un punto la forma tradicional del proceso de dos visiones enfrentadas y distingue entre sentencias que recuperan de algún modo ambos puntos de vista (bilaterales) o sólo uno de ellos (unilaterales).

Por último, cabe considerar que ese universo de sentencias hace usos sustantivos diversos. Tomando como eje este tercer criterio (para qué se utilizan esas citas de las audiencias), identificamos seis roles argumentativos que, combinados con los dos criterios anteriores (cuánto se invoca a las audiencias y a quién/es se cita), conforman una tipología posible de seis usos presentes en las catorce sentencias bajo análisis. Claro está que se asumen las clásicas advertencias que merece toda tipología⁴². Tanto es así, que corresponde efectuar dos aclaraciones preliminares: por un lado, que en caso de que un rol sustantivo no se presente de forma tajante, se tomó lo que puede considerarse prevalente, sin negar la existencia de roles complementarios (el ejemplo es la sentencia en “Castillo” de 2017); y, por otro lado, que se presenta una notable excepción al combinar de modo atípico uno de los criterios (“Río Atuel” de 2017). El cuadro núm. 2 muestra aquella combinación tipológica y ubica en cada uso a las sentencias que los ilustran, con las dos excepciones anticipadas destacadas.

Cuadro núm. 2: Tipos de usos de las audiencias

	Usos y roles sustantivos	Sentencias	
Intenso	USO 1	“Verbitsky” (2005) [mayoría] “Mendoza” II (2008)	Bilateral

⁴² Enseña Genaro Carrió que cualquier tipología es sólo una herramienta de trabajo que puede tener alguna utilidad, no es ni verdadera ni falsa y mucho menos cerrada o irreversible (Carrió-Carrió, 1983: 56).

	Reconstruir el objeto y/o construir el remedio en litigios estructurales	“Río Atuel” (2017) * [mayoría]	
	USO 2 Balancear entre posiciones enfrentadas y resolver la controversia	“Quisberth” (2012) [mayoría] “Santuario Tres Pozos”(2012) “Grupo Clarín” (2013) [votos concurrentes]	
Moderado	USO 3 Precisar los términos de la controversia	“Schröder” (2010) “Prov. de Santa Fe” (2015) “Castillo” (2017) * [mayoría]	Unilateral
	USO 4 Contralor estatal diferenciado por sus propias argumentaciones	“Gentini” (2008) “AFIP v. Intercorp” (2010) [mayoría]	
Mínimo	USO 5 Testear <i>in peius</i> alegaciones del abogado de parte actor no-estatal	“Sánchez” (2010) [mayoría] “Pellejero” (2010)	
	USO 6 Expandir el efecto de la decisión por presencia de <i>amici</i>	“Halabi” (2009) [mayoría]	

A continuación, se presentan brevemente esos seis usos detectados en esas catorce sentencias según fueran bilaterales (Usos 1, 2, 3) o unilaterales (Usos 4, 5, 6).

4.1. Usos bilaterales

Una mayoría de nueve sentencias hicieron uso del material de las audiencias refiriéndose a las presentaciones de ambas partes y además lo hicieron con cierta intensidad (intensa y moderada), con una excepción anticipada en “Río Atuel” que hace un uso bilateral pero mínimo, como se verá. En las sentencias del Uso 1, las audiencias parecen haber funcionado más que como elementos de fondo para la decisión que se adopta, en un momento previo, como un modo de recolección de información que sirve para actualizar o demarcar cuál es el caso estructural sobre el que se decidirá y sus implicaciones. Esto es claro en las dos primeras sentencias del Uso 1 (en “Verbitsky” y “Mendoza” II), donde las audiencias funcionaron como espacios de discusión sobre cuál era el problema y sus dimensiones estructurales, así como para la correlativa discusión del remedio, y, de este modo, se plasman en las respectivas sentencias. Tanto en relación con el caso de hacinamiento en comisarías y cárceles bonaerenses, como en relación a la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, las audiencias sirvieron para iluminar las distintas aristas de problemas que no tenían contornos claros cuando llegaron a la Corte, reunieron a diversos actores, hicieron circular y produjeron información relevante, y fueron uno de los ejes de los remedios propuestos⁴³. De manera semejante, pero con utilización mínima del material de la audiencia, en “Río Atuel” se consideró probado por “manifestaciones de las partes” expuestas allí, tanto la sequía y desertificación padecidas por La Pampa como el caudal de agua necesario; y en el decisorio dirimente y de “naturaleza prudencial” se manda –entre otras- a que participen en el ente interprovincial del Atuel inferior “comunidades originarias radicas en la región” que habían participado como *amicus* en la audiencia. El Uso 2 plantea alguna diferencia, puesto que las argumentaciones de las partes en las audiencias funcionan para apoyar argumentos determinados y resolver en función de ellos: en “Santuario Tres Pozos”, para rechazar el caso; en “Quisberth” para reforzar el control de las políticas públicas en materia de vivienda digna; en “Clarín” para testear la regulación del Congreso. En el Uso 3 que puede detectarse en “Schröder” y “Prov. de Santa Fe”, al enfrentar argumentos de ambas partes tan sólo para reconstruir los términos de la litis, el material de las audiencias se utilizó para dejar sentado en el texto de las decisiones del Tribunal qué era lo que se discutía en el caso desde las dos perspectivas involucradas. De igual manera, pero en forma parcial, procede la Corte en “Castillo”, cuando se recuesta en “lo sostenido por las partes en la audiencia” para añadir consideraciones en torno a los derechos implicados, empero también utiliza los dichos de las partes en la audiencia con otros fines: de ambas partes, para tener por acreditado el contexto católico de Salta, que funciona para descubrir que la norma en cuestión “en apariencia neutral” tiene efectos discriminatorios; de la parte demandada en su perjuicio y también de la parte actora para aclarar su pretensión.

Este grupo de usos bilaterales mostraron ciertos límites comunes. Ante todo, el texto de las sentencias aquí reseñadas solo incorpora declaraciones de abogados de las partes; y cuando tiene ante sí una atípica audiencia donde se escucha en primera persona la voz indígena, como en “Santuario Tres Pozos”, la sentencia no sólo no la registra, sino que opta por evaluar la posición de la parte sólo a la luz de su

⁴³ Algo parecido ocurre en el voto mayoritario de “Grupo Clarín” pero tan sólo en su final *obiter dictum* (por esto no se lo ubica en Uso 1), que complejiza el objeto del litigio basándose en los sucesos de la audiencia. En este caso, donde se discutía la constitucionalidad de ciertas cláusulas de la “Ley de Medios”, se incluyen luego de la decisión una serie de “precisiones” finales que expresan que “dada la trascendencia de la cuestión debatida y los graves cuestionamientos que ambas partes se han dirigido reciprocamente en la audiencia pública ante esta Corte”, corresponde destacar -en forma colateral a la decisión—otros eventuales vicios de la ley cuestionada.

defensa letrada. En esa línea de exclusión de voces de sujetos tradicionalmente ausentes del debate constitucional y correlativa prevalencia de voces letradas, también resulta llamativo el silencio respecto a las argumentaciones orales de los *amici curiae* que expusieran en las respectivas audiencias, incluso cuando su presencia se ha hecho sostenida en la última fase presentada (llegando a la inusitada cifra de 53 en “Castillo”). Asimismo, salvo en el Uso 1, en los dos restantes se puede constatar una alta dosis de selectividad en los planteos orales que las sentencias recuperan y la ausencia de involucramiento efectivo con todos los puntos relevantes planteados. Una excepción a ello podría ser el voto de Petracchi en “Clarín”, que además de citar, se involucra en la discusión de algunos argumentos. A su turno, en “Quisberth”, la audiencia amplió el marco de discusión estrictamente individual de provisión de una solución habitacional para los demandantes y apoyó la revisión de la razonabilidad de la política pública que ofrece el gobierno de la CABA. Sin embargo, la decisión final deja de lado esta última cuestión y se limita a sostener la medida cautelar ya dispuesta en la instancia de origen.

4.2. Usos unilaterales

El grupo de cinco sentencias que hacen usos unilaterales del material de las audiencias en el sentido de que sólo se refieren a uno de los puntos de vista planteados, presenta a la vez bajas intensidades (moderado y mínimo). Estos tres últimos usos (núm. 5, 6 y 7) muestran una vez más alta selectividad al recoger ciertas declaraciones orales y no otras, para terminar, revocando o confirmando la sentencia impugnada. Por un lado, dos usos efectúan una invocación unilateral de alguna de las partes: de los letrados de los demandado/s en el Uso 4; o tan sólo de los actores en el Uso 5; en ambos, *in peius* de quien emite la declaración oral, apareciendo allí en primer plano los riesgos que se corren en los espacios de las audiencias. En cambio, el Uso 6, no se ocupa de la actuación de las partes en la audiencia ya que sólo selecciona la presencia y dichos de los *amici curiae* y los hace jugar a favor de la posición que defienden, constituyendo la única sentencia que los utiliza en sentido sustantivo. Como se advierte en estos diversos usos unilaterales, las audiencias informativas se convierten en bastante más que meramente informativas en la medida de las implicancias argumentativas que se extraen de allí.

En el Uso 4, de “Gentini” y “AFIP v. Intercorp”, las audiencias funcionan como suplementos de información relevante que sirve como base para tomar la decisión. En este uso, el material de las audiencias complementa las generalmente escuetas defensas que presenta el Estado en el expediente y, además de servir como foro para exponer al Estado a la rendición de cuentas sobre violaciones de derechos alegadas, las audiencias funcionan en el texto de las sentencias para ejercer un control agravado de su accionar. Más problemático resulta el Uso 5 en los casos “Pellejero” y “Sánchez”, que testean los argumentos de hecho y prueba de los actores que alegan vulneraciones de derechos, para hacerlos valer en su contra. En esos casos, no sólo quedan explicitados textualmente en las decisiones los riesgos de las audiencias, sino también cómo esos riesgos se agravan ante la selectividad y la ausencia de involucramiento de los jueces con todos los argumentos y puntos de vista planteados. Un ejemplo claro de esto es “Sánchez”, donde una misma audiencia es disecionada y referida selectivamente por los votos mayoritario y minoritario para arribar a conclusiones opuestas, sin involucrarse ninguna en hacer dialogar los distintos tramos de la audiencia para arribar a la solución. Finalmente, la sentencia en “Halabi” es la única donde se hace un uso significativo de los *amici curiae* que participaron de la audiencia pública (Uso 6). En esa sentencia, donde se discutían los efectos de la inconstitucionalidad de una ley, se reconocen por primera vez las acciones colectivas

“referentes a intereses individuales homogéneos” para confirmar el efecto *erga omnes* de la sentencia recurrida. Precisamente para esta cuestión clave es que la mayoría estricta usa la audiencia pública: para considerar “que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de servicios de telecomunicación” en función de la “publicidad que se le dio a la audiencia celebrada” y de la participación de los *amici curiae*. En cambio, del resto de sentencias consideradas en este acápite, tan sólo algunas hacen escueta mención de los *amici*: sólo con fines formularios y parcialmente con fines decisarios sólo en la mayoría de “AFIP v. Intercorp”.

5. A modo de conclusión

Las audiencias públicas constituyen una importante herramienta de renovación institucional en las Cortes de la región. Ellas tienen la potencialidad de abrirlas a la participación de la ciudadanía, llevar a los tribunales a modos de intervención en problemas complejos con mayor posibilidad de implementación y constituyen una herramienta de reconstrucción simbólica de tribunales que, como en el caso argentino, habían llegado a altos grados de descrédito y deslegitimación en la sociedad. La práctica que se inició en la Corte Suprema argentina primero informalmente, y luego de manera formal a partir de la Acordada 30/2007, abrió expectativas de renovación dialógica y participativa en los modos de decisión; pragmáticas sobre los modos efectivos de intervención judicial y también simbólicas. En ese marco, este trabajo presentó un estudio que explora el grado en que esas promesas se cumplieron a partir de un análisis del impacto de las audiencias en las decisiones judiciales.

Según se mostró en la primera sección, entre 2004 y 2017, la Corte Suprema argentina se mostró favorable a la incorporación de las audiencias públicas y celebró un total de treinta y dos, muchas de ellas a lo largo de varias jornadas, en veinticinco causas distintas. Los temas constitucionales que discrecionalmente seleccionó para celebrarlas definieron una agenda de trabajo que amplió de distintas formas los márgenes de lo justiciable y construyó una imagen de Tribunal que puede considerarse “activista progresista”. Sin embargo, las decisiones finales de los casos con audiencias presentadas en la segunda sección de este trabajo arrojan dudas sobre las formas en que se materializa ese perfil institucional. Por un lado, la Corte tendió a mantener las formas de intervención tradicional, donde la sentencia apareció como el punto final al diálogo que abrían las audiencias. Por otro lado, la gran apertura de la agenda convivió con el cierre de la discusión en varias causas en función de cuestiones formales o de prueba.

En la tercera sección, se rastreó el impacto concreto de las audiencias en los textos de las decisiones de la Corte. Del marco analítico sugerido para definir ese impacto, surgió en primer lugar, la subutilización del material generado en las audiencias en las sentencias. En el universo delimitado de veintitrés sentencias, nueve de ellas se consideran como no-usos explícitos. En estos casos, el esfuerzo tendiente a la apertura al diálogo, la publicidad y la alta visibilización que proveen las audiencias coexiste con su silencio o mero formulismo en el producto textual por autonomía del Tribunal. Las catorce sentencias restantes presentan una variedad de usos, así como de intensidades. Si en algunos casos el material de las audiencias sirvió para complejizar el caso y ayudó a diseñar un remedio adecuado, en otros sólo se utilizó como fuente de apoyo de algún argumento con cierta tendencia a no involucrarse con las distintas posiciones desplegadas en forma oral y pública. Esa tendencia se acentuó por la selectividad que en el uso que hicieron los distintos jueces al momento de dictar sentencia.

Uno de los problemas más destacables de esta práctica es la discrecionalidad. Ésta aparece en distintos grados y formas a lo largo del continuum que va desde la selección de las causas, la habilitación de participantes, hasta la consideración del material de las audiencias en las decisiones del Tribunal. En este último punto, que nos interesó en particular en este trabajo, ha quedado ilustrado que, sin llegar a decirlo, el Tribunal se arroga la posibilidad de ignorar o prescindir total o parcialmente el debate oral y público de las respectivas audiencias –o bien seleccionar tramos dejando fuera otros–, entendiendo que no se encuentra limitada por los argumentos vertidos oralmente ni tampoco obligada a justificar las omisiones o selectividad.

Esa fuerte discrecionalidad es cuestionable tanto por razones de corte procesal constitucional como también en relación a la legitimidad de las sentencias en el marco de sociedades democráticas. Ante todo, aunque la Acordada 30/2007 nada dispone acerca del uso que la Corte dará al material de la audiencia en las sentencias y las acordadas de los Amigos del Tribunal afirman que sus dichos “podrán” ser tenidos en cuenta al decidir, no puede ignorarse que el registro taquigráfico (también el audiovisual) de la audiencia pública se incorpora a las constancias de la propia causa. Así las cosas, prescindir total o parcialmente de las argumentaciones vertidas en la audiencia sin dar razón plausible para ello puede verse como un emblemático caso de arbitrariedad de sentencia en los términos de consolidada doctrina pretoriana de la propia Corte Suprema en materia de recurso extraordinario, en tanto defectuosa consideración de extremos conducentes incorporados en la causa.

Asimismo, si se toma en serio la perspectiva dialógica, la referencia expresa a las deliberaciones de las audiencias, así como un involucramiento genuino del Tribunal con los puntos de vista expresados allí, podría ayudar a que la ciudadanía se reconozca en las sentencias como coautora de las decisiones que los involucran. En este sentido, Paul Kahn sugiere que más allá de las cuestiones de justicia que podrían ligarse a la dimensión epistémica del diálogo en las audiencias, también existe una dimensión de legitimidad vinculada al reconocimiento: la ciudadanía debe poder reconocerse como autora de las sentencias judiciales, debe poder tomarlas como propias (Kahn, 2016). La cita y el involucramiento serio con los debates de las audiencias puede, en este sentido, ayudar a ese reconocimiento y, de esta forma, también fortalecer la legitimidad de las decisiones judiciales.

El panorama analizado señala tanto las posibilidades que abren las audiencias, como las formas en las que se concretaron parcialmente en algunos de los casos resueltos, y también resalta que esta herramienta se encuentra aún por debajo de su potencial renovador.

Bibliografía

- AASEN, H.; GLOPPEN, S.; MAGNUSEN, A.; NILSSEN, E. (eds.) (2014), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Reino Unido.
- ABRAMOVICH, V. (2013), “La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema”, *Revista Pensar en Derecho*, núm. 3, año 2, pp.17-26.
- BARRERA, L. (2012), *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Siglo XXI, Buenos Aires.

- BENEDETTI, M. A. y SÁENZ, M. J. (2016), *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- BERGALLO, P. (2014), "La causa 'Mendoza': una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud". En GARGARELLA, R. (2014b), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 245-291.
- BRINKS, D. y GAURI, V. (2014), "Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud", En GARGARELLA, R. (2014b), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, pp.293-320.
- CARRIÓN, G. y CARRIÓN, A. (1983), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, 3^a ed., Buenos Aires.
- CHAYES, A. (1976), "The role of the judge in public law litigation", *Harvard Law Review*, Vol. 89, N. 7, pp. 1281-1316.
- FULLER, L. (1978) "The forms and limits of adjudication", *Harvard Law Review*, Vol. 92, N.2, pp. 353-409.
- GARCÍA VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R. (2004), "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En DE SOUSA SANTOS, B. (Coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, FCE, México, pp. 255-291.
- GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona.
- GARGARELLA, R. (2014a), "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos". En GARGARELLA, R. (2014b), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, pp.119-158.
- GARGARELLA, R. (Comp.) (2014b), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- KAHN, P. (2016), *Making the Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven.
- NINO, C. (2003), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- SANTOS, T. (2017), "Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação", *Revista Direito GV*, vol. 13, núm. 1, pp. 236-276.
- TUSHNET, M. (2015), "New institutional mechanisms for making Constitutional Law", disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://ssrn.com/abstract=2589178> (fecha de consulta: julio de 2017).

Crónica de un indulto humanitario (con gracia presidencial) anunciado

Chronicle of a humanitarian pardon (with a right of grace) foretold

Edgardo Rodríguez Gómez

Universidad Ricardo Palma

edgardo.rodriguez@urp.edu.pe

Recibido / received: 15/03/2018

Aceptado / accepted: 30/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4344>

Resumen

El artículo analiza el proceso político y administrativo que condujo a la decisión del expresidente de la República del Perú, Pedro Pablo Kuczynski, de otorgar un indulto humanitario y una gracia presidencial a favor de Alberto Fujimori, condenado por graves violaciones de derechos humanos cometidas al encabezar el Poder Ejecutivo peruano en los años noventa del siglo pasado. Se revelan los argumentos jurídicos y políticos planteados por exfuncionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de ese país, que advirtieron a los altos cargos de esa entidad las consecuencias de adoptar esas medidas, consagrando así la impunidad.

Palabras clave

Derechos Humanos, Perú, impunidad, indulto humanitario, gracia presidencial.

Abstract

This article reviews the political and administrative process that ended with the humanitarian pardon and the right of grace signed by the former President of Peru, Pedro Pablo Kuczynski. His decision favoured Alberto Fujimori, who was sentenced for grave human rights violations committed during his mandate as the head of the Peruvian government in 1990's. Some legal and political arguments, held by high legal officers of the Ministry of Justice and Human Rights warning the top authorities about impunity guaranteed by this decision, are revealed.

Keywords

Human Rights, Peru, impunity, humanitarian pardon, right of grace

SUMARIO. 1. La recurrente tentación de indultar. 2. El reiterado anuncio del indulto (humanitario) a Alberto Fujimori. 3. La recomendación técnica: no indultar, ni otorgar el derecho de gracia. 4. Hacia un indulto humanitario (con derecho de gracia) irrestricto. 5. Un indulto humanitario (con derecho de gracia) en Navidad. 6. Epílogo: la condena al indulto (y a la gracia presidencial).

1. La recurrente tentación de indultar

En marzo de 2016, mientras transcurrían los últimos meses de la gestión de Ollanta Humala Tasso como Presidente de la República del Perú, Aldo Vásquez Ríos, jurista de amplia trayectoria académica en el país, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y a la sazón Ministro de Justicia y Derechos Humanos, invitó a Roger Rodríguez Santander, experto en Derecho Constitucional con experiencia en temas de derechos humanos en el Ministerio que lideraba, para que lo acompañase en ese periodo final del gobierno en el cargo de Viceministro de Justicia, el cual equivale a Subsecretario de Estado.

Roger Rodríguez había prestado hasta hacia algunos meses sus servicios en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como Director General de Derechos Humanos, un cargo de confianza que dependía administrativamente del Viceministerio de Derechos Humanos, creado en la estructura de ese Sector del Poder Ejecutivo apenas un lustro antes. A su experiencia de asesor jurisdiccional -letrado- en el Tribunal Constitucional peruano desde el inicio de su carrera profesional, se añadía haber sido previamente asesor ministerial y -en lo que interesa a este artículo- había desempeñado un protagónico papel como integrante de la Comisión de Gracias Presidenciales¹.

A invitación del ya nombrado Viceministro de Justicia, Roger Rodríguez Santander, retorné a Perú para incorporarme a su equipo de asesores. Coincidimos en Madrid una década antes cursando el Diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) del Ministerio de la Presidencia español. Nuestros temas de investigación se situaron en el amplio campo de reflexión sobre los Derechos Humanos. Él trató los aspectos teóricos de la derrotabilidad de los derechos como normas principales y a mí se me presentó la oportunidad de explorar experiencias iberoamericanas comparadas de impunidad: las amnistías otorgadas en España, Chile y Perú.²

Meses antes del trabajo en la Alta Dirección del Ministerio habíamos compartido la experiencia de la lectura de nuestras respectivas tesis doctorales en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, en la Universidad Carlos III de Madrid. Instalados en el Despacho Viceministerial de Justicia, los aspectos relacionados con la problemática de los derechos humanos sólo debían tratarse tangencialmente; pero pronto comprobaríamos que el bien aprendido efecto de "irradiación" de los derechos, ya en el escenario de las decisiones gubernamentales, trasciende -sin quebrarlos- los aparentemente estancos límites de la organización de funciones de las áreas ministeriales.

Un reto se presentaría de inmediato. El presidente de la República para el periodo 2011-2016 demandaba orientación a su Ministro de Justicia y Derechos Humanos para evaluar la posibilidad de otorgar indultos, sean estos o no humanitarios. Es sabido que, al término de los periodos de gobierno, en buena parte

¹ El derogado Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -Decreto Supremo Núm. 011-2012-JUS- definía así a la Comisión de Gracias Presidenciales: "órgano multisectorial encargad[o] de conocer, evaluar, calificar y proponer al presidente de la República la concesión de gracias presidenciales. Cuenta con un Secretario Técnico, designado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, encargado de brindar apoyo técnico administrativo. Depende del Despacho Ministerial." La figura genérica de "gracia" comprende el indulto, la commutación de pena y el derecho de gracia. El nuevo ROF del Ministerio -Decreto Supremo Núm. 013-2017-JUS- menciona a dicha Comisión, pero omite su definición.

² El trabajo final fue presentado el 18 de febrero de 2009 como ponencia en el V Taller de Derecho y Justicia, en su primera edición, organizado por el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDyJ) de la Universidad Carlos III de Madrid. Fue publicado en el Portal Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico. Véase Rodríguez Gómez (2009).

de las democracias del mundo se advierte un afán compasivo en los gobernantes concretado en el otorgamiento de medidas de gracia, generalmente polémicas. Los antecedentes en el Perú durante el gobierno previo, encabezado por Alan García Pérez, fueron de escándalo al verificarse el otorgamiento de perdones y conmutaciones de pena vinculados a casos de corrupción y narcotráfico³. Algo escandaloso podía también irrumpir en el súbito interés presidencial por explorar las posibilidades del recurso a la clemencia.

Correspondía actuar cautelosamente, pues ya podía avizorarse, en el escenario de un cierre de gestión gubernamental, la eventualidad de que el aún Presidente decidiese disponer el inicio de un procedimiento, a ser tramitado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que asegurase la libertad de su hermano: Antauro Humala Tasso, el líder del movimiento etnocacerista (dotado de una ideología militarista condimentada con enaltecimientos racistas de lo andino) quien más de una década atrás había encabezado acciones armadas contra agentes policiales en una ciudad de los Andes escenario histórico de revueltas sociales: Andahuaylas. La pena privativa de la libertad que le fue impuesta alcanzó diecinueve años.

Ofrecer una orientación jurídica que disuadiese al Jefe de Estado de decidir todo indulto *in extremis* fue la tarea encomendada por el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos a su Viceministro de Justicia. Desde el Despacho Viceministerial debíamos hacer llegar un brevísimo resumen de argumentos -“ayuda memoria”- que tras una ágil lectura tendría que persuadir al mandatario de alejarse de la tentación de acometer cualquier intento de desviar el camino trazado por la justicia. En otras palabras, la decisión de los órganos jurisdiccionales respecto del sentenciado que podía verse trastocada por la voluntad contraria de un familiar cercano, situado -además- en el peldaño más alto del poder político.

El encargo requería que se tomasen en cuenta decisiones jurisdiccionales (nacionales e internacionales) y administrativas, así como el propio marco jurídico nacional en materia de Derecho penal y, sobre todo, constitucional que había sido elaborado paulatinamente contando, como uno de sus principales protagonistas -por su reiterado interés en verse beneficiado con alguna gracia-, con el exmandatario Alberto Fujimori. El expresidente había sido condenado por la comisión de diversos delitos, entre ellos varios que a la postre constituyen graves violaciones de derechos humanos. Plantear la inviabilidad de un indulto a favor de Antauro Humala conllevaba asumir los antecedentes relativos a la negativa del otorgamiento de alguna de esas medidas solicitadas por el antiguo autócrata.

Si el presidente de la República saliente llegó a leer, o no, los argumentos elaborados por el Despacho Viceministerial de Justicia opuestos a la medida, sigue siendo un interrogante, lo indudable es que la decisión tan temida nunca fue adoptada. Trascendió que Ollanta Humala se había visto también tentado en alguna ocasión de otorgar el indulto a su antecesor en el cargo -contra quien se alzó en armas en el pasado ya casi al cierre de su gestión antidemocrática-, pero esa posibilidad estaba descartada en la etapa final de su mandato considerando la firme posición del ministro

³ Una red corrupta instalada en la Comisión de Gracias Presidenciales que operaba en la sede del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tramitó medidas beneficiosas para internos que efectuaban pagos indebidos a sus más altos funcionarios. Una investigación periodística en torno a los “narcoindultos” condujo a la elaboración en el Congreso de la República de un Informe por parte de la Comisión Investigadora encargada de investigar la gestión de Alan Gabriel García Pérez como presidente de la República (2014).

Vásquez Ríos, encargado de recordarle los límites a la atribución presidencial según el marco jurídico de los Derechos Humanos que compromete al Estado peruano⁴.

2. El reiterado anuncio del indulto (humanitario) a Alberto Fujimori

Durante la campaña para las elecciones generales (presidencial y parlamentaria) del año 2016, el tema del indulto fue abordado con pinzas por las/os principales líderes en contienda. La candidata Verónica Mendoza, encabezando una propuesta de izquierdas, descartó y condenó cualquier posibilidad de otorgarlo asumiendo abiertamente una posición cercana a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos. Keiko Fujimori, hija mayor del expresidente, ratificó -esta vez sin juramento⁵ su decisión expresada en la frustrada elección del año 2011 de no recurrir a la medida si era elegida presidenta. Pedro Pablo Kuczynski, proyectando un perfil liberal y demócrata, se pronunció reiteradamente en contra del perdón.

El resultado de la elección en segunda vuelta dio como ganador a este último. Pedro Pablo Kuczynski, un veterano protagonista de la vida política -y económica- peruana, tenía una trayectoria de servicio público destacada, desarrollada en gobiernos democráticos. Su experiencia internacional como economista experto en finanzas atraía a los empresarios y su mensaje de unidad rumbo al "Bicentenario de la Independencia nacional" inspiraba a una ciudadanía joven que asumía el discurso de los Derechos Humanos y estaba presta a reivindicarlos. El rechazo a Keiko Fujimori, por lo que evocaba su apellido asimilado a impunidad y corrupción, pudo canalizarse a favor de un hombre casi octogenario que, a su edad, se sentía merecedor de brindar un último -y el más importante- servicio al Estado.

El 28 de julio de 2016, al asumir su mandato, el expresidente, electo por un ajustado margen en la votación, tomó juramento en el cargo de Ministra de Justicia y Derechos Humanos a la abogada María Soledad Pérez Tello. La nueva gestión había decidido seguir contando con los servicios de Roger Rodríguez y de quienes integrábamos su equipo. Al habersele propuesto diversos puestos de alto nivel, él optó por aquel que, a su criterio, tenía aún una importante agenda pendiente con el entrante gobierno: volver a asumir la Dirección General de Derechos Humanos.

La gestión entrante brindaba, desde el discurso público y el compromiso personal, garantías plenas para un trabajo serio en materia de Derechos Humanos. La ministra Pérez Tello había dado muestras, en su actividad académica -como promotora de masivos talleres universitarios- y política -como Congresista de la República-, de conocer y valorar las demandas de las víctimas de pasadas décadas. Con un gesto más que simbólico se hizo presente en la celebración del décimo tercer aniversario de la entrega del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación al país. Ninguno de sus antecesores había procedido anteriormente como ella, menos aun dando un discurso y posicionándose sin temor junto a las organizaciones de víctimas. No se avizoraba entonces escenario alguno para el indulto.

⁴ Transcurrido más de un año de haber dejado el cargo, en octubre de 2017, el exministro Vásquez Ríos fue entrevistado por el diario *La República* y sometido a la siguiente cuestión: "Fujimori pidió indulto a fines del gobierno de Humala, en su gestión. Se dice que se buscó negociar su salida. ¿Qué sabe?" A ello respondió: "No conozco de negociación. Puedo suponer que hubo contacto, pero no me consta. El presidente evaluó el pedido y mi posición fue no refrendar un indulto que no se sustente en el cumplimiento de la norma. Tenía que ser evaluado por la Comisión de Gracias, con informes médicos. No podía hacerse en un lapso tan breve." (Pereda, 2017).

⁵ Para superar la incredulidad de buena parte de las y los votantes en relación con su oferta de no liberar a su padre si accedía a la presidencia, Keiko Fujimori recurrió a la solemne y trascendente vía del juramento. Las posibles excepciones a su determinación las planteé entonces en un breve texto. Véase Rodríguez Gómez (2011).

La Dirección General de Derechos Humanos, según el artículo 83 del Reglamento de Organización de Funciones (ROF) del Ministerio, “es el órgano de línea encargado de diseñar, formular, evaluar, supervisar, difundir y ejecutar las políticas, planes y programas” en esa materia; en tal sentido, desde el inicio de la nueva gestión, el Despacho Viceministerial de Derechos Humanos requirió de su órgano técnico -la Dirección- poner énfasis en el cumplimiento de una de las promesas del Plan de Gobierno: la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021. Una tarea que me sería encargada por el Director General y procuré culminar como Director de Políticas y Gestión en Derechos Humanos.

El Plan, finalmente aprobado para el periodo 2018-2021, fue concebido como “una herramienta estratégica, multisectorial e integral, destinada a asegurar la gestión de políticas públicas en materia de derechos humanos en el país”; por su carácter transversal “compromete a todos los sectores y niveles de gobierno, y permite proyectar el enfoque de derechos humanos en la intervención de las entidades estatales” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018: 9). Pese a vincular la acción del Estado, su elaboración requirió la promoción de diálogos sostenidos con la sociedad civil; sobre todo, con los “grupos de especial protección” -los más vulnerables- entre los que se contempla a las “víctimas de la violencia de los años 1980-2000”. Se incluyen, así, a las personas afectadas durante el periodo de gobierno de Alberto Fujimori.

El éxito del proceso de elaboración del Plan dependía de la generación de condiciones de confianza entre el Estado y la sociedad civil, verificada, además, por los organismos de Naciones Unidas que acompañaron la tarea. La mera insinuación de un indulto a Alberto Fujimori implicaba socavar la legitimidad del proceder gubernamental en su búsqueda de consensos indispensables, en la práctica, para la posterior implementación de las políticas proyectadas. El simple hecho de especular sobre ello estaba descartado entre quienes desarrollaban el trabajo ministerial. Muy pronto los anuncios presidenciales al respecto comenzarían a desautorizar los esfuerzos desplegados.

Tras un primer año de dura confrontación política entre el Poder Ejecutivo, en pleno, y el unicameral Congreso de la República, que ostentaba una amplia mayoría opositora fujimorista -73 de 130 congresistas-, se hicieron públicas unas declaraciones del expresidente Kuczynski brindadas en junio de 2017 a la revista *The Economist*. En un breve artículo se daba cuenta que el exmandatario “estaba considerando la posibilidad de indultar a Fujimori” y añadía: “Es ahora el momento de hacerlo”⁶. El sobresalto en el interior del Ministerio fue innegable a un mes de cumplirse el primer año de gestión del gobierno con las expectativas de la tradicional ratificación, o no, de los ministros en sus carteras.

Tuvo que aclarar el mandatario el sentido de sus expresiones afirmando a un medio televisivo de cable -Canal N- que se trataba más bien del “momento de ver el tema”, antes que de hacerlo. Concluía en tono apaciguador que lo relacionado con sus declaraciones “se verá con tranquilidad.”⁷ Un artículo publicado en el diario *El País*, suscrito por Mario Vargas Llosa casi un mes después de lo informado en *The Economist*, ofrecía detalles sobre las circunstancias en las Kuczynski se atrevió a hacer tales declaraciones. En una gira internacional del expresidente por Francia y

⁶ Así lo registraba el semanario: “He says he is looking at the possibility of pardoning Mr. Fujimori: ‘The time to do it is about now.’” Véase Bello (2017).

⁷ La brevísima entrevista del 22/6/2017 está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=uBCgMLvqXjU> (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).

España, sostuvieron un encuentro ambos personajes y esto es lo que le había quedado claro respecto del indulto al Premio Nobel hispano-peruano:

Nunca me indicó que tuviera la menor intención de hacerlo; sólo que, como le llegaban numerosas cartas y documentos pidiendo el indulto por razones de salud, había entregado todo ese material a tres médicos a fin de que le informaran sobre el estado del reo (Vargas Llosa, 2017).

Un día del mes de julio de 2017, en ruta hacia el Ministerio para iniciar la jornada laboral, podía uno escuchar al expresidente de la República declarando para los periodistas de Radioprogramas del Perú (RPP), emisora de gran audiencia nacional: "... acá no corresponde un indulto, sino un perdón médico que será determinado exclusivamente por la opinión de doctores de primer nivel que verán cuál es el estado de salud del expresidente Fujimori. Este tema no saldrá en dos años, seguro a fin de año ya tendremos algo más claro ¿Qué pasa si el informe dice que está bien de salud? Pues respetaremos la opinión de los doctores" -concluía-, sin que hubiese sido incitado, prácticamente, a hablar del tema.⁸

Las referencias a la salud del exmandatario proporcionaron un detalle importante a ser considerado en el Ministerio y vislumbrar la estrategia que podía estar elaborándose desde Palacio de Gobierno para liberar a Fujimori. La opción suponía asegurar un indulto humanitario que podía ser otorgado por Pedro Pablo Kuczynski si se verificaban las condiciones planteadas por el marco constitucional y los precedentes administrativos al respecto. Las declaraciones efectuadas debían valorarse, pero la posición técnica del Sector Justicia y Derechos Humanos tenía aún margen suficiente para hacer advertencias puntuales al Jefe de Estado antes de que se dispusiese realmente a dar libertad al sentenciado.

Ratificada en su cartera, la ministra Pérez Tello optó por impulsar diversas iniciativas ralentizadas por su directa intervención -junto a la de sus viceministros- en la atención a la población afectada por el "Niño costero", el fenómeno climático que produjo inundaciones y deslizamientos cobrándose cientos de vidas humanas y cuantiosos destrozos materiales en zonas urbanas y rurales en los primeros meses del pasado año. Una de ellas era culminar el Plan Nacional de Derechos Humanos. Desde el mes de abril se había iniciado el diálogo y los consensos con los sectores del Poder Ejecutivo, ahora debía darse prioridad a la participación exigente de la sociedad civil, muy pendiente de cada gesto y decisión del Estado. El indulto no era un tema expreso de la agenda ministerial, pero el murmullo alrededor se tornaba inquietante.

Hasta el 17 de septiembre de 2017 se mantuvo en el cargo María Soledad Pérez Tello. En octubre, con un nuevo ministro, el expresidente Kuczynski volvió a tocar el tema brevemente en declaraciones efectuadas a diversos medios de comunicación -entre ellos RPP- durante un viaje a la región de Arequipa. Allí manifestó: "El indulto es algo humanitario. No es un perdón. Estamos revisando la salud del señor."⁹ La confusión conceptual era palmaria y evidenciaba escasa orientación jurídica. Las decisiones que iría adoptando, contando con la anuencia y colaboración del nuevo titular del Ministerio, Enrique Mendoza Ramírez, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, se verán con detalle más adelante.

⁸ La entrevista del 7/7/2017 está disponible en: <http://rpp.pe/politica/gobierno/video-ppk-no-creo-que-vayamos-hablar-del-indulto-con-la-señora-fujimori-noticia-1062742#escuchar> (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).

⁹ La brevísimamente entrevista del 22/6/2017 está disponible en: <http://rpp.pe/peru/arequipa/kuczynski-el-indulto-es-algo-humanitario-no-es-un-perdon-noticia-1080011> (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).

El escenario de contención a la medida, en definitiva, había variado sustancialmente. A finales de ese mes se efectuó la visita al Perú de Zeid Ra'ad Al Hussein, nuevo Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), quien manifestó muy diplomáticamente y de manera pública la preocupación ciudadana y la del organismo internacional por los rumores sobre un indulto favorable al condenado Fujimori. Un incómodo Pedro Pablo Kuczynski le trasladó, a través de la prensa, este mensaje en tono soberanista:

Yo creo que es una injerencia innecesaria a (sic) los asuntos del Perú, el señor Alberto Fujimori fue condenado por una corte en el Perú por supuestos crímenes en el Perú, eso no es un tema internacional¹⁰.

Pocos días después, a inicios del mes de noviembre, en Buenos Aires, el expresidente Kuczynski intervendría en el acto de apertura del XVIII Foro Iberoamérica, compartiendo estrado con Fernando Henrique Cardoso, ex presidente de Brasil, y Luis Almagro, Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Destacaba el diario *La República* que al término de su discurso el gobernante peruano refirió lo que a la postre iba apareciendo como una decisión ya tomada cuyo desenlace sólo requería tiempo: “Fujimori nos hizo entrar a APEC y ahora Fujimori está en la cárcel, está enfermo y vamos a ver, pues, qué hacemos, y eso será noticia en algún momento” (Huacasi, 2017).

3. La recomendación técnica: No indultar, ni otorgar el derecho de gracia

Los reiterados anuncios de un indulto humanitario plantearon a algunos órganos técnicos del Ministerio -las Direcciones Generales- un examen acerca de su viabilidad jurídica. Si bien los protagonistas de la decisión en el Sector serían la Dirección de Gracias Presidenciales -en su rol de Secretaría Técnica de la Comisión de Gracias Presidenciales- y el propio Despacho Ministerial de Justicia y Derechos Humanos -secundado por el Gabinete de asesores del Ministro-, la medida requería una valoración interna de otras áreas muy vinculadas a temas de derechos humanos; por ejemplo: la Procuraduría Pública Supranacional encargada de la defensa y protección del Estado peruano ante instancias internacionales de Derechos Humanos y la Dirección General de Derechos Humanos.

El específico otorgamiento de la medida para Alberto Fujimori involucraba, además, la labor de la Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa (por un tiempo denominada aún de “Justicia y Cultos”). El ex Director General de Justicia y Libertad Religiosa, Pedro Grández Castro, ocupaba el puesto desde la gestión gubernamental previa. En marzo de 2016, fue invitado por el entonces Viceministro de Justicia Roger Rodríguez Santander para conducir, por encargo del exministro Vásquez Ríos, un postergado proceso de reforma del Sistema de Justicia que, en la gestión de la exministra Pérez Tello, se denominaría “Acuerdo Nacional por la Justicia”. En relación con el indulto, esta Dirección General actuaba como Secretaría Técnica de la Comisión Oficial de Extradiciones y Traslados de Condenados (COETC).

La COETC es una instancia que reúne a representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos, su función más importante es elaborar informes destinados al Consejo de Ministros -sustentados por el titular de Justicia y Derechos Humanos- proponiendo que se acceda, o no, a una extradición pasiva o activa solicitada jurisdiccionalmente, así como a un traslado activo o pasivo de sentenciados. A pesar de que su pronunciamiento técnico no es finalmente

¹⁰ Las declaraciones publicadas el 30/10/2017 están disponibles en: <http://larepublica.pe/politica/1138489-ppk-califica-de-injerencia-innecesaria-sugerencia-de-la-onu-sobre-indulto-a-fujimori> (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).

vinculante, el rol que le tocaba desempeñar no era ajeno al contexto de inquietudes generadas por el indulto a Fujimori, pues el expresidente tuvo que ser sometido a un proceso de extradición activa hacia más de una década por órganos *ad hoc* del Poder Ejecutivo ante el Estado chileno.

Permanecía fresca en la memoria colectiva la experiencia del trámite de extradición a Alberto Fujimori desde Chile, entre los años 2005 y 2007, que conllevó un delicado trabajo intersectorial de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos -cuando aún no existía la COETC-, centrado en asegurar que no quedasen impunes dos casos paradigmáticos cuyo juzgamiento en los tribunales peruanos era una demanda clamorosa: "Barrios Altos" y "La Cantuta"¹¹; estos volvían ahora a ponerse en la palestra con un indulto que amenazaba la condena impuesta al ex mandatario por la Corte Suprema. Tampoco podía olvidarse que contribuyeron significativamente a la sanción los sendos pronunciamientos jurisdiccionales que para cada caso dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Cuando la intención presidencial de indultar a Alberto Fujimori fue manifestándose con claridad, generando inquietud en las víctimas acerca de la suerte del Plan Nacional de Derechos Humanos, la Dirección General de Derechos Humanos discutió internamente cuál sería el mensaje a transmitir a los participantes en el proceso de su elaboración: Se daría continuidad a la estrategia prevista y, de presentarse la posibilidad de ofrecer una opinión especializada al titular del sector, se recomendaría no recurrir al indulto humanitario aunque sí explorar la eventualidad de optar por otra salida -ciertamente polémica y con un importante costo político pero no necesariamente de impunidad- consistente en un arresto domiciliario.

Desde la propia bancada del partido de gobierno -Peruanos por el Cambio (PPK¹²)-, Roberto Vieira, uno de sus exintegrantes, había intentado meses antes impulsar una salida como la apuntada, de manera apresurada, en el Congreso sin obtener ningún respaldo; tampoco tuvo eco alguno su propuesta en el Poder Ejecutivo. Antiguo militante de Fuerza Popular -partido liderado por Keiko Fujimori- y adepto a la figura de Alberto Fujimori, el representante aún oficialista había presentado un Proyecto de Ley ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento planteando la concesión de prisión domiciliaria a los reos mayores de setenta y cinco años. Asumiendo que tendría el respaldo de al menos treinta representantes de la mayoría opositora, vio pronto cómo su propuesta se archivaba. Esta es la explicación del sociólogo David Sulmont (2017) sobre tales actitudes reacias a esa iniciativa aislada:

En el Congreso, los fujimoristas sabían que si, con su mayoría, se aprobaba el proyecto de ley que otorgaba arresto domiciliario a reos mayores de 75 años, se les iba a cuestionar por tener nombre propio y porque iba a abrir las puertas de la prisión a otros criminales como Montesinos. Ese hubiera sido un precio alto para Keiko Fujimori.

Por eso ella trata de trasladar ese costo al jefe de Estado, presionándolo a través de otros medios como la interpelación a ministros. Quiere una victoria sin pérdidas.

¹¹ Una aproximación certera de la labor multisectorial desplegada, la importancia de la experiencia y el compromiso de los funcionarios encargados de las investigaciones; así como de los éxitos y fracasos del esfuerzo por hacer de las extradiciones un mecanismo destinado a la combatir la impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos, y de corrupción, se ofrece en la tesis de la Maestría en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú elaborada por Quinteros Marquina (2014). Víctor Quinteros Marquina fue el Director General de Asuntos Criminológicos durante la gestión de la exministra Pérez Tello.

¹² Un acrónimo que hace referencia a las iniciales de Pedro Pablo Kuczynski.

La iniciativa del arresto domiciliario -apenas un sucedáneo al indulto humanitario- debía corresponder en esta ocasión al Poder Ejecutivo, planteándole a la mayoría opositora que asumiese un discurso público consecuente con su proclamado deseo de ver libre a su líder histórico y adoptase una decisión responsable, aprobando una norma de rango legal con sus votos. Demostraría así estar dispuesta a abstraer de los intereses de liderazgo de ese momento secundando una exigencia de excarcelación al patriarca de los Fujimori que se suponía contaba con amplio respaldo de la ciudadanía. A pesar de que se concretaría un encierro en casa, ello no significaba el otorgamiento de perdón ni gracia alguna; en suma, podía evitarse -en cierta medida- por esa vía el retorno escandaloso de la impunidad en el país.

Esa posición permaneció en el equipo de la Dirección General de Derechos Humanos y en ocasiones fue transmitida a -y discutida respetuosamente con- algunos actores del entorno de diálogo pertenecientes a la sociedad civil. Ellos la rechazaban tajantemente desde su postura cargada de convicciones; no obstante, la preocupación por el indulto humanitario iba escalando desde algunas direcciones hasta la Alta Dirección, abriéndose paso, poco a poco, sin quedar descartado el perdón, la reflexión sobre el siguiente punto en la agenda destinado a lograr la total libertad de Alberto Fujimori: el derecho de gracia.

Algunas semanas antes de dejar el cargo, la exministra Pérez Tello requirió de algunos de sus funcionarios, técnicos de alto nivel vinculados al Viceministerio de Justicia, orientación acerca de la posibilidad de otorgar el indulto humanitario sobre el que ya se habían dado varias de las declaraciones presidenciales reseñadas. A partir de los argumentos que le proporcionasen los especialistas, ella podría sustentar su posición como titular del Sector ante el jefe de Estado. Necesitaba explorar, por tanto, las más mínimas posibilidades legítimas que cabían para que se adoptase la medida y las objeciones puntuales a las mismas. Ello le permitiría plantear el marco de actuación del Ministerio y asesorar al presidente a la hora de tomar una decisión definitiva.

Los antecedentes que obraban en la Comisión de Gracias Presidenciales, a través del informe contenido en el Expediente núm. 00123-2012-JUS/CGP cuya conclusión fue no recomendar el indulto humanitario a Fujimori, eran una guía clave. No sólo se descartaban los supuestos condicionantes de la medida previstos en el artículo 31 del Reglamento Interno de dicha Comisión: a) padecer enfermedades terminales; b) enfermedades que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; todo ello en condiciones carcelarias que agraven el riesgo de pérdida de la vida, salud e integridad del condenado; y c) trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos en condiciones carcelarias agravantes de ese estado, sino que, además, se requería una sólida argumentación en la decisión por la existencia comprobada de las graves violaciones a derechos humanos que involucraban al solicitante.

Esta era una variable de peso que la máxima instancia del Poder Ejecutivo debía considerar: ¿asumiría la responsabilidad política y jurídica de dar libertad a un personaje culpable de graves violaciones de derechos humanos, que había sido juzgado y condenado a veinticinco años de cárcel con todas las garantías procesales aseguradas por jueces con un desempeño intachable¹³?; ningún presidente

¹³ El 18 de noviembre de 2014, el juez peruano César San Martín Castro, quien presidió la Sala Penal Suprema que juzgó y condenó a Alberto Fujimori, presentó a quienes asistimos a la sesión XXXVI del Seminario Permanente Jesús G. Amuchastegui, organizada por el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDyJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, la ponencia: "Reconstruyendo identidades cívicas mediante la Justicia: el caso Fujimori"; en esa ocasión, proporcionó sólidos

democrático había dado tal paso de connotación histórica. Sin embargo, era también legítimo valorar -como había adelantado PPK- que de haberse generado alguna de las circunstancias previstas en el artículo apuntado correspondería al Presidente -por clemencia- disponer una medida de “perdón”, erráticamente calificado como “médico”. Concernía, eso sí, a los profesionales de la salud jugar un papel determinante en la adopción de tal medida.

Abierta aún esta posibilidad, la exministra fue advertida de la insuficiencia del otorgamiento del indulto humanitario para asegurar la esbozada voluntad presidencial de dar libertad plena al exmandatario. Irrumpió así la referencia a un proceso de extradición reciente sobre unos hechos por los cuales Alberto Fujimori debía ser juzgado: El caso Pativilca. Al producirse la extradición del prófugo expresidente desde Chile en 2007, el cuadernillo correspondiente a esta matanza perpetrada en 1992 por el Grupo Colina -un escuadrón paramilitar integrado por personal militar en cuya cabeza, jurídica y “fácticamente”, estaba el autócrata expresidente- no había sido todavía tramitado. Recién en 2015, las autoridades chilenas autorizaron la ampliación de la extradición para iniciar el juicio de unos crímenes cuyos elementos eran en lo esencial los mismos advertidos en los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

De otorgarse únicamente el indulto humanitario, la tranquilidad de Alberto Fujimori no estaría garantizada, pues era previsible una decisión jurisdiccional que dispusiese su internamiento considerando la gravedad de los hechos por los que aún debía ser juzgado, así como el riesgo de fuga y el peligro procesal ya demostrados con su conducta en el pasado. La medida demandaba recurrir al otorgamiento del “derecho de gracia”: “la potestad del Presidente de la República para extinguir la acción penal a los procesados en casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”, según reza el artículo 3 del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales. En definitiva, se trataba de una amplia impunidad para crímenes juzgados y para casos que no llegarían a tener sentencia. La exministra Pérez Tello no podía tolerar esa deriva que supuso al poco tiempo su salida del Ministerio.

4. Hacia un indulto humanitario (con derecho de gracia) irrestricto

El periodista de investigación Ricardo Uceda, especializado en indagar y publicar sobre crímenes cometidos durante el gobierno fujimorista, reveló en un artículo periodístico que salió a la luz a inicios de 2018 una de las condiciones requeridas por Palacio de Gobierno para elegir al nuevo titular de Justicia y Derechos Humanos. Recogiendo la vivencia del ex Procurador Ad Hoc para los casos de Fujimori-Montesinos, José Ugaz Sánchez-Moreno, señaló que, a mediados de septiembre de 2017, el aún Presidente de Transparencia Internacional fue contactado por el exministro del Interior Carlos Basombrío¹⁴ para responder a lo siguiente: “La pregunta que se me hizo fue si yo estaría dispuesto a aceptar el Ministerio de Justicia y si tendría algún problema, en el momento dado, de firmar el indulto a Fujimori.” Esta fue la contestación del abogado penalista:

argumentos que rebatían los cuestionamientos planteados a los aspectos medulares de la célebre sentencia.

¹⁴ Carlos Basombrío, sociólogo de profesión, es un reconocido analista político que durante la década fujimorista fue parte del cuerpo directivo de una de las ONGs más influyentes en materia de derechos humanos: el Instituto de Defensa Legal (IDL). Se mantuvo al frente del Ministerio del Interior hasta unos pocos días después de haberse decidido el indulto y la gracia presidencial favorables a Alberto Fujimori.

Yo lo que dije es que, en primer lugar, el indulto tiene un presupuesto legal, y a mí el hecho de que sea Fujimori o cualquier otro no me impediría –en el supuesto que aceptara– una posición de esa naturaleza¹⁵.

Uceda (2018) destacaba el hecho que “en el espectro político contrario a Fuerza Popular [el partido encabezado por Keiko Fujimori] había quienes aceptaban la idea del indulto humanitario y hasta hubieran podido participar en su implementación.” Contraponía esa actitud a la de ciertos actores antifujimoristas absolutamente reacios a la medida que reivindicaban ante todo que se concrete la justicia ante las graves violaciones de derechos humanos. Ahora bien, la actitud del ex Procurador Ugaz, y la de otros juristas demócratas¹⁶, más que militante era una postura técnica que en efecto daba luz verde a la medida, pero con salvaguardas; es decir, siempre y cuando se cumpliesen ciertos condicionantes. Así los resumía el periodista:

¿Cuáles eran esas condiciones? Ante todo, un grupo de médicos dictaminadores de indiscutida probidad, y de preferencia extranjeros que hubieran ocupado cargos internacionales. Segundo, una negociación con Fujimori para un convincente pedido de perdón por los execrables delitos que permitió durante su gobierno. Luego, medidas que incluyeran otros aspectos que han quedado sin retomar de una agenda de reconciliación: reparaciones, procesos investigativos paralizados, política para reinserción de exterroristas (*ibíd.*, 2018).

Como puede apreciarse, la preocupación de los expertos se centraba -en el periodo de relevo del titular ministerial- en las posibilidades de que el Presidente otorgue un indulto que no resultase arbitrario; no obstante, la ministra saliente había valorado ya lo que en realidad le correspondería asumir a quien ocupase el alto cargo: forzar la ponderación entre las exigencias legítimas de clemencia, por el quiebre sensible de la salud de un hombre anciano, y de justicia, por los crímenes atroces en los que la misma persona había participado. El recurso al derecho de gracia, atribuido al Jefe de Estado, planteaba -ya visualizado el caso Pativilca- una afectación directa al derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva para evitar la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos; estas debían ser investigadas y sancionadas según lo dispuesto en las sentencias de los casos “Barrios Altos” y la “La Cantuta” por la Corte IDH.

Un actuar prudente del nuevo ministro, y su equipo allegado, era lo esperado. Lastimosamente, pronto se evidenció improvisación y desacuerdo en los pasos destinados a concretar ambas medidas. La lógica de trasfondo era que tanto el indulto humanitario como el derecho de gracia eran prerrogativas presidenciales irrestrictables. Bajo tal premisa, en octubre se procedió a renovar en pleno la composición de la Comisión de Gracias Presidenciales excluyendo a los representantes de las organizaciones ciudadanas que durante años habían participado en la elaboración de las recomendaciones. Lo más llamativo fue el nombramiento, como presidente del órgano, de un nonagenario ignorante de las razones de su convocatoria, viéndose obligado muy pronto a renunciar al cargo.¹⁷

¹⁵ Declaraciones ofrecidas en una entrevista del Programa “No hay Derecho” de *ldeeleradio* el 23/1/2018. Disponible en: <https://ldeeleradio.pe/lo-mas-visto/jose-ugaz-quedaa-poca-duda-de-que-indulto-a-fujimori-se-dio-sobre-una-base-fraudulenta/>. (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018). La transcripción está disponible en: <http://larepublica.pe/politica/1174729-jose-ugaz-confirma-que-le-ofrecieron-el-minjus-y-le-preguntaron-si-firmaria-el-indulto>. (fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).

¹⁶ Junto a José Ugaz, Diego García Sayán, quien entre 2010 y 2014 había presidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también asumía una salida a través del perdón: “Un indulto como parte de un proceso de reconciliación serio, como el de Colombia, hubiera sido deseable y si me lo hubieran pedido habría estado dispuesto a colaborar” (Uceda, 2018).

¹⁷ Orlando Franchini Orsi fue nombrado, en octubre de 2017, Presidente de la Comisión de Gracias Presidenciales por el ex Ministro Mendoza Ramírez. Entrevistado sobre su nombramiento, respondió así

Entre octubre y noviembre de 2017, mientras volvía a conformarse la Comisión de Gracias Presidenciales, la expectativa del indulto a Fujimori -asumido como inminente- se centraba en saber cuándo se decidiría, mientras el exministro Mendoza Ramírez repetía a la prensa, y al Congreso, incluso avanzado el mes de diciembre, que no existía registro de solicitudes presentadas para su evaluación. De manera insólita, el 21 de diciembre el expresidente Kuczynski se veía obligado a defender su investidura ante el Congreso de la República, que había instado un procedimiento constitucional para vacarlo por incapacidad moral¹⁸.

Los periodistas de investigación Ángel Páez, Lupe Muñoz y Doris Aguirre (2017), del diario *La República*, ofrecen una reconstrucción certera de los pasos finales que condujeron a la liberación del exmandatario. En principio, no era cierto lo reiterado por el ministro respecto de la inexistencia de solicitudes: 45 peticiones de indulto y conmutación de pena habían sido presentadas por sus familiares y terceros, 39 habían sido rechazadas y restaban 6 pendientes de respuesta hasta que el propio Alberto Fujimori instó su pedido -el 11 de diciembre- ante el director del Penal donde estaba internado. Todo ello antes del trámite de la vacancia iniciado formalmente el día 15 de ese mes, aunque agilizado tres días antes con la revelación de la información que vinculaba al expresidente con la constructora Odebrecht.

Entre fines de noviembre e inicios de diciembre se produjo la renuncia del Director General de Justicia y Libertad Religiosa, Pedro Grández Castro, anticipándose a lo que vendría semanas después. Le inquietaba el proceder poco transparente de los funcionarios y órganos involucrados con la adopción de la medida. Su preocupación se centraba en la modificación soterrada de normas para facilitar una decisión sorpresiva. Así evidencia esos cambios normativos la investigación periodística:

"¿Quién sabía el lunes 11 de diciembre, cuando Fujimori pidió el indulto, que el presidente Kuczynski estaba en peligro inminente de vacancia? Nadie. Lo que pasó fue que Fujimori estaba enterado que habían cambiado algunas normas internas sobre el proceso de indulto humanitario, así que presentó su solicitud", señalaron las fuentes de Palacio de Gobierno. ¿Que no hubo trato deferente? Por supuesto que lo hubo.

[...]

Con una velocidad inusual, el mismo lunes 11 de diciembre, el director de [el Penal] Barbadillo, Kenneth Mora Landeo, requirió la conformación de una Junta médica Penitenciaria al director de Redes Integrales de Salud Lima Este, jefaturada por el comandante en retiro Luis Champin Loli.

En menos de 24 horas, el martes 12 de diciembre, Champin, "en coordinación con el Nivel Central del Ministerio de Salud", designó a los médicos Víctor Sánchez Anticona, Guido Fernández Montenegro y Juan Postigo Díaz. Este último oncólogo de cabecera del expresidente Fujimori. Postigo era conocido por el INPE. El 25 de enero de 2013, el Instituto Nacional Penitenciario, dependiente del Ministerio de Justicia, rechazó la presencia de Juan Postigo en la junta médica para evaluar a Fujimori "porque no garantizaba la objetividad e imparcialidad de la diligencia médica". Pero con el cambio

a la prensa: "Para mí todo es una sorpresa. No me lo esperaba. No sé mucho de lo que me han nombrado. Ni sé quién, ni cómo, ni cuándo". Véase: Castañeda Palomino (2017).

¹⁸ Una información sorpresiva llegada a una Comisión Investigadora del Congreso sobre pagos efectuados por la constructora Odebrecht a una de las empresas que el expresidente había fundado y le permitía obtener ingresos mientras era funcionario del Estado, posibilitó un mecanismo de vacancia previsto constitucionalmente, que apuntaba, a su vez, a un control del poder político por parte de la oposición.

de las normas, ya no era el INPE sino el Ministerio de Salud el que designaba a los médicos (Páez, Muñoz y Aguirre, 2017).

En apenas trece días se resolvió la solicitud de indulto, a la que Fujimori acompañó otra de conmutación de pena el 14 de diciembre. Mientras el expresidente Kuczynski se defendía en el Congreso, llegaban a la Dirección General de Derechos Humanos, por mensajería electrónica, imágenes de documentos correspondientes a los pedidos que ya se estaban tramitando -el pedido de conmutación y el informe de la junta médica que servía a la liberación de Fujimori. El hermetismo al respecto era total en las máximas instancias del Ministerio. Fue la propia presidenta del Consejo de Ministros de entonces, Mercedes Aráoz -obligada a declarar cuando esa información llegó a la prensa- quien afirmó: "El documento exhibido no ha llegado al Ministerio de Justicia ni a la Comisión de Gracias Presidenciales". En realidad, como informó el portal periodístico *Ojo Público*:

... [según] la actual versión del Minjus y del propio Falconi [Viceministro de Justicia], el expediente del indulto había llegado tres días antes sin "una serie de documentos médicos" a la secretaría técnica de la Comisión de Gracias Presidenciales. Según esa versión, recién el 22 de diciembre llegaron los documentos completos (Castro y Cabral, 2017).

Cuando la vacancia no pudo concretarse, pocos sospechaban en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la sorpresa que tenía reservada al país el expresidente Kuczynski, acompañado del exministro Mendoza Ramírez, la víspera de la Navidad de 2017. Los rumores se hicieron fuertes al finalizar el sábado 23 y, desde muy temprano, el domingo 24 el desenlace apareció inexorable. Un ex alto cargo del Sector allegado al ministro, me contactó telefónicamente ese día a las 8:30 horas de la mañana para plantearme la aciaga tarea de elaborar argumentos para la resolución del indulto, recordándome la posición de un experto en derechos humanos -Diego García Sayán- quien manifestó públicamente la viabilidad de concretarlo. Mi renuencia inicial se tornó en oportunidad para dejar apuntados los límites, o condiciones, a la atribución presidencial.

5. Un indulto humanitario (con derecho de gracia) en Navidad

Antes de proceder a redactar la propuesta, consulté con mi superior inmediato -el Director General de Derechos Humanos- si estaba al tanto de lo que se me había encargado. Él me aseguró que no se le había comunicado sobre mi intervención ni se había requerido la opinión de la Dirección General sobre la decisión. La improvisación, el mismo día en que se haría público lo ya anunciado, quedaba una vez más en evidencia. Ese proceder poco cauto me brindó algo de margen para plantear límites al indulto humanitario. Al respecto, cabía considerar que las voces de los juristas favorables a la medida hacían hincapié en las condiciones exigibles para una decisión legítima. No se me pidió argumento alguno para sustentar el derecho de gracia.

Asumí que no me correspondía verificar la existencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 31 del Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales; es decir: enfermedades terminales o graves, degenerativas e incurables; o trastornos mentales crónicos e irreversibles. Esa era tarea de la propia Comisión que evaluaba la situación del condenado para recomendar su liberación. Desde mi especialidad jurídica y mis conocimientos resultado de años de estudio sobre los Derechos Humanos debía poner énfasis en los antecedentes jurisdiccionales (nacionales e internacionales) y administrativos que alejasen a la medida de toda arbitrariedad, recordando su virtual control constitucional. Esta fue mi propuesta técnico-jurídica remitida hacia las 15:00 horas al solicitante del Ministerio:

ARGUMENTOS PARA UNA JUSTIFICACIÓN SATISFACTORIA DE OTORGAMIENTO DE INDULTO HUMANITARIO

A. LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CONCEDER INDULTOS HUMANITARIOS

1. La Constitución Política del Perú dispone en el artículo 118, inciso 21, la atribución del Presidente de la República de: "Conceder indultos y commutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria."

2. Esta atribución presidencial, especialmente en lo relacionado con la concesión de indultos y commutación de penas, limita ciertos valores constitucionales, principios y derechos constitucionales por lo que es exigible una justificación que alcance un reforzado test de racionalidad.

3. La atribución presidencial está sometida a control constitucional; así, en relación con el ejercicio del derecho de gracia se ha señalado que "no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales"¹⁹. La misma razón aparece en relación con el indulto humanitario, pues si bien se trata "de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad", ello "no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y en la más absoluta arbitrariedad"²⁰, ya que a través del indulto²¹.

➤ Se incide negativamente en la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena y el nivel de daño causado por la conducta ilícita sobre un determinado bien constitucional. Inclusive, tal incidencia negativa es mayor cuando el bien que debe ser protegido por el derecho penal es un derecho fundamental.

➤ Se limita el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La protección que garantiza una sanción resulta efectiva para la defensa de derechos fundamentales pues –ha señalado el TC- "renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado consiste en '(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)', ello se materializa con la sanción de los delitos."²²

➤ Se perturba una manifestación del principio de separación de poderes por el cual la potestad de administrar justicia compete al Poder Judicial; en ese sentido, ambas medidas representan una excepción a la plena concreción de estas previsiones constitucionales por lo que su ejercicio debe ser "interpretado restrictivamente".²³

B. ALCANCES DE LA ATRIBUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CONCEDER INDULTOS HUMANITARIOS

4. Es necesario, por ello, prestar atención a determinadas restricciones a la atribución que han ido configurándose al interior del sistema jurídico peruano mediante normas legales de índole penal, de decisiones que al respecto ha desarrollado el Tribunal Constitucional y de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. En ese sentido, debe tomarse en consideración que incluso si la decisión de indultar a un condenado deviene en cosa juzgada, "ello no obsta que pueda, excepcionalmente, ser objeto de anulación en sede jurisdiccional. Adviértase que dicho control no versa sobre la conveniencia o no del indulto, una materia reservada

¹⁹ Exp. núm. 4053-2007-PHC/TC. Alfredo Jaililie, párrafo 15.

²⁰ Exp. núm. 03660-2010-PHC/TC. José Enrique Crousillat López Torres, párrafo 3.

²¹ Exp. núm. 0012-2012-PI/TC

²² STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 28.

²³ Exp. núm. 0012-2012-PI/TC, párrafo 42.

a la discrecionalidad del Presidente de la República, sino sobre su constitucionalidad”²⁴.

6. Ahora bien, la atribución presidencial de indultar²⁵, pese a limitar valores, principios y derechos, no es inconstitucional, pero requiere de una motivación que “debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales”²⁶. La pauta a seguir es que mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto.”²⁷

7. En relación con el indulto humanitario, si la medida es dictada en el marco de la persecución penal estatal puede llegar a ser inconstitucional si no preserva los fines que cumple la pena en un Estado social y democrático de Derecho²⁸. Ha señalado el TC: “Ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse.”²⁹ Consecuentemente, las medidas de gracia presidencial concedidas por motivos humanitarios sólo proceden “en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde el punto de vista de la prevención especial.”³⁰ Existen antecedentes de la aplicación de esta restricción en el tratamiento del indulto por razones humanitarias³¹.

[Enseguida corresponde especificar las razones fehacientes de la existencia de enfermedad grave o incurable de carácter terminal].

C. ASPECTOS MATERIALES A SER CONSIDERADOS EN LA CONCESIÓN DE INDULTOS EN GENERAL -INCLUIDOS LOS DE CARÁCTER HUMANITARIO-, DERIVADOS DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y LEGALES

El tratamiento del indulto constituye una materia especialmente sensible para el Estado peruano; así, la Comisión de Gracias Presidenciales acogió todas las previsiones del máximo intérprete de la Constitución en el sistema jurídico peruano y advirtió que este tipo de medidas puede llegar a: “Debilitar la obligación internacional del Estado, derivada del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de prevenir, investigar y *sancionar* toda violación de los derechos reconocidos en la Convención”³² (cursiva agregada); una obligación prevista por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras³³, decisión que ha guiado la jurisprudencia constitucional peruana.

Consecuentemente, tratándose de crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras que pretendan “suprimir los efectos de la sentencia condenatoria” (Casos Molina Theissen vs. Guatemala; 19 comerciantes vs. Colombia; Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Tibi vs. Ecuador: Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala; Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador; Huilca Tecse vs. Perú)³⁴.

²⁴ Exp. núm. 03660-2010-PHC/TC. José Enrique Crousillat López Torres, párrafo 10.

²⁵ En virtud del ejercicio del indulto “se extingue la pena impuesta a través de una resolución judicial firme por la comisión de un determinado ilícito penal”, lo que resulta concordante con lo previsto en el artículo 89 del Código Penal que señala: el “indulto suprime la pena impuesta”. Se traduce tal decisión como un acto asimilable al perdón. Exp. Núm. 0012-2012-PI/TC, párrafo 34.

²⁶ Exp. núm. 0012-2012-PI/TC, párrafo 44.

²⁷ Exp. núm. 0012-2012-PI/TC, párrafo 45.

²⁸ Exp. núm. 4053-2007-PHC/TC. Alfredo Jaililie Awapara, párrafo 18.

²⁹ Exp. núm. 0019-2005-PI/TC.

³⁰ Exp. núm. 4053-2007-PHC/TC. Alfredo Jaililie Awapara, párrafo 27.

³¹ Exp. núm. 03660-2010-PHC/TC. José Enrique Crousillat López Torres, párrafo 13.

³² Exp. núm. 00123-2012-JUS/CGP – caso Alberto Fujimori Fujimori.

³³ Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

³⁴ Es especialmente relevante el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia que señala expresamente: “el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento

Asimismo, la atribución presidencial de conceder indultos, commutar penas y ejercer el derecho de gracia debe ser respetuosa de las leyes que consideran limitaciones a supuestos de especial gravedad como conductas punibles. Se ha previsto restricciones legales a la atribución presidencial en los siguientes delitos: Sicariato - Conspiración y ofrecimiento para el sicariato (Arts. 188 C y 108 D del Código Penal), Violación de menor de edad (Arts. 173 y 173 A del Código Penal), Extorsión (Art. 200 del Código Penal), Secuestro (Art. 152 del Código Penal), Robo Agravado (Art. 189 del Código Penal), Tráfico Ilícito de Drogas (Arts. 296 y 297 del Código Penal) y Prevaricato (Art. 418 del Código Penal). En ningún de estos supuestos se autoriza el indulto común, y en los cuatro primeros se añade la restricción para la commutación de pena y el derecho de gracia.

La atribución presidencial de conceder indultos, incluida la de otorgar indultos humanitarios, requiere someterse al marco constitucional vigente que prevé su carácter discrecional, pero no arbitrario. Debe asegurarse el respeto a las limitaciones legislativas contenidas en normas de carácter penal, los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo dispuesto por las sentencias del órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A las 18:00 horas, la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República emitió un comunicado dando cuenta del otorgamiento de ambas medidas favorables a Alberto Fujimori. Su argumento principal rezaba: "Una junta médica oficial ha evaluado al interno y ha determinado que el señor Fujimori padece de una enfermedad progresiva, degenerativa e incurable y que las condiciones carcelarias significan un grave riesgo a su vida, salud e integridad." A mil doscientos kilómetros de Lima, a pocas horas de la Navidad, la sensación de impotencia fue enorme cuando me anunciaron que no hubo ocasión para considerar lo que había planteado. Al poco tiempo, Roger Rodríguez Santander depositaba en el buzón de correos del Ministerio su carta de renuncia irrevocable al cargo de Director General.

6. Epílogo: la condena al indulto (y a la gracia presidencial)

El domingo 24 de diciembre, a pocas horas de celebrar la Navidad, grupos de espontáneos ciudadanos, indignados por la noticia, se movilizaron para expresar su protesta en algunas plazas públicas de la capital peruana. Al mismo tiempo, comenzó a circular por las redes sociales la carta de renuncia irrevocable dirigida al Ministro de Justicia y Derechos Humanos de quien era aún el Director General de Derechos Humanos. Figuraban en ella argumentos que cuestionaban los fundamentos de la decisión adoptada. Se desconoce quién inició la difusión del documento en imagen - pues no había sido su autor-, pero su impacto público daba la primera campanada del rechazo a la impunidad que ha llegado a convocar varias manifestaciones, proyectadas luego al resto del Perú y al extranjero.

El 25 de diciembre, los diarios de alcance nacional informaban de esa renuncia reproduciendo el texto de la carta que sostenía una idea clave: por razones jurídicas y éticas, "Alberto Fujimori no calificaba para la concesión de un indulto humanitario". Era la conclusión de un funcionario experimentado que, en el pasado, había conformado la Comisión de Gracias Presidenciales y participó -en 2013- de la recomendación de no conceder la gracia al exmandatario. No admitía la verosimilitud de los supuestos problemas de salud que conducían al otorgamiento de las medidas; además, situaba la ausencia de valoración de normas de derechos humanos en sus justos términos:

de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria, que sigue la línea trazada por las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú".

Por ende, los execrables hechos que justificaron su justa sentencia condenatoria por violación de derechos humanos determinan que dicho indulto carezca de justificación jurídica, tanto por razones derivadas del Derecho interno como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asumiendo que se veía guiado por un imperativo moral, terminaba exhortando al exministro Mendoza Ramírez a poner todo su empeño en concretar la aprobación del Plan Nacional de Derechos Humanos. Para entonces, a través de la Resolución Suprema núm. 281-2017-JUS, el expresidente de la República, con el refrendo del titular de Justicia y Derechos Humanos, ya había oficialmente concedido el “indulto y el derecho de gracia por razones humanitarias” al interno Alberto Fujimori solo en función de una de las condiciones legales: “el interno padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad”³⁵.

Tres congresistas oficialistas, tres Ministros de Estado, así como varios altos funcionarios del Ministerio y de otras instituciones públicas tomaron distancia del gobierno. El lunes 26 de diciembre no pude entregar mi renuncia a mi superior inmediato, pues él ya había sido notificado con la aceptación de su pedido irrevocable. Al ex Viceministro de Derechos Humanos repetí resumidamente lo argumentado en la propuesta que me fue solicitada dos días antes: “La concesión del indulto humanitario y, más aún, de la gracia presidencial otorgada a un condenado por delitos de lesa humanidad requiere, por exigencia constitucional, una motivación reforzada. Al no aparecer ésta en la Resolución Suprema mencionada tiene todos los visos de consagrar la impunidad por graves violaciones de derechos humanos, una deficiencia que compromete sensiblemente la eficacia de las políticas públicas en la materia.”

Si el indulto y el derecho de gracia otorgados a Fujimori fueron moneda de cambio para que el expresidente obtuviese apoyo político para evitar su vacancia, es un aspecto que no se aborda en este artículo. Interesa más, en relación con la impunidad, valorar las reacciones internacionales. Así, el exrepresentante para América del Sur de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017), Amerigo Incalcaterra, el mismo 26 diciembre lamentó la decisión precisando que: “la concesión de indultos es una prerrogativa que exige un análisis riguroso en cada caso, considerando la gravedad de los hechos en el marco de un proceso transparente e inclusivo, a la luz de las normas internacionales de derechos humanos”; en consecuencia, “las decisiones de las autoridades deben respetar siempre la obligación del Estado de investigar, procesar y sancionar las violaciones de derechos humanos, evitando cualquier situación que pueda llevar a la impunidad.”

³⁵ De acuerdo con los considerandos de la Resolución Suprema, los males -poco graves- que justificaron la medida fueron: “fibrilación auricular paroxística con riesgo moderado de tromboembolismo, hipertensión arterial crónica con crisis hipertensivas a repetición que han merecido atención de emergencia y evacuación, cardiopatía hipertensiva de grado leve – moderado, insuficiencia mitral, hipotiroidismo sub clínico, cáncer de lengua tipo carcinoma epidermoide medianamente invasivo intervenido quirúrgicamente hasta en seis oportunidades con riesgo de recidiva, trastorno depresivo en tratamiento farmacológico, hipertrofia benigna prostática grado II, insuficiencia periférica vascular y hernia lumbar de núcleo pulposo L2 – L3”, detectados por la Junta médica que recomendó el indulto por razones humanitarias; asimismo señala: “el interno se encuentra delicado de salud, con diagnóstico médico de un cáncer de alto riesgo en la cavidad bucal; asimismo, refiere que dicho estado le impide el desarrollo normal de sus actividades cotidianas, su dolencia le limita la fluidez de una pronunciación correcta. Refiere también que de modo continuo recae en un estado de postración por depresión de la que se recupera de forma momentánea por la atención médica y psiquiátrica que recibe; por lo que, el mencionado informe opina favorablemente a la solicitud del interno, debido a razones humanitarias.”

El 27 de diciembre, la Corte IDH dispuso celebrar una audiencia extraordinaria -el 2 de febrero de 2018- con la finalidad de atender solicitudes de las partes relativas a la supervisión de cumplimiento de sus sentencias en dos casos paradigmáticos que tienen como demandado al Estado peruano: Barrios Altos y La Cantuta. El indulto y la gracia presidencial concedidos interfieren en los efectos de las decisiones del órgano supranacional.

El 28 de diciembre, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) expresó, a través de un Comunicado de Prensa, “su profunda preocupación por la decisión del gobierno peruano”. Para este órgano: “El indulto presidencial es una potestad constitucional discrecional del Presidente de la República, pero debe estar regida por principios constitucionales y normas internacionales de derechos humanos”; en definitiva, “el indulto a Alberto Fujimori no cumple con requisitos legales fundamentales, como tampoco con elementos del debido proceso legal e independencia y transparencia de la junta de evaluación técnica.”

Ese mismo día, en el sitio web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017) apareció una nota destacando la posición de la Relatora especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Agnès Callamard, y del Relator especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no repetición, Pablo De Greiff, contando con el respaldo del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Ambos recordaron que las medidas otorgadas habían favorecido a alguien condenado por graves crímenes tras un juicio justo; el perdón, por tanto, significaba una “bofetada en el rostro” de las víctimas y los testigos que hicieron posible su sanción.

A nivel interno dos pronunciamientos resultan cruciales. En enero de 2018, la Defensoría del Pueblo (2018: 28) publicó el Informe Defensorial núm. 177 cuya primera conclusión apunta a la deficiente motivación de la Resolución Suprema núm. 281-2017: Así, “en relación con el indulto humanitario, no se esgrime una motivación suficiente acerca de la proporcionalidad entre la gravedad de los delitos concernidos y las razones humanitarias que habrían motivado su concesión”; y respecto del derecho de gracia: “no se ha expresado cuáles son los procesos penales en trámite sobre los que aplicaría esta gracia presidencial, ni la razón por la cual el Estado ha renunciado a la persecución del delito. Tampoco se establecen los argumentos referidos a la habilitación del derecho de gracia derivados del excesivo plazo que había transcurrido en el proceso penal.”

A continuación, detalla otras deficiencias de la decisión adoptada destacando que la Resolución Suprema “no expresa de manera suficiente las razones médicas por las cuales se concedieron las gracias presidenciales”; asimismo, que no se respetan los “límites en la discrecionalidad de la potestad de otorgar gracias presidenciales” y que se advierte la ausencia de “la necesaria participación de las víctimas y el respeto a su integridad moral” cuando el ex Presidente de la República asumió la decisión que involucra casos relacionados con graves violaciones a los Derechos Humanos e hizo invocaciones a la reconciliación nacional (Defensoría del Pueblo, 2018: 28-30). Las recomendaciones que siguen a estas conclusiones no resultan vinculantes para las autoridades estatales, pero fijan una agenda que puede ser reclamada por la ciudadanía.

El revés más importante contra la Resolución Suprema que concede el indulto humanitario y la gracia presidencial se ha dado en sede jurisdiccional, a través de la resolución de 9 de febrero de 2018 expedida por la Sala Penal Nacional (2018) conformada por las y los jueces superiores Cano López, que actuó como ponente, Pimentel Calle y Veramendi Márquez. La defensa del procesado Alberto Fujimori había solicitado la extinción de la acción penal en el caso Pativilca a raíz de la decisión

del expresidente de la República Pedro Pablo Kuczynski, mientras el patrocinio de las víctimas solicitó al tribunal ceñirse al marco constitucional ejerciendo sus facultades de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

La decisión podía haberse centrado sólo en aspectos de forma: la verificación del plazo que dispone el artículo 118, inciso 21 de la Constitución para que proceda la gracia presidencial: “que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”, equivalente a veinticuatro meses. Una condición incumplida, pues consideró el tribunal que esta etapa, sólo computable desde la extradición, sólo ha llegado a seis meses con diecinueve días. Es el tratamiento de fondo lo que resulta fundamental ya que los jueces asumen que el otorgamiento del indulto humanitario y la gracia favorables a Fujimori no solo “resulta incompatible con los deberes de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, siendo además una medida que como hemos analizado colisiona claramente con derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución”. La orden de seguir investigando al procesado exmandatario requiere un pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema.

Resultado de una grave crisis política, el 21 de marzo de 2018, Pedro Pablo Kuczynski renunció a la Presidencia de la República al publicarse en los medios de comunicación material audiovisual que evidenciaba un proceder deleznable para evitar su vacancia, ante un segundo pedido instado por una mayoría de congresistas. Altos funcionarios de su gobierno aliados con Kenji Fujimori -el hijo menor de Alberto Fujimori- hacían ofrecimientos a representantes del bloque fujimorista mayoritario en el Congreso, cuya lideresa es Keiko Fujimori, para que voten a favor de la permanencia del aún entonces Presidente a la cabeza del Poder Ejecutivo.

A los pocos días, el 24 de marzo, tras una incautación de documentos en casa del expresidente realizada por un equipo especial del Ministerio Público encargado de investigar el complejo caso de corrupción internacional Lava Jato, aparecieron evidencias de una coordinación sostenida entre el renunciante exmandatario y Kenji Fujimori para que se otorgue el indulto presidencial. Se nutría así con mayores elementos la primicia publicada en enero por la agencia británica Reuters cuando informó sobre: “La alianza secreta entre Kuczynski y Fujimori: cómo se selló el indulto del expresidente de Perú”, que sólo pudo concretarse tras la renuncia de la exministra María Soledad Pérez Tello³⁶.

El nuevo Presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, nombró como Ministro de Justicia y Derechos Humanos al congresista de su partido Salvador Heresi Chicoma. Durante su gestión, la Corte IDH se pronunció por primera vez acerca de la compatibilidad o no del otorgamiento de un indulto humanitario y el respeto al marco interamericano de protección de los Derechos Humanos. El 6 de junio, el tribunal internacional comunicó la expedición de la resolución de supervisión de cumplimiento de las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, las que fueron notificadas en los días siguientes al Estado peruano. Ambas autoridades del Poder Ejecutivo manifestaron que acatarían la decisión del órgano internacional.

Resumiendo, la Corte IDH (2018) destaca que el Estado peruano “no ha dado cumplimiento total a la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos”; enseguida, agrega que “existen serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en

³⁶ Señala Reuters: “Otras dos fuentes del gobierno y una fuente que trabajó en el gabinete dijeron que un indulto humanitario para Fujimori fue discutido durante meses como una forma de dividir a Fuerza Popular. Pero la ministra de Justicia rechazaba el perdón. La mujer fue reemplazada en septiembre antes de que el presidente se reuniera con Kenji, dijeron las tres fuentes.” (Aquino y Taj, 2018).

el derecho peruano para otorgar dicho indulto por razones humanitarias". La resolución se opone a la tesis del carácter irrestricto de la atribución presidencial de perdón disponiendo que el indulto y la gracia presidencial sean sometidos a control constitucional; es decir, que la decisión presidencial sea revisada en sede del Poder Judicial y, en última instancia, en el Tribunal Constitucional. Ordena, asimismo, que el Estado peruano presente un informe sobre la revisión de las medidas hasta el 29 de octubre.

Si puede adelantarse una conclusión en esta relación ciertamente inconclusa, sería que la impunidad -como efecto de una decisión polémica del exjefe del Estado peruano- ha devuelto al Perú a un escenario que se creía superado hace una década atrás. Incierta aún es la posible reversión de la medida en el corto plazo sobre la base de lo dispuesto por la Corte IDH. Inevitablemente, el papel de los magistrados del Sistema de Justicia peruano y del Tribunal Constitucional será una vez más trascendental. Mientras tanto, a un renovado Poder Ejecutivo le corresponderá impulsar un proceso reforma judicial que recupere a las instituciones carcomidas por una corrupción endémica, exhibiendo un claro despliegue de voluntad política. Esa tarea de cambio indispensable requiere incluir también en la agenda la lucha definitiva contra la impunidad por graves violaciones de derechos humanos.

Bibliografía

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2017), "Peru: UN Human Rights experts appalled by Fujimori's pardon", OHCHR, 28/12/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22568&LangID=E> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. OFICINA REGIONAL AMÉRICA DEL SUR (2017), "Perú; ACNUDH lamenta indulto concedido a Alberto Fujimori", ACNUDH, 26/12/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://acnudh.org/peru-acnudh-lamenta-indulto-concedido-a-alberto-fujimori/> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- AQUINO, M. y TAJ, M., (2018), "EXCLUSIVA-La alianza secreta entre Kuczynski y Fujimori: cómo se selló el indulto del expresidente de Perú", Reuters, 26/1/2018, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://lta.reuters.com/article/topNews/idLTAKBN1FF2JL-OUSLT> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- BELLO (2017), "Who governs Peru? The President must face down the fujimorista congress", *The Economist*, 22/6/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.economist.com/news/americas/21723880-president-must-face-down-fujimorista-congress-who-governs-peru> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- CASTAÑEDA PALOMINO, G. (2017), "El perfil del nuevo encargado de evaluar indultos", *El Comercio*, 12/10/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://elcomercio.pe/politica/perfil-nuevo-encargado-evaluar-indultos-noticia-464772> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- CASTRO, J. y CABRAL, E. (2017), "La estrategia secreta del indulto: los últimos días de Fujimori en la cárcel", *Ojo Público*, 28/12/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://ojopublico.com/589/la-estrategia-secreta-del-indulto-los-ultimos-dias-de-fujimori-en-la-carcel> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- COMISIÓN DE GRACIAS PRESIDENCIALES (2012), Expediente núm. 0012-2012-PI/TC.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), “CIDH expresa profunda preocupación y cuestiona el indulto concedido a Alberto Fujimori”, *Comunicado de prensa*, 28/12/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/218.asp> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- COMISIÓN INVESTIGADORA ENCARGADA DE INVESTIGAR LA GESTIÓN DE ALAN GABRIEL GARCÍA PÉREZ COMO PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2013), *Informe de investigación. Caso: Indultos y Comutaciones de Pena*, Congreso de la República del Perú, Lima.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar*, Corte IDH, 30/5/2018.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2018), *Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2018.
- HUACASI, W. (2017), “PPK retoma tema de indulto en aniversario de Barrios Altos”, *La República*, 4/11/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/politica/1140564-ppk-retoma-tema-del-indulto-en-aniversario-del-caso-barrios-altos> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2018), *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Decreto Supremo núm. 002-2018-JUS, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/02/PNDH-2018-2021.pdf> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- PÁEZ, Á., MUÑOZ, L. y AGUIRRE, D. (2017), “Alberto Fujimori y PPK: Crónica de un indulto deseado y de una vacancia frustrada”, *La República*, 31/12/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/politica/1164688-cronica-de-un-indulto-deseado-y-de-una-vacancia-frustrada> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- PEREDA, D. (2017), “Aldo Vásquez Ríos: ‘El indulto no puede ser reivindicación de alguien que ha cometido un delito’”, *La República*, 14/10/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/politica/1110105-el-indulto-no-puede-ser-reivindicacion-de-alguien-que-ha-cometido-un-delito> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- QUINTEROS MARQUINA, V. (2014), *Política de extradición: innovaciones al procedimiento de extradición aplicado a altos funcionarios del Estado. El caso Fujimori*. Tesis de Maestría en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, E. (2009), *Tratamiento de la amnistía para graves violaciones de derechos humanos en los régimenes constitucionales de España, Chile y Perú*, Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/respublica/hispana/DOC0001-ERG.pdf> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, E. (2011), “La decisión de Keiko Sofía”, *Los Andes*, 1/5/2011, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.losandes.com.pe/?c=noticia-votar&id=49307&p=5> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- RODRIGUEZ SANTANDER, R. (2016), “Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional”, *Repositorio institucional e-archivo. Universidad Carlos III de Madrid*, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).

- SULMONT HAAK, D. (2017), “Enfoque – Pretenden que PPK asuma costo político”, *La República*, 11/5/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/politica/1040427-dividido-por-vieira-fuerza-popular-insiste-en-pedir-indulto-a-ppk> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005), Expediente núm. 0019-2005-PI/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005), Sentencia 5854-2005-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007), Expediente núm. 4053-2007-PHC/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Expediente núm. 03660-2010-PHC/TC.
- UCEDA, R. (2018), “El perdón pactado”, *La República*, 2/1/2018, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/politica/1165332-el-perdon-pactado> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).
- VARGAS LLOSA, M. (2017), “¿Indultar a Fujimori?”, *El País*, 16/7/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://elpais.com/elpais/2017/07/14/opinion/1500029371_557689.html (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).

Implicaciones de la reglamentación del sistema prostitucional en la igualdad sexual: el caso alemán

Implications of the regulation of the prostitutorial system in sexual equality: the german case

Laura Nuño Gómez

Universidad Rey Juan Carlos

laura.nuno@urjc.es

Recibido / received: 30/01/2018

Aceptado / accepted: 09/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4345>

Resumen

La abolición de la prostitución ha sido un objetivo y una pretensión histórica del movimiento y la teoría política feminista. Sin embargo, la propuesta de considerarla como una actividad más en el marco de las relaciones laborales se presenta ahora como una urgente innovación normativa encaminada, supuestamente, a garantizar los derechos de las mujeres prostituidas. Pero esta demanda no es ajena a la transformación que ha sufrido la prostitución como actividad, que representa en la actualidad un lucrativo mercado global con dimensiones sistémicas. El presente artículo analiza los componentes estructurales del sistema prostitucional y las implicaciones de su reglamentación en la igualdad sexual para evaluar los efectos concretos de su reglamentación en el caso alemán.

Palabras clave

Prostitución, Trata de seres humanos (TSH), Políticas Públicas, Explotación Sexual, Igualdad de género, Derecho Internacional Público.

Abstract

The abolition of prostitution has been an objective and a historical demand of both the feminist movement and feminist political theory. However, the proposal of consideration as any other activity in the framework of labor relations, is now portrayed as an urgent regulatory innovation aimed, supposedly, at guaranteeing the rights of prostituted women. But this claim must be interpreted in relation with the transformation of prostitution as an activity, which currently represents a lucrative global market with systemic dimensions. This article analyzes the structural components of the prostitution system and the implications of its regulation on gender equality in order to evaluate the particular effects of its regulation in the German case.

Keywords

Prostitution, Trafficking in Human Beings (THB), Public Policies, Sexual Exploitation, Gender Equality, Public International Law.

SUMARIO. 1. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos. 2. La nueva racionalidad neoliberal y los negocios de la vulnerabilidad. 3. Tres falsas premisas del discurso reglamentarista. 4. Estudio de caso: el modelo reglamentarista alemán. 5. Conclusiones.

1. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos

Si hay un objetivo común que caracterice históricamente a los patriarcados, es la pretensión de uso sexual y reproductivo de las mujeres (Mackinnon, 1989: 299). Con tal finalidad, no se ahorran esfuerzos en normativizar los mandatos de género necesarios para promover el beneplácito o la aquiescencia de las mismas. Tradicionalmente, con la finalidad de garantizar una función reproductiva que ofreciera certezas sobre el origen de la descendencia de los varones, se privatizó su sexualidad en el marco de la institución matrimonial. Pero su privatización no resolvía el derecho sexual patriarcal de acceder al cuerpo de varias mujeres, de un abanico de féminas en general. Para ello, era preciso disponer de mujeres que, lejos de privatizarse, se colectivizaran a través de una segunda institución: la prostitución. Una doble moral sexual, enmarcada en el orden normal y natural de la sociedad, cuya deslegitimación ha sido un objetivo histórico del sufragismo y del feminismo posterior¹, muy críticos ambos con las implicaciones y consecuencias del contrato sexual, tematizado por Pateman, ya fuera tanto en su versión matrimonial como prostitucional (De Miguel y Palomo, 2011).

En la cultura cristiana, la mujer promiscua que desafía el mandato de una sexualidad encaminada a la procreación en el ámbito del matrimonio canónico se consideró, y aún se considera, “contraria a la buena sexualidad, a la sexualidad cristiana: es la mala, la no dicha” (Lagarde, 2001: 575). Sin embargo, destacados moralistas defendieron -en no pocas ocasiones- la existencia de mancebías como un “mal menor”. El propio San Agustín, en el capítulo cuarto del Libro segundo de “De Ordine”², mantuvo que, si bien la prostitución era un oficio degradante, contribuía al orden ajeno. Según sus tesis, al igual que las ciudades precisan de la existencia de sumideros y cloacas para canalizar o evacuar los deshechos, los burdeles cumplen el mismo fin: ordenan la sexualidad (buena y mala), concentrando los actos de lujuria en un reducto concreto y con mujeres determinadas.

El argumento de fondo parece sustentarse en que, habida cuenta que los instintos sexuales del supuesto sexo de la razón son irrefrenables, pero su expectativa es la de gozar del monopolio sexual de mujeres privadas, han de destinarse unas mujeres para estricto uso privado y otras para acceso público. Una distribución que permite, por una parte, garantizar la monogamia de aquellas destinadas a la reproducción y la preservación de la estirpe masculina y, por otra, ofrecer la disponibilidad sexual de mujeres variadas para los varones que así lo deseen en cualquier momento o circunstancia. De forma tal que, todas las comunidades

¹ Unanimidad existente casi hasta la década de los años ochenta y noventa del siglo XX, etapa en la que se rompe en consenso existente hasta la fecha en la consideración de la prostitución como una forma específica de opresión de las mujeres.

² Publicado bajo el título “Si el hombre, haciendo mal, obra con orden. Los males ordenados contribuyen al decoro del universo”.

humanas han tenido a lo largo de la historia mujeres destinadas a ambos usos, diferenciando convenientemente a unas y otras.

Porque el orden social patriarcal no sólo garantiza la disponibilidad de mujeres para uso privado y público, sino que establece una férrea frontera entre las mujeres destinadas a estos fines. En el caso de las mujeres privadas y, en la medida que el control de la actividad sexual de las mujeres permite controlar la reproductiva, su sexualidad y la propia exposición de su cuerpo frente a terceros, ha estado rodeada de un sinfín de mandatos punitivo-moralizadores. De forma tal que, los patriarcados de coerción³, administran la privatización de su sexualidad a través de severos códigos familiares y culturales que garantizan la virginidad antes del matrimonio y la fidelidad conyugal.

En los patriarcados por consentimiento, por el contrario, los cambios sociales y legislativos fueron restando fuerza a dichos mandatos. A raíz de la década de los sesenta, en las sociedades que vivieron la denominada revolución sexual, se rebajó la sanción social sobre la libertad sexual de las mujeres. El erotismo, el deseo y el placer sexual femenino perdieron su condición de tabú, su presencia en el espacio público se fue normalizando y las relaciones fuera del ámbito matrimonial se desestigmatizaron. Pero los avances en libertad sexual, así como la pretensión de las mujeres de adquirir el ansiado estatuto de sujeto (dejando atrás su consideración de objeto) se vieron acompañados de una “reacción”⁴ que reforzó y exaltó el mandato de ser un cuerpo atractivo (entendido como esbelto, joven y disponible).

En pleno siglo XXI, en mayor o menor medida, la socialización sigue promoviendo la consideración de las mujeres como objetos sexuales que se valoran en función del atractivo o reclamo que suscita en terceros (Wolf, 1992; Greer, 2004). Una reificación de la identidad femenina que alimenta algunas formas de violencia de género como es el caso de la prostitución, la pornografía o cualquier forma de violencia sexual. Por ello, aunque la revolución sexual acabó con algunas restricciones impuestas específicamente a las mujeres, no significó el abandono de un particular esencialismo que las convierte en cuerpos sexualizados.

A su vez, la rígida sanción previa de las relaciones fuera del ámbito conyugal se tornó en irrelevancia de las relaciones sexuales o incluso en un mandato de accesibilidad y de prácticas sexuales lesivas⁵, emuladas de la pornografía, cada vez más frecuentes entre la población más joven. En cualquier caso, y en la medida que la disponibilidad sexual ya no determina la esencia de las mujeres o la histórica distinción entre malas y buenas, se ha banalizado su mercantilización.

Por ello, aunque es cierto que las mujeres se han vendido y comprado a lo largo de la historia para su uso sexual, nunca ha sido con las dimensiones actuales⁶. En la actualidad, la prostitución representa un lucrativo mercado global en expansión

³ Según la clasificación de Puleo (1995: 29), conviene advertir que la misma “es un esquema orientativo y no puede ser considerada como absoluta. Todo sistema patriarcal se basa en la coerción y en el consentimiento”.

⁴ Según terminología de Faludi (1993).

⁵ Como representa el caso de la práctica sexual denominada “el muelle”. Para más información: A. V. C. (2017). “Qué es el ‘juego del muelle’ y por qué es tan peligroso para la salud”, 9 de enero de 2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-09/juego-muelle-que-es-ruleta-sexual-adolescentes_1313845/ (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

⁶ Como afirma Amelia Valcárcel “toda sociedad patriarcal que quiere comprar mujeres logra hacerlo. Y las sociedades también patriarcales pobres las venden. No es que ellos no las compraran si estuvieran en la situación de hacerlo, es que digamos se ven en la de venderlas. Y las venden. De tal manera que ocurre un enorme e intenso tráfico de mujeres a lo largo de todo el planeta, desde hace bastante tiempo. No es de hoy, aunque es más grave hoy” (De Miguel, 2014: 203).

con una estructura sistémica. Un crecimiento no ajeno a la trivialización de su mercantilización y consumo, pero tampoco a la creciente feminización de la pobreza, con el consecuente incremento de las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres, y al lucro que genera el mercado prostitucional (Cobo, 2017). Sin ir más lejos, en España y según los datos ofrecidos por la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (ANELA), los beneficios anuales por cada mujer prostituida ascendían, hace diez años, a 45.000 euros anuales⁷.

Esta realidad contrasta con la demanda de reglamentar la prostitución como una forma de transgredir un supuesto orden; uno no muy distinto al que San Agustín pretendía preservar con su reconocimiento. Según parece, la legalización de una institución que se construye en el imaginario colectivo como “el oficio más antiguo” e interpretada como un “mal menor” por destacados teólogos y moralistas, se presenta como una suerte de innovación normativa vinculada a la libertad y a la revolución sexual de las mujeres. Una institución histórica patriarcal, en expansión gracias a la creciente racionalidad neoliberal que explota las desigualdades Norte-Sur, integrada en el ámbito de la Unión Europea mayoritariamente por mujeres migrantes⁸, se presenta como una sugerente invitación a la transgresión. Las razones del lobby del mercado prostitucional, se pueden entender, aunque no compartir. Lo paradójico es que como tal sean aceptadas por aquellos discursos o posicionamientos políticos pretendidamente anticoloniales, anticapitalistas, defensores de los derechos humanos o feministas y contrarios al orden patriarcal y neoliberal que las sustenta.

2. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos

La explotación sexual de mujeres y niñas es un fenómeno transversal al patriarcado. Como se apuntaba con anterioridad, a efectos de garantizar un completo usufructo, a lo largo de la historia, han variado usos, formas y maneras de ejercer la misma. En la actualidad, la prostitución representa un negocio en expansión que permite colectivizar la explotación sexual de las mujeres en el que confluyen la racionalidad y los intereses del patriarcado y el neoliberalismo. Ambos conforman un sistema orientado a generar las condiciones necesarias para garantizar tanto el derecho patriarcal de uso sexual de las mujeres como el lucro que supone su mercantilización.

La alienación o expropiación de la sexualidad femenina característica del patriarcado ha encontrado un estratégico aliado: un sistema neoliberal según el cual todo puede ser considerado una mercancía más. Se puede comprar el cuerpo de las mujeres con fines sexuales o reproductivos⁹, convertir en activos financieros las especies en extinción o hacer un buen negocio de las situaciones de indigencia o vulnerabilidad. Las economías de mercado se han transformado en sociedades de mercado que propugnan un proyecto de vida basado en tener deseos y satisfacerlos (Sandel, 2013). El modelo de consumo impuesto fomenta el “usar y tirar” y la sacralización de la novedad en un mercado donde el precio o el dinero libera al consumidor/a de cualquier responsabilidad ética o moral (Simmel, 1990). De forma tal que es legítimo comprar todo lo que se encuentre en venta, siempre que se tenga capacidad económica para ello.

A diferencia del capitalismo, el neoliberalismo no remite solo a un modelo económico, sino también a una nueva forma de racionalidad que sublima el

⁷ Datos aportados por ANELA (Congreso de los Diputados, 2007: 48).

⁸ Según la Red TAMPEP (2017), creada por la Fundación holandesa Graaf y una conocida plataforma defensora de la reglamentación, entre 70-80% de las mujeres prostituidas en Europa son migrantes. Informe disponible en la siguiente dirección: <https://tampep.eu/wp-content/uploads/2017/11/TAMPEP-paper-ESP.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

⁹ Como en el caso de la gestación subrogada o los vientres de alquiler y la venta de óvulos.

individualismo del libre acuerdo y considera los cuerpos elementos subalternos a la economía de mercado; ya sea como medios de producción o como bienes de consumo (Moscoso, 2017). Y, desde esta nueva racionalidad, el lobby de la industria del sexo ha lanzado una poderosa campaña que -bajo el discurso de la protección de lo que denominan trabajadoras sexuales- reclama la legalización de la lucrativa industria del sexo y, con ello, de la explotación sexual ajena.

Si bien es cierto que el sistema prostitucional es un mercado cada vez más globalizado, hay territorios donde su fortaleza es mayor. En concreto, en nuestro país, una tercera parte de los españoles (32,1%) declara haber pagado por mantener relaciones sexuales¹⁰; proporción diez puntos superior a la observada en la media europea. A su vez, la oferta de las tres "s" (sol, sangría y sexo) es un reclamo implícito en muchas agencias internacionales de viajes cuyo destino es nuestro país (Guilló y Santiago, 2017). Por lo que, al elevado consumo local, se suma un turismo que considera la prostitución como una oferta de ocio más.

La rápida expansión de la industria del sexo ha incrementado la demanda de mujeres disponibles para atenderla. Pero, como no es suficiente el número de las que están dispuestas a dedicarse a tal menester de forma voluntaria, es una práctica frecuente proveer los burdeles con mujeres –menores o muy jóvenes- forzadas a ello. El neoliberalismo sexual¹¹ y la industria del sexo están rentabilizando las contrageografías de la globalización¹², la creciente feminización de la pobreza y la existencia de fronteras cada vez más infranqueables en los países más favorecidos. Mafias supuestamente vinculadas al tráfico de personas que utilizan el señuelo de las oportunidades en destino y la clandestinidad o vulnerabilidad que acompaña al tráfico, para practicar la trata con fines de explotación sexual (Thill, 2017). De forma tal que, en la actualidad, el tráfico y la trata con fines de explotación sexual se han convertido en el principal suministrador de un mercado prostitucional¹³ que reclama variedad, sumisión y juventud a precios competitivos¹⁴.

En concreto, en el caso español, se estima que entre el 90% y el 95% de las mujeres prostituidas son víctimas de trata¹⁵. La estratégica situación territorial, convierte el territorio en una puerta de entrada por el sur de Europa, siendo ruta preferente para la trata de mujeres con fines de explotación sexual y uno de los cinco países europeos con mayor número de traficantes¹⁶. Un dato que, paradójicamente, convive con la percepción de que los casos de trata en el mercado prostitucional son

¹⁰ De los cuales dos de cada tres (68,2%) afirma haberlo hecho en más de una ocasión. *Encuesta Nacional sobre Salud sexual*. Centro de Investigaciones Sociológicas (ES2780: 22), 2009. Ámbito estatal, tamaño muestral 9850 entrevistas. Por su parte, la UNODC elevaba dicha proporción al 39% de los hombres, veinte puntos porcentuales por encima de la media europea (UNODC, 2010).

¹¹ Según acepción de Miguel (2016).

¹² En el sentido apuntado por Sassen (2000).

¹³ Es decir, de un abuso de poder o situación de vulnerabilidad que reúne los requisitos exigibles para la consideración de trata seres humanos con fines de explotación sexual. En el caso español, se estima que entre el 90% y el 95% de las mujeres prostituidas son víctimas de trata.

¹⁴ En la actualidad se estima que entre 1,3 y 4,4 millones de mujeres y niñas en el mundo se encuentran explotadas por las redes de trata sexual. La UNODC (2012) cifra en dos millones y medio el número de personas objeto de trata de seres humanos. Entre las cuales, dos terceras partes son mujeres o niñas que el 79% de las ocasiones tienen fines de explotación sexual, proporción que en su traducción numérica representa un millón trescientas mil mujeres y niñas. ONU Mujeres eleva la estimación sobre trata con fines de explotación sexual a cuatro millones cuatrocientas mil personas, entre las mismas el 98% son mujeres.

¹⁵ Proporción que se corrobora a escala mundial. Ver, entre otros, Congreso de los Diputados (2015).

¹⁶ "España, quinto país de la eurozona donde más aumenta el PIB por la contabilización de prostitución y drogas", Europa Press, 17 de octubre de 2014 (fecha de consulta: el 5 de septiembre de 2015).

hechos aislados, cuando es la prostitución voluntaria, no la trata, lo que constituye un fenómeno marginal (Nuño, 2017).

Paradójicamente, el aparente rechazo que suscita la trata se ignora en la consideración de la prostitución. En Europa, donde las prácticas sexuales con menores cuentan con un severo repudio penal y social, la mitad de los compradores siguen pagando por servicios sexuales incluso cuando tienen signos claros que acreditan que son menores de 18 años y, por tanto, víctimas de trata (Honeyball, 2014: 7)¹⁷. Sin ir más lejos, en España el 44% de los puteros¹⁸ manifiesta, abiertamente, que no informaría a la policía si constatara una situación de trata (Meneses et al., 2015).

Un negocio que se alimenta y reproduce la jerarquía sexual, posible gracias a la situación de vulnerabilidad de muchas mujeres, pero que cuenta con el beneplácito de instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, que aprueban tácitamente una práctica que cumple con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales”, mujeres incluidas (Federici, 2013: 120). En el caso de la Eurozona, los beneficios generados pueden incluso computarse como Producto Interior Bruto (PIB)¹⁹.

En la práctica, convive cierta tolerancia social e institucional con un sistema prostitucional muy lucrativo²⁰ mientras que las mujeres prostituidas son esencializadas y estigmatizadas por su actividad; máxime si carecen de recursos y ejercen en lugares públicos. De forma tal que, el repudio social se proyecta sobre la víctima y no sobre el victimario. Una percepción que no es ajena a la consideración de las mujeres como cuerpos sexualizados, a la normalización de su uso sexual y a que el lucrativo negocio del mercado del sexo permite financiar grupos de presión, ONG²¹, campañas y costosos bufetes profesionales que normalizan o glamourizan la prostitución.

3. Tres falsas premisas del discurso reglamentarista

El panorama descrito, lógicamente, obliga a buscar posibles soluciones. Sin embargo, las propuestas reglamentaristas que proponen considerar la prostitución como una profesión o un oficio cualquiera en el ámbito de las relaciones laborales tienen implicaciones nocivas tanto para las mujeres en prostitución como para la igualdad de género²².

¹⁷ *Informe sobre la explotación sexual y la prostitución y su impacto en la igualdad de género*. Parlamento Europeo (2013/2103(INI)), conocido como *Informe Honeyball* en honor a la eurodiputada británica Mary Honeyball, que fue relatora del mismo.

¹⁸ Siguiendo las recomendaciones de Gómez, Á., Pérez, S. y Verdugo, R. M. (2015), se opta por utilizar el término “putero” para evidenciar la actividad y evitar la legitimación o normalización con conlleva el término cliente.

¹⁹ Como en los países de la Eurozona.

²⁰ Posible gracias a las ventajas de evitar el debate sobre el origen o las causas por las que una mujer es prostituida y convertir la misma en autonomía de las mismas o libre elección.

²¹ Como se desprende de las declaraciones uno de los proxenetas entrevistados por Mabel Lozano en *El proxeneta*, es práctica habitual que el dinero negro de los prostíbulos se blanquee en compras de obras de arte o inmuebles y que se hagan donaciones a algunas ONG a efectos de aplicar las oportunas desgravaciones fiscales (Lozano, 2017).

²² En la medida que, como señala De Miguel (2012), la prostitución representa una escuela de desigualdad humana

En primer lugar, hace más de seis décadas, el Derecho internacional ya calificó la prostitución como una violación de los Derechos Humanos²³ y, por tanto, legalizarla supondría avalar algunas formas y modos en que es lícita tal violación. Olvidando este aspecto, nada irrelevante, el discurso reglamentarista asume como ciertas, al menos, tres premisas falsas: 1) la sexualización de las mujeres y lo sexual como algo innato o natural y, por tanto, la posición abolicionista como represiva, puritana o antisexo; 2) la validez del consentimiento o la libre elección individual en contextos de opresión o vulnerabilidad y el paternalismo desempoderante de un abolicionismo que las considera víctimas; y 3) la reglamentación como un sistema que pone límites a la opresión, que empodera y garantiza los derechos de las mujeres prostituidas.

Respecto a la primera cuestión y, en la medida que la actividad sexual conlleva un componente relacional, procede analizar si es ciertamente algo innato o si -por el contrario- está mediada por relaciones de poder (Barry, 1994; Greer, 2004; entre otras). Como señalara hacer cuatro décadas Kate Millett (1977), el coito no ocurre en el vacío, es una relación de poder. Un placer que en la prostitución sólo existe para una parte, los sujetos sexuales, y no para el objeto sexual. El placer de las mujeres prostituidas es irrelevante, aunque se exige una performatividad que aparente reciprocidad en la satisfacción sexual. Y en dicha puesta en escena, es frecuente que el putero espere de la “puta” un ejercicio de representación que exprese entrega, deseabilidad o incluso un “final feliz” compartido. Un proceso que obliga a una desconexión entre el cuerpo y el ser de la mujer en prostitución, con graves implicaciones identitarias que ello conlleva²⁴.

Si, efectivamente, median relaciones de poder, no cabría hablar de algo innato, natural o personal sino de un contexto en el que puede operar una opresión o explotación con evidentes consecuencias personales, colectivas y políticas. Problematizar o politizar la sexualidad -como ya lo hiciera el feminismo radical de los años sesenta y setenta- no representa una posición puritana o contraria a la libertad sexual, sino que, por el contrario, supone evaluar críticamente cuan autónoma es esa proclamada libertad. Se trata de analizar si hay prejuicios asumidos de forma acrítica, si de ello se derivan contextos de subordinación o subalternidad y, en última instancia, politizar los modelos de masculinidad y feminidad que reproduce la prostitución y evidenciar si conducen a relaciones más justas e igualitarias o no.

Y de ello se deriva la segunda falsa premisa: la supuesta libre elección. Conviene advertir que la Teoría del consentimiento impide cualquier posible lectura de la opresión y oculta los condicionantes sistémicos que determinan esa supuesta libertad (De Miguel, 2016). Deliberadamente, ignora el perfil de dichas mujeres y su contexto biográfico, sus alternativas reales o cuál sería el “plan B” en caso de no consentir. En última instancia, el argumento de la libre elección ignora si la libertad es tal y si se dan los requisitos éticos que permiten hablar de consentimiento informado. Pero no solo falsea tal consentimiento, sino que en la medida que individualiza la decisión, la despolitiza. Para el caso que nos ocupa, se niega el componente estructural o sistémico de la prostitución. Entre otros, la sexualidad patriarcal, la jerarquía sexual y el hecho irrefutable de que esta se alimenta, fundamentalmente, de mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad.

En la medida que el consentimiento responsabiliza a la víctima de su opresión, la desvictimiza. Como señala Ekis Ekman (2017: 66), “al igual que todos los sistemas que aceptan las desigualdades, el orden neoliberal odia a las víctimas” y la propia

²³ En concreto, en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) y en el Convenio para la Represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena (1949).

²⁴ Que frecuentemente expresan las mujeres en prostitución (Ekis Ekman, 2017: 153-154).

consideración de víctimas es interpelada por el discurso reglamentarista como práctica desempoderante. Mantienen que tal calificación resta agencia y atribuye un papel pasivo a las mujeres. Se parte, así, de una maniquea esencialización de los seres humanos entendidos como víctimas débiles y pasivas o como sujetos fuertes y activos. De forma tal, que el contexto de opresión define la ontología y el carácter de una víctima, devaluando su consideración individual y percepción social, pero no así la de su victimario.

Una lectura que contrasta, a su vez, con la reclamación y el reconocimiento internacional del Estatuto de víctimas como consecuencia de represiones políticas, guerras o genocidios, por ejemplo. Deliberadamente parece olvidarse también que, a lo largo de la vida, todas las personas pueden ser víctimas de una opresión o una violencia concreta, sin que ello determine invariablemente su identidad. Muy al contrario, la pretensión de evitar su consideración como víctimas, lejos de empoderarlas, soslaya -cuando no impide- el deber de verdad, justicia y reparación que debiera asistirlas.

A su vez, para que el consentimiento sea válido ha de ser un acto libre, no mediado por situaciones de supervivencia, subordinación o inevitabilidad. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y en el que los cuerpos de las mujeres siguen considerándose -en mayor o menor medida- elementos subalternos destinados a cumplir expectativas ajenas, es preciso desmitificar un supuesto consentimiento en el que no se garantiza la autonomía exigible a un contrato libre entre iguales²⁵.

Un acuerdo individual entre partes, si una de ellas se encuentra en un contexto de necesidad o desigualdad, sin opciones alternativas, es una ficción que permite legitimar servidumbres bajo el paraguas de una libertad que no es tal. Recurrir al mantra del consentimiento no solo elude el contexto de dominación, sino que proyecta un imaginario que responsabiliza a las víctimas de su propia explotación y libera de cualquier responsabilidad a los victimarios. Por ello, en un mundo atravesado por fuertes desigualdades de género y clase, es preciso desmitificar y politizar un consentimiento que no hace sino ocultar y legitimar la explotación sexual de las mujeres (Fraisse, 2011).

La tercera y última línea argumental en la defensa del modelo reglamentarista es que, frente al “mal mayor” que supone su no regulación, se debe adoptar un marco legal permitiría garantizar los derechos de las mujeres en prostitución. Un posicionamiento instalado en la conocida como “política de hechos consumados” que no se aplica, por ejemplo, al ámbito de las relaciones laborales, al tráfico de órganos, a la corrupción o al cambio climático, por poner sólo algunos ejemplos.

Para avalar sus pretensiones, el discurso reglamentarista defiende hablar en nombre y representación de los intereses de “l@s trabajador@s del sexo”. Sin entrar a debatir la farsa que supone el uso de un lenguaje no sexista en una actividad claramente generizada²⁶ y, como puede desprenderse del caso alemán, su regulación no garantiza protección alguna para las mujeres en prostitución ni es una demanda de la gran mayoría de ellas.

A su vez, entre las posiciones teóricas o los colectivos que defienden las bondades de la reglamentación, no hay representación del colectivo mayoritario de

²⁵ Para un análisis previo referido específicamente al debate sobre la maternidad subrogada o comercial, consultar Nuño (2016, 683-700).

²⁶ Donde la inmensa mayoría de las personas que prestan “servicios sexuales” son mujeres.

mujeres prostituidas: las víctimas de trata²⁷. La portavocía de sus intereses recae, fundamentalmente, en supuestos sindicatos que tienen una composición y funcionamiento bastante peculiar. Como revela la investigación realizada recientemente por la periodista Ekis Ekman, el Sindicato Internacional de Trabajadores sexuales (IUSW), afincado en Gran Bretaña, está dirigido por Douglas Fox, un destacado miembro de la patronal de los negocios de alterne. A diferencia de otros sindicatos, para ser miembro del IUSW no es preciso “trabajar” en el sector, cualquiera puede miembro de estos peculiares sindicatos: dueños de burdeles, puteros o público en general. Una dinámica que se replica en sindicatos homólogos del entorno europeo como es el caso del sindicato francés Le Syndicat de Travail Sexual (STRASS), el holandés Rode Draad o el alemán ver.di.

Aunque la tasa de mortalidad entre las mujeres y niñas que ejercen la prostitución es cuarenta veces superior a la media, no se conoce conflicto laboral ni denuncia alguna promovida por dichos sindicatos contra la patronal del sexo. Los burdeles parecen ser centros de trabajo donde reina la concordia laboral y la seguridad e higiene en el trabajo. Una idiosincrasia que, como señala Ekis Ekman (2017: 113), quizás se deba a que “hay muchas cosas que no son lo que parecen. Los sindicatos no son sindicatos. Los grupos de prostitutas son, al mismo tiempo, grupos de propietarios de burdeles. El principal engaño es que la propaganda a favor de los derechos de los trabajadores sexuales no tiene por objeto transformar la institución de la prostitución en sí misma, se trata, estrictamente, de cambiar la imagen de la prostitución”.

Por ello, la reglamentación, como se muestra a continuación, ni dignifica ni empodera a las mujeres prostituidas. Dignifica y empodera a proxenetas y tratantes. Transforma una violación de los derechos humanos en una forma de ocio y un símbolo de la libertad sexual. Una ecuación perfecta que permite que uso y negocio sigan su curso, sin que nada empañe la diversión.

4. Estudio de caso: el modelo reglamentarista alemán

La regulación alemana, que cuando menos cabe calificar de ingenua, partía de una legislación previa que consideraba la prostitución como una práctica inmoral (art. 138 del Código Civil). La reforma emprendida se sustentó en la premisa de que el trauma de las mujeres en prostitución se debía a la falta de regulación de la actividad y de las implicaciones sociales, laborales y personales que de ello se derivaban. Convirtiéndolas en trabajadoras sexuales, trauma y estigma desaparecerían, podrían afiliarse a la seguridad social y garantizar, con ello, el ejercicio de sus derechos civiles y laborales o incluso denunciar a un cliente en caso de impago.

Sin embargo, se ignoró que gran parte del estigma viene asociado a su situación de pobreza y vulnerabilidad, no a la actividad (Gimeno, 2012: 191). Tampoco pareció tenerse en cuenta que la dinámica habitual en el sector es cobrar el “servicio” de antemano y que, de no ser así, en caso de desacuerdo, el anonimato de los puteros impide una posible reclamación económica posterior. A su vez, las prestaciones sanitarias son independientes de la actividad en concreto que se desarrolle, por lo que su cobertura asistencial no quedaba ligada al reconocimiento de la prostitución como un trabajo en el marco de las relaciones laborales. Por el contrario, como externalidad negativa a su reglamentación, la prostitución dejó de considerarse una pretensión abusiva o ilegal en el ámbito de la sociedad en general y de las relaciones

²⁷ Sin embargo, sí existen activistas víctimas de trata en el movimiento abolicionista. En el contexto español, por ejemplo, la feminista Amelia Tiganus

laborales o de la formación profesional en concreto, para pasar a ser una especialización profesional como otra cualquiera.

El resultado, quince años después de la aprobación de la ley, es demoledor. De las 400.000 mujeres que se estimaba ejercían la prostitución en el país en 2002, solo 44 (el 0,01% del total)²⁸ se han registrado oficialmente en dicha categoría laboral y la mayoría carece todavía de servicios mínimos de atención sanitaria. Los macroburdeles ubicados en las proximidades de los aeropuertos internacionales han proliferado, muchos de los cuales pueden acoger hasta un millar de puteros a la vez. También ha promovido el proxenetismo a pequeña escala en calles, garajes o incluso cabañas. Porque si la actividad es legal, cualquier espacio o lugar representa una oportunidad de negocio.

La comercialización normalizada de los servicios sexuales ha producido un abaratamiento de las tarifas, por lo que la remuneración que perciben las mujeres es ahora bastante menor. Un único “servicio sexual” puede tener un coste que oscila entre los 30 euros en los lugares más lujosos a los 5 euros, si se ofrece en la vía pública. La conocida tarifa plana (más conocida como “*all you can fuck*”), que ofertan los principales macroburdeles, permite que por 60 o 70 euros diarios se acceda a sexo ilimitado con todas las mujeres disponibles en un determinado local²⁹. La frecuente hospitalización de aquellas que han de atender la llegada de vuelos chárter de turistas sexuales que acuden al reclamo de la tarifa plana, provocó que en julio de 2017 se acometiera una reforma legislativa para prohibir dichas promociones o paquetes comerciales. Sin embargo, bajo otras denominaciones, sigue ofreciéndose tanto por agencias internacionales de viajes como por burdeles locales.

La actividad no sólo está peor remunerada, sino que es cada vez más intensa, peligrosa y lesiva. Se ha incrementado la violencia física o psicológica y las mujeres en prostitución tienen, como promedio, tan sólo cinco horas diarias para el descanso³⁰. Los clientes, legitimados por la legalidad de un mercado que se percibe como una forma de ocio más y dónde todo es cuestión del precio que se esté dispuesto a pagar, exigen nuevos servicios como prácticas sexuales con mujeres en avanzado estado de gestación que atienden un número de hombres diarios que oscila entre los 15 y los 40.

Como señala la dominatrix Ellen Templin en una entrevista radiofónica concedida ocho años después de la aprobación de la ley alemana, “a partir de la reforma, podemos constatar que no solamente los anuncios son cada vez más desinhibidos, sino que los compradores de sexo son cada vez más brutales”. Cuando nos negamos a realizar algo, a menudo nos responden: “es tu trabajo”³¹. Existen

²⁸ Proporción que cabría calificar de inferior habida cuenta que se estima que su número se ha incrementado desde el año 2002, al menos, un 30%.

²⁹ Es habitual que la tarifa incluya la invitación a una cerveza y una típica salchicha alemana.

³⁰ Datos corroborados en numerosas investigaciones periodísticas. Entre otras, SCHÄFER, T. (2017), “La nueva ley de prostitución alemana prohíbe la tarifa plana de sexo”, 26 de junio. Disponible en: <https://www.lamarea.com/2017/06/26/fin-de-la-tarifa-plana-de-sexo-en-alemania/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018) y KRAUS, I. y MAIER, U. (2016), *Medien und Prostitution*. Disponible en: <https://somaslamitad.wordpress.com/2016/11/14/el-modelo-aleman-esta-creando-el-infierno-en-la-tierra/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

³¹ Entrevista disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.wuestewelle.de/redaktion/view/id/114/tab/weblog/article/34860/Interview_mit_einer_Domina.html, citado Ingeborg Kraus en la Conferencia de Madrid: “La prostitución es incompatible con la igualdad entre hombres y mujeres”, organizada por la “Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres”. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tribunafeminista.org/2017/03/puteros-con-tarifa-plana-en-alemania-60e-por-una-cerveza-una-salchicha-y-acceso-ilimitado-a-mujeres/>. (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

cartas o menús de servicios accesibles para cualquiera en internet³², es frecuente que se intenten reclutar mujeres jóvenes en las calles de las ciudades alemanas y la guía turística oficial de Múnich incluye información sobre las promociones existentes en los diferentes prostíbulos.

Las condiciones de las mujeres en prostitución han empeorado tanto que, si en el promedio europeo la presencia de mujeres reclutadas para el mercado prostitucional en otros países oscila entre el 60 y 70%, en Alemania representa ya el 95%. En su gran mayoría, procedentes de países o contextos empobrecidos con elevados índices de exclusión social y desigualdad de género. En la medida que las condiciones en las que se practica la prostitución y que conducen a la misma parten del abuso de poder y de la situación de vulnerabilidad definitorios del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual³³, este porcentaje invita a la sospecha sobre el incremento de la trata y la validez legal del consentimiento.

Y, si bien es cierto que técnicamente se prohibió el proxenetismo, no ha sido difícil esquivarlo. Los proxenetas regularizan su situación convirtiéndose en empresarios hoteleros que, simplemente, alquilan costosas habitaciones a trabajadoras sexuales. Constatado el desolador panorama, la reforma legislativa de julio de 2017 prohibió también la licencia de actividad a personas con antecedentes penales y reguló el uso obligatorio del preservativo. Pero, de momento, poco ha cambiado.

La experiencia alemana revela que la protección de las mujeres prostituidas se ha visto mermada y ha supuesto un reclamo para el proxenetismo y la trata sexual³⁴. La reglamentación ha convertido a las redes y proxenetas en reputados “empresarios del sexo”. Un contexto que, según la propia Fiscalía alemana, está dificultando la persecución de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual³⁵.

El discurso defensor de la reglamentación no sólo ignora estas externalidades de tipo penal, sino también las de tipo ético que afectan a las relaciones interpersonales generizadas y a las mujeres, en particular. La industria del sexo, en general, y el sistema prostitucional, en concreto, construye un imaginario concreto de

³² Como ejemplo de los mismos, *Ingeborg Kraus* aporta la siguiente carta de servicios sexuales de un conocido burdel: AF (Anal con la lengua), AFF (Penetración anal con puño), AO (Todo sin preservativo, prohibido en la nueva ley), Braun-weib (Jugar con heces y esperma), DP (penetración doble o sexo con dos mujeres), EL (lamer los testículos), FFT (penetración completa con puño), FT (sexo oral sin preservativo y tragando el esperma), GB (Sexo en grupo -varios hombres- con eyaculación en la cara de la prostituta), GS (Sexo en grupo), KYP (Defecar sobre la prostituta), SW (Una mujer entre dos hombres), TBL (Sin tabúes, todo está permitido) y ZA (Lamer el ano). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.traummaennlein.de/>

³³ La Trata de seres humanos con fines de explotación sexual (TSHS) representa un delito internacional definido en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 (comúnmente conocido como Protocolo de Palermo de Naciones Unidas). El citado protocolo define la TSHS como “la captación, el transporte, la recepción o la acogida de seres humanos mediante amenaza, engaño, utilización de la fuerza, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o intercambio de pagos o beneficios con personas que tengan autoridad sobre la víctima, con fines de explotación”.

³⁴ En el caso español, la reforma del código penal de 1995 despenalizó de facto el proxenetismo e implicó un incremento notable de las mafias de trata y tráfico con fines de explotación sexual (Gómez, Pérez y Verdugo, 2015).

³⁵ Según recoge el Informe Honeyball, “un tercio de los fiscales alemanes han observado que legalizar la prostitución ha hecho más difícil su trabajo de persecución del tráfico de seres y humanos y el proxenetismo” (Honeyball, 2013:9). No en vano si en el año 2000 hubo 151 personas condenadas por tráfico de personas, diez años después –en pleno auge del mercado prostitucional– su número se redujo a 32. Año en el que la policía alemana registró 636 casos de mujeres traficadas, tres veces menos que la década anterior.

lo que es una mujer, erotiza la dominación femenina, banaliza su sometimiento y fetichiza su explotación sexual. Como señala Beatriz Gimeno (2012: 203) “regular la prostitución, y aun cuando entendiéramos que este es un deseo legítimo de algunas mujeres que se dedican a ello, no tiene poder para cuestionar los roles de género, sino más bien los refuerza ya que su propia existencia es consecuencia de los mismos”. Legalizar la prostitución, por ello, supone legitimar la concepción de las mujeres como cuerpos sexualizados y deshumanizados de los que es posible disponer de forma festiva y acrítica.

5. Conclusiones

En los patriarcados por consentimiento las relaciones de pareja se han democratizado y la actividad sexual de los hombres requiere el beneplácito de su contraparte; la disponibilidad sexual y reproductiva de las mujeres ya no está garantizada. Pero la masculinidad hegemónica tradicional se construye sobre una superioridad del varón que requiere, por una parte, sumisión femenina y, por otra, una sexualidad expansiva, entendida como proactiva y con diferentes mujeres³⁶. La prostitución permite representar la performance de esta concepción de la masculinidad. Como apunta Marcela Lagarde (2001: 578) “ir con prostitutas es un verdadero simulacro de masculinidad en particular de machismo, es una teatralización del poder patriarcal”.

Es preciso evidenciar la trampa que supone que, precisamente, cuando las mujeres han adquirido la condición de sujetos y la igualdad de género forma parte de los compromisos internacionales, la defensa histórica del derecho patriarcal de acceso a los cuerpos de las mujeres y la mercantilización del uso de las más vulnerables se presente como una innovación normativa solidaria, transgresora o revolucionaria.

Conviene advertir que, lejos de esta peculiar representación de la prostitución, esta representa una sólida institución del derecho sexual patriarcal cuya expansión es paralela a una ideología neoliberal donde todo puede ser mercantilizable; con las únicas restricciones de los límites legales y la capacidad económica de cada cual. Por ello, es ineludible repensar los límites del mercado y visibilizar los elementos culturales y los intereses económicos que subyacen tras un sistema prostitucional que no interpela ni transgrede orden económico o de género alguno.

Como se ha corroborado en el examen del caso alemán, regular la prostitución en el marco de las relaciones laborales no mejora las condiciones de vida de las mujeres en prostitución ni evita su estigmatización, pero sí la de puteros, proxenetas y de un sistema prostitucional en su conjunto que puede expandirse bajo el amparo de la legalidad. Por ello, es preciso apostar por legislaciones abolicionistas que abandonen la indiferencia hacia las mujeres y la complicidad con la cultura prostitucional. Se ha de trasladar el peso del estigma de las mujeres prostituidas hacia toda la cultura prostitucional: proxenetas, puteros o cualquiera que obtenga lucro de la explotación sexual ajena (desde la tercería locativa, hasta los anuncios en prensa o el PIB de los Estados).

Nadie ignora que las personas que ejercen la prostitución son mujeres, mujeres en situación de vulnerabilidad económica y/o legal, en condiciones muy alejadas de la “vida alegre”, el glamour o la transgresión que algunos discursos pretenden preconizar. Por ello, si existe pretensión alguna por evitar la explotación de

³⁶ Como reflejan los resultados de las investigaciones de Gómez, Pérez y Verdugo (2015: 175) “responde a una estrategia (no necesariamente consciente) de reforzamiento de una masculinidad conformada por una identidad que gira en torno a la exhibición frente al grupo de pares del “uso del falo” y de la práctica sexual frecuente con diferentes mujeres”.

mujeres y niñas y promover sociedades más justas e igualitarias, se ha de abordar una reforma legislativa que tome como modelo el caso de Suecia, Islandia, Noruega o Francia. Es decir, activar políticas públicas que apoyen a las mujeres prostituidas, luchen contra los contextos de vulnerabilidad que alimentan el mercado prostitucional, penalicen el consumo y reformen una legislación en materia de publicidad, que si bien prohíbe anuncios de algunas prácticas dañinas (como el consumo de alcohol o tabaco) admite sin reservas los de prostitución.

Porque, como ha denunciado reiteradamente el feminismo desde sus orígenes, la lucha contra la jerarquía sexual pasa ineludiblemente por afianzar una concepción de las mujeres que se aleje de su consideración como objetos sexuales o reproductivos. Y ello requiere desafiar una narrativa patriarcal que erotiza la dominación, sexualiza a mujeres y niñas mientras presenta la prostitución como una forma de libertad sexual.

Bibliografía

- A. V. C. (2017), “Qué es el juego del muelle y por qué es tan peligroso para la salud”, 9 de enero. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-09/juego-muelle-que-es-ruleta-sexual-adolescentes_1313845/ (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- BARRY, K. (1994) “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”. En: AMORÓS, C. (ed.), *Historia de la Teoría Feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas UCM, Madrid, PP. 297-309.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (2009), *Encuesta Nacional sobre Salud sexual*. Centro de Investigaciones Sociológicas (ES2780: 22), 2009.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2007), *Informe de la Ponencia sobre prostitución en España (154/9)*, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, Cortes Generales, Madrid.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2015), *Informe de la Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Conclusiones y recomendaciones*, Comisión de igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid.
- COBO, R. (2017), *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Catarata, Madrid.
- DE MIGUEL, A. y PALOMO, E. (2011), “Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución. Políticas de redefinición y políticas activistas en el sufragismo inglés”, Revista BROCAR, núm. 35, pp. 315-334.
- DE MIGUEL, A. (2012), “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, Revista europea de derechos fundamentales, núm. 19, pp. 49-74.
- DE MIGUEL, A. (2014), “Entrevista a Amelia Valcárcel”, Revista Dilemata, núm 16, pp. 199-206.
- DE MIGUEL, A. (2015), *Neoliberalismo sexual, el mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid.
- EKIS EKMAN, K. (2017), *El Ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona.
- FALUDI, S. (1993), *Reacción: La guerra no declarada contra la mujer moderna*, Anagrama, Barcelona.
- FEDERICI, S. (2013), *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Traficantes de sueños, Madrid.
- FRAISSE, G. (2011), *Del consentimiento*. Palinodia, Santiago de Chile.
- GIMENO, B. (2012), *La prostitución*, Bellaterra, Barcelona.
- GÓMEZ, Á., PÉREZ, S. y VERDUGO, R. M. (2015), *El putero español. Quiénes son y qué buscan los clientes de la prostitución*, Catarata, Madrid.

- GREER, G. (2004), *La mujer eunuco*, Kairós, Barcelona.
- GUILLÓ, C. y SANTIAGO, P. (2017), "Trata, prostitución y turismo sexual. España en la intersección". En: NUÑO GÓMEZ, L. y DE MIGUEL, A. (eds.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 193-206.
- HONEYBALL, M. (2013), *Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género*. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=/EP/TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES> (fecha de consulta: 3 de agosto de 2018).
- KRAUS, I. y MAIER, U. (2016), Medien und Prostitution. Disponible en: <https://somoslamitad.wordpress.com/2016/11/14/el-modelo-aleman-esta-creando-el-infierno-en-la-tierra/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- LAGARDE, M. (2001), *Los cautiverios de las mujeres*, Horas y horas, Madrid,
- LOZANO, M. (2017), *El Proxeneta*, Al revés, Barcelona.
- MILLETT, K. (1977), *Sexual Politics*, Virago, Londres.
- MACKINNON, C. A. (1989), *Towards a Feminist Theory of State*, Harvard University Press, Cambridge.
- MENESES, C., UROZ J., y RÚA, A. (2015), *Apoyando a las víctimas de trata: las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucrados. Propuesta para la sensibilización contra la trata*, Ministerio de Sanidad, Igualdad y Servicios Sociales, Madrid.
- MOSCOSO, M. (2017), "El precio de la inclusión. La asistencia sexual a debate". En: NUÑO, L. y DE MIGUEL, A. (eds.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 231-240.
- NUÑO, L. (2016), "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler", Revista Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política, núm. 55, pp. 683-700.
- NUÑO, L. (2017) "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas", Revista de Derecho Político, núm. 98, pp. 159-187.
- NUÑO, L. y DE MIGUEL, A. (2017), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada.
- PULEO, A. (1995), "Patriarcado". En: AMORÓS, C. (dir.), *Diez palabras clave sobre Mujer*, Verbo Divino, Estella, pp. 21-54.
- SANDEL, M. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Madrid.
- SASSEN, S. (2000), "Women's burden: Counter-geographies of globalization and the feminization of survival", Journal of International Affairs, núm. 53, pp. 503-524.
- SCHÄFER, T. (2017), "La nueva ley de prostitución alemana prohíbe la tarifa plana de sexo", 26 de junio. Disponible en: <https://www.lamarea.com/2017/06/26/fin-de-la-tarifa-plana-de-sexo-en-alemania/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- SIMMEL, G. (1990) The Philosophy of money, Routledge, Londres.
- TAMPEP (2017), *TAMPEP respecto a la situación de las trabajadoras sexuales nacionales y migrantes en la Europa actual*. Disponible en: <https://tampep.eu/wp-content/uploads/2017/11/TAMPEP-paper-ESP.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- THILL, M. (2017), "La Unión Europea ante la explotación de la prostitución de mujeres: tensiones entre Mercado e igualdad de género". En: NUÑO, L. y DE MIGUEL, A., *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 31-42.
- UNODC (2010), *Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation*, Viena.
- UNODC (2012), *Trata de personas: delincuencia organizada y venta multimillonaria de personas*, Viena.
- WOLF, N. (1992) *El mito de la belleza*. Barcelona: Salamandra.

¿Un caso bagatela? En defensa del recurso de amparo

A bagatelle case? In defence of the individual appeal for protection to the constitutional court.

Aurelio de Prada García
Universidad Rey Juan Carlos
aurelio.deprada@urjc.es

Recibido / received: 30/11/2017
Aceptado / accepted: 04/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4350>

Resumen

El recurso de amparo, -un instrumento básico para la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos-, precisaría, paradójicamente, de defensa ante las reformas que ha sufrido o que le amenazan e incluso, presuntamente, ante la actuación del propio Tribunal Constitucional. En este trabajo, a partir de un caso concreto, se apuntan algunas reformas que, en nuestra opinión, harían de dicho recurso un instrumento realmente efectivo.

Palabras clave

Derechos y libertades fundamentales, recurso de amparo, amparo objetivo, derecho a la tutela judicial efectiva, Tribunal Constitucional.

Abstract

The individual appeal for protection to the Constitutional Court, -a basic tool in order to defend the fundamental rights and liberties-, would need, paradoxically, to be defended from the amendments which has suffered or threaten it and, allegedly, even from the very action of the Constitutional Court. In this work we analyze a case and point out some amendments that, in our opinion, would make that basic tool truly effective.

Keywords

Fundamental rights and liberties, individual appeal for protection to the Constitutional Court, objective individual appeal, right to obtain effective protection from the judges and the courts, Constitutional Court.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El estado de la cuestión. 3. Hechos y prueba. 4. A modo de conclusión: ¿Un caso bagatela?

1. Introducción

Nos permitirá el lector que, con el propósito de sustentar mejor la tesis que aquí defendaremos, le hagamos salir de su papel meramente pasivo y le supongamos magistrado del Tribunal Constitucional español (TC) y miembro de la Sección 1^a de la Sala 1^a. Sección a la que le ha tocado decidir sobre la admisión/inadmisión de una demanda de amparo (5497-2014), relativa a una presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.2 de la vigente Constitución española (CE).

Damos por supuesto que el lector continúa leyendo estas líneas de modo que consiente implícitamente en asumir ese papel de magistrado del TC y que lo que ahora espera es algún dato adicional relativo al caso que le permita tener elementos de juicio suficientes para tomar una decisión. Datos que le proporcionamos a continuación.

La demanda de amparo sobre la que el lector-magistrado ha de decidir se sustenta en la presunta violación del derecho a la tutela judicial efectiva habida cuenta de que el órgano jurisdiccional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el P.O. 439/2012) cuya decisión se impugna habría modificado, presuntamente, en la Sentencia los hechos objeto de litigio. Hechos que, por lo demás, habían servido para la admisión a prueba de tres testificales y de cuya admisión y práctica realizada no habría rastro alguno en la Sentencia, no habiéndose utilizado tampoco, presuntamente, a la hora de motivar el fallo.

En términos técnicos, -con los que quizás el lector se sienta más familiarizado-, la demanda de amparo se basa en presuntas incongruencias omisivas tanto al reflejar los hechos objeto del litigio cuanto la prueba admitida y practicada que no figura en el cuerpo de la Sentencia y no se utiliza en la motivación del fallo

Quizás ya tenga el lector una decisión tomada al respecto pero puede que todavía requiera de información adicional. Esta vez relativa a cuestiones formales: si se planteó el preceptivo incidente de nulidad de actuaciones, si se agotó la vía jurisdiccional previa, si la demanda de amparo se presentó en tiempo y forma, si se argumentó la especial trascendencia constitucional del asunto... A todo lo cual hemos de contestar positivamente.

Puede, con todo, que el lector requiera también información sobre la postura sostenida por la parte contraria, en este caso la Abogacía del Estado. Punto sobre el que tampoco tenemos inconveniente en informarle diciéndole que, en el trámite de contestación a la demanda, si bien se opuso primariamente a la pretensión del recurrente, sí que accedía a ella subsidiariamente. No parece preciso recordar al lector/magistrado que es práctica consagrada que la Abogacía del Estado no se allana nunca primariamente a las pretensiones de los recurrentes.

Todo lo anterior parece, en principio, más que suficiente para que el lector haya tomado ya su decisión sobre la admisión/inadmisión de la demanda de amparo y puede, -nos atrevemos a suponer-, que la decisión haya sido la de admisión a trámite de dicha demanda.

Ahora bien, puede también que el lector haya ponderado los datos que acabamos de proporcionarle con las implicaciones que se siguen tanto del título de este trabajo cuanto del resumen que figura al principio de estas líneas. Título y

resumen que, de un modo u otro, parecen reflejar cierta problemática en lo que se refiere a la práctica seguida por el TC en lo que al recurso de amparo concierne.

Así las cosas, puede que el lector antes de tomar una decisión requiera de alguna información sobre dicha práctica; sobre, por así decirlo, el estado de la cuestión del recurso de amparo en nuestro país. Punto del que intentaremos informarle sucintamente a continuación.

2. El estado de la cuestión

Quizás el mejor modo de empezar a exponer cuál es la situación actual del recurso de amparo sea señalando el número de demandas en uno de los últimos años de los que disponemos de datos, 2015. Pues bien, en ese año se plantearon 7.203 recursos de amparo de los que 6.192 lo fueron por personas físicas. Con lo cual, -por decirlo en los términos del art. 53.2 CE que encabezan estas líneas-, 6.192 ciudadanos españoles consideraron que los tribunales ordinarios no habían tutelado satisfactoriamente sus derechos y libertades fundamentales y ello hasta el punto de solicitar amparo ante el TC asumiendo los gastos que la actuación de abogado y procurador implica.

Obviamente esos datos ha de contrastarse tanto con el número de recursos admitidos a trámite por el TC, 84, -el 1,06 por 100 de los recursos de amparo que el Tribunal conoció ese año en fase de admisión¹-, cuanto con el número de recursos a los que finalmente otorgó amparo, 54². Datos de los que ciertamente cabe deducir que el TC no comparte el criterio de esos 6.192 ciudadanos y que, por el contrario, considera que la Justicia ordinaria “cumple de forma eficaz la función que las leyes le atribuyen en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.³

Ante todo ello, nuestro lector, al que hemos pedido que actúe como magistrado del TC, quizás se sienta un poco incómodo, algo escindido. Y en efecto, como lector puede que experimente cierta simpatía hacia esos 6.192 ciudadanos que sintieron que sus derechos y libertades no habían sido tutelados satisfactoriamente por la justicia ordinaria y que asumieron las minutas de abogados y procuradores que la interposición de un recurso de amparo supone.

Puede asimismo que le parezca sorprendente el exiguo número de demandas de amparo admitidas y el aún más exiguo número de amparos otorgados y puede

¹ “Lo que, en cambio, sigue la misma tónica es el escaso porcentaje de admisión a trámite de estos recursos. En 2015, únicamente fueron admitidos para su posterior resolución en sentencia un total de 84, cifra que supone el 1,06 por 100 de los recursos de amparo que el Tribunal conoció en fase de admisión. El resto de amparos —esto es, un 98,94 por 100— fue inadmitido por las razones que se exponen en el capítulo IV, epígrafe 1” (Tribunal Constitucional, 2015: 19 y 20).

² Cabe destacar también que apenas la mitad de las 109 sentencias dictadas como consecuencia de la admisión a trámite de ese 1,08 por ciento de recursos otorgó el amparo a los demandantes (54 otorgaron total o parcialmente el amparo, 50 lo denegaron y otras 5 lo inadmitieron en su totalidad), dato que refuerza aún más el diagnóstico positivo sobre la calidad de nuestra Justicia” (<http://www.abogacia.es/2015/07/22>)

³ “Es decir, el tribunal solo ha admitido a trámite el 1,08 por ciento de los recursos de amparo. El Constitucional considera que este dato indica que la Justicia ordinaria “cumple de forma eficaz la función que las leyes le atribuyen en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Esto provoca que el amparo ante el TC sea un recurso de naturaleza subsidiaria, tal y como lo configura la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Cabe destacar también que apenas la mitad de las 109 sentencias dictadas como consecuencia de la admisión a trámite de ese 1,08 por ciento de recursos otorgó el amparo a los demandantes (54 otorgaron total o parcialmente el amparo, 50 lo denegaron y otras 5 lo inadmitieron en su totalidad), dato que refuerza aún más el diagnóstico positivo sobre la calidad de nuestra Justicia” (<http://www.abogacia.es/2015/07/22>)

también que, de algún modo, no comparta el corolario que de tan exigüas cifras se sigue: el diagnóstico positivo sobre la calidad de nuestra Justicia.

Ahora bien, como magistrado del TC puede que tenga la sensación contraria, la de que efectivamente nuestra Justicia funciona satisfactoriamente y que de los 6.192 ciudadanos que demandaron amparo al TC, solo los 84 cuya demanda fue admitida a trámite tenían verdaderos motivos para sentirse insatisfechos, los demás deberían haberse conformado con la solución que la justicia ordinaria dio a sus asuntos.

A todo esto, quizás no estamos explicándonos adecuadamente y ello porque, hasta aquí, estamos ateniéndonos a los términos literales del art. 53.2 CE cuando lo cierto es que, como el lector-magistrado sabe con seguridad, tal artículo ha de leerse con la interpretación restrictiva que supuso la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, que introdujo el requisito de “especial trascendencia constitucional” para los recursos de amparo.

Dicho en otras palabras, el art. 53.2 CE no ha de leerse en los términos literales que figuran al inicio de estas líneas sino en los siguientes:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, siempre que exista especial trascendencia constitucional, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Con todo lo cual, ciertamente, hemos de matizar las afirmaciones que acabamos de hacer sobre la posible escisión de nuestro lector/magistrado. Y en efecto, puede que ahora prime en él la condición de magistrado habida cuenta de que dicho requisito de argumentar la especial trascendencia constitucional no es seguido en un porcentaje considerable de las demandas: 16, 67 por ciento, tal y como se refleja en la propia Memoria del TC⁴. Porcentaje que, por lo demás, baja, al parecer, en relación al de la Memoria del año anterior⁵.

Ahora bien, puede que sea la condición de lector la que prime y se sienta solidario de ese 16, 67 por ciento de ciudadanos insatisfechos con la acción de la justicia ordinaria y cuyos abogados, según el TC, no habrían procedido con la diligencia debida a la hora de fundamentar la especial trascendencia constitucional del recurso. Puede, en fin, que discrepe de ese requisito de la “especial trascendencia constitucional” y que piense que con él se ha desvirtuado el espíritu del recurso de amparo, tal y como se plasmaba literalmente en la vigente Constitución del 78.

⁴ “El resto de amparos —esto es, un 98,94 por 100— fue inadmitido por las razones que se exponen en el capítulo IV, 20 epígrafe 1.D, cuyo examen sigue evidenciando el alto porcentaje de recursos presentados que tienen como causa de inadmisión la apreciación de óbices procesales derivados del incumplimiento por las demandas de los requisitos legales exigidos para su admisión a trámite —entre otros, y significativamente, creo conveniente seguir insistiendo en el considerable número de demandas de amparo que continúan ignorando la exigencia implantada en 2007 de justificar la especial trascendencia constitucional, omisión ésta que ha dado lugar al 16,67 por 100 de las inadmisiones” (Tribunal Constitucional, 2015: 19 y 20).

⁵ “Resulta llamativo que, a estas alturas, una quinta parte de las demandas de amparo (concretamente 1.331, un 19,97 por 100 de las inadmitidas por mera providencia en virtud del art. 50 LOTC) siguen sin ofrecer la más mínima justificación de la trascendencia constitucional del recurso, tal y como exige la Ley rectora del Tribunal desde la 15 reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Creo que este es un dato que merece una reflexión por parte de todos y, especialmente, de los procuradores y abogados a quienes la ley confía la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (art. 81 LOTC)” (Tribunal Constitucional, 2014: 14 y 15).

Pero ciertamente no procede seguir haciendo elucubraciones sobre lo que en este punto piensa el lector/magistrado, pues puede que crea que con todo lo anterior ya conoce el estado de la cuestión en lo relativo al recurso de amparo y puede asimismo que ya haya ponderado la influencia que dicho estado de cosas ha de tener en su decisión de admitir o no el caso que le hemos planteado.

Ahora bien, en este punto no parece ocioso recordarle que, si bien la del requisito de la especial trascendencia constitucional es la única reforma que ha experimentado el recurso de amparo, se cierre sobre él la posibilidad de una segunda reforma. Una posibilidad que afectaría a casos referidos al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y, por tanto, al caso sobre cuya admisión el lector/magistrado ha de resolver.

En efecto, desde la consideración de que el TC recibe demasiadas demandas de amparo, incluso después de la reforma de la LOTC, y de que la mayor parte de ellas se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva⁶ se ha propuesto (Rubio Llorente, 1998: 35 y ss.) la conveniencia de una nueva reforma en el sentido de excluir del amparo las demandas que versen sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

En otros términos, se ha propuesto una interpretación aún más restrictiva del 53.2 CE que, además del requisito de la especial trascendencia constitucional, incluiría la prohibición de admitir las demandas de amparo que versaran sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Con todo lo cual el art. 53.2 CE habría de leerse como sigue:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1^a del Capítulo Segundo, ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, siempre que exista especial trascendencia constitucional y no se alegue vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Puede que el lector piense que se trata tan sólo de una propuesta y que, además, sería una propuesta imposible pues el art. 24.2 CE, el derecho a la tutela judicial efectiva bien puede considerarse como el primer derecho humano, procesalmente hablando, ya que de él depende la garantía y defensa de cualquier otro derecho, de modo que la puesta en práctica de esa propuesta implicaría *de facto* la desaparición del recurso de amparo.

Buena prueba de ello, por lo demás, es que figura en todas las declaraciones de derechos. Y así, aparece tanto en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

⁶ “En 5.416 de los recursos se solicitaba el amparo para una o varias de las garantías procesales proclamadas en el artículo 24 de la Constitución (lo que significa que estos derechos fueron invocados en el 75,19 por 100 de las demandas de amparo). El derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución fue invocado en 992 demandas de amparo (13,77 por 100 de los recursos de amparo). Los demás derechos fundamentales y libertades públicas fueron alegados en 1.851 demandas de amparo (25,70 por 100 de los recursos de amparo de nuevo ingreso)” (Tribunal Constitucional, 2015: 51). El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución fue invocado en 5.325 demandas de amparo constitucional (73,92 por 100). De las garantías procesales del art. 24.2 CE destacan, por la frecuencia de su invocación, los derechos a la presunción de inocencia, invocado en 990 demandas (13,74 por 100), a un proceso con todas las garantías, alegado en 574 ocasiones (7,97 por 100 de las demandas) y los derechos a la defensa y a la asistencia letrada (232 demandas de amparo, un 3,22 por 100) y a la prueba pertinente para la defensa (211, un 2,93 por 100)” (Tribunal Constitucional, 2015: 50 y 51).

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”,

cuanto en el art. 24.1 de la Constitución española de 1978:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”,

como, en fin y por todas, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en cuyo artículo 13 figura como “derecho a un recurso efectivo”:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Pero ciertamente no es momento de recordar al lector cosas que ya sabe, si bien si es importante recalcar que se ha planteado esa posibilidad y ello tanto más cuanto que dicha propuesta afectaría al caso que le hemos pedido resolver. Así las cosas, puede que necesite conocerlo más a fondo a fin de ponderar convenientemente esa posible modificación a la hora de tomar una decisión. Necesidad que procedemos a satisfacer inmediatamente.

3. Hechos y prueba

El caso se originó en una *reformatio in peius* ciertamente especial. En concreto en el hecho de que dos Comités asesores de la Comisión Nacional de la Evaluación de la Actividad Investigadora (CNEAI), -idénticos en cuanto al presidente y a la mayoría de sus vocales (especialista incluido)-, primero aprobaron dos aportaciones científicas con un 6 y luego, en la convocatoria del año siguiente, las suspendieron con 4,5 sin más motivación que el cambio en la composición del Comité. Motivación plenamente avalada por la CNEAI.

Esta especial *reformatio in peius* fue recurrida alegándose arbitrariedad y violación del principio *nemo contra factum propium venire potest* de tal modo que, tras algunos avatares judiciales en los que no podemos detenernos aquí (Ministerio de Justicia, 2016), el caso llegó a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional como un recurso contencioso administrativo (P.O. 439/2012). En él, el recurrente, además de las mencionadas arbitrariedad y violación del principio *nemo contra factum propium venire potest*, alegaba discriminación en relación a terceros dado que había tenido conocimiento de un cambio en el *modus operandi* de los Comités asesores según el cual dicha especial *reformatio in peius* y cualquier otra ya no serían posibles. Al parecer, cuando los Comités tenían que evaluar aportaciones científicas ya previamente evaluadas, se les hacía llegar la calificación previa y no podían modificarla sino al alza.

No parece preciso insistir en que ello, de ser cierto, supondría un refuerzo a la pretensión del recurrente así como una evidente discriminación frente a terceros a los que se estaría aplicando ese nuevo *modus operandi* al tiempo que se rechazaban sus recursos contra la especial *reformatio in peius* que dio origen al caso.

Ahora bien, como el recurrente había obtenido esta información de manera no oficial, por pura casualidad, y no figuraba expresamente en parte alguna, trató de demostrarla, así como la consiguiente discriminación en relación a terceros, proponiendo la práctica de cuatro pruebas testificales.

Las dos primeras se dirigían a la Secretaría de Estado de Universidades y al Coordinador General de la CNEAI para conseguir información de la fecha y el autor de la decisión de dicha modificación del *modus operandi* así como de los casos concretos en los que se había aplicado desde entonces.

Dado que era la parte demandada la que tenía que facilitar esta información, las otras dos peticiones de prueba se dirigían a los presidentes y a los especialistas de los Comités asesores posteriores para conocer tanto si efectivamente se les había trasladado las calificaciones previas de las aportaciones científicas que se volvían a evaluar, cuanto los casos concretos a los que se había aplicado este presunto nuevo *modus operandi*.

La Sección admitió dichas peticiones (excepto la referida a los especialistas) y se practicaron en los términos que se relatan a continuación. En lo que se refiere a la Secretaría de Estado de Universidades, pese a la obligación de “*prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso*” que impone el art. 118 CE, no contestó ni una sola palabra sin dar además justificación alguna de ello.

Por lo que toca al Coordinador General de la CNEAI, no contestó la primera pregunta aduciendo que acababa de ser nombrado en el cargo y en cuanto a la segunda tampoco la contestó, aduciendo que ello implicaría el cese del servicio público prestado por la CNEAI.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera prueba admitida, la dirigida a los presidentes de los Comités científicos asesores, la primera pregunta fue respondida afirmativamente mientras que la segunda aparecía modificada, habiéndose introducido un “no” en la pregunta que la hacía ininteligible.

A la vista de lo anterior y al amparo de la legislación vigente, el recurrente realizó una doble petición. Primariamente, solicitó a la Sección la práctica de la prueba no realizada, la dirigida a la Secretaría de Estado de Universidades, y la repetición de la prueba en la que se había modificado el tenor de la segunda pregunta dirigida a los Presidentes de los Comités posteriores. Subsidiariamente y a la luz del resultado de la práctica de la prueba, el recurrente solicitaba se tuviese por probada la discriminación en relación a terceros a los que el nuevo *modus operandi* se estaría aplicando.

La Sección, sin embargo, no atendió estas peticiones, declaró las actuaciones conclusas y dictó sentencia desestimatoria del recurso al considerar que “*no se había demostrado la discriminación alegada*”, condenando al recurrente al pago de las costas.

Puede imaginar el lector la profunda perplejidad que produjo al recurrente la lectura de la sentencia. Y en efecto, no podía entender cómo en lugar de obligar a la Secretaría de Estado a cumplir con la obligación constitucional de colaborar con la justicia, cómo en lugar de obligar a corregir la pregunta que se había modificado en la tercera testifical admitida, cómo en lugar de darle la razón subsidiariamente, la Sección desestimaba el recurso y le condenaba en costas.

Ahora bien, si perplejidad fue la primera impresión del recurrente al leer la sentencia no fue esa la única sensación que le produjo. Y es que, tras una lectura más atenta de la sentencia, cayó en la cuenta de que la única mención a la práctica de la prueba era la fórmula “*practicadas las pruebas consideradas pertinentes*” sin que en lugar alguno de la sentencia hubiera la menor referencia al comportamiento

de la Secretaria de Estado de Universidades, del Coordinador General de la CNEAI o a la modificación de la segunda de las preguntas dirigidas a los presidentes de los Comités científicos asesores que acabamos de relatar. Más aún ni siquiera parecía que la práctica de tales pruebas se hubiera realizado o que se hubieran admitido o ni siquiera que se hubiesen propuesto, pues en lugar alguno constaba la menor alusión a todo ello.

Como puede imaginar el lector fácilmente el recurrente pasó con todo esto de la incredulidad a la insatisfacción y ello tanto más cuanto que no era lego en derecho y sabía que las sentencias habían de motivarse, tal y como se establece en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC):

“Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

Punto sobre el que, por lo demás, sabía que había acuerdo doctrinal:

“La libertad del juez en la aplicación de las reglas de la sana crítica lleva aparejado el deber de explicar esta aplicación en la motivación de la sentencia. Esta no consiste solamente en la argumentación sobre el Derecho sino que exige también la fijación de los hechos, incluyendo la exposición de la relación entre ellos y la prueba practicada.” (Palao Taboada, 2014: 87 y Taruffo, 2016: 75 y ss.)

Ahora bien, no fue la sensación de insatisfacción la que prevaleció finalmente en el recurrente pue una tercera lectura, aún más atenta, de la Sentencia le llevó a constatar que los hechos que dieron lugar al caso no aparecían tal y como se habían producido. No había mención alguna al hecho de que los dos Comités asesores de la CNEAI que aprobaron primero dos aportaciones científicas con un 6 y luego, al año siguiente, las suspendieron con un 4,5, eran idénticos en cuanto al presidente y a la mayoría de sus vocales (especialista incluido). Según la sentencia, los hechos eran simplemente que dos contribuciones científicas habían sido primero aprobadas con un 6 y luego suspendidas con un 4.5 por dos Comités asesores sin que se hiciera la menor alusión a su composición.

Como el lector puede imaginarse, el recurrente pasó de la insatisfacción a la indignación y finalmente decidió sumarse a los miles de ciudadanos que, insatisfechos con la actuación de los jueces y tribunales ordinarios hasta el punto de asumir los costes correspondientes, demandan amparo al TC. Y así, tras algún que otro avatar al que no procede referirse aquí (vid. Ministerio de Justicia, 2016), planteó el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones previo a la demanda de amparo.

En dicho incidente, haciéndose referencia expresa a la violación del derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, se alegaban presuntas incongruencias omisivas tanto al reflejar los hechos objeto del litigio cuanto la prueba admitida y practicada que no figura en el cuerpo de la Sentencia y no se utiliza en la motivación del fallo en los términos que ya hemos señalado.

Dicho incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado por la Sala mediante Auto, -sin condena en costas ni multa y sin referencia alguna a la inexistencia de mención en la Sentencia de los hechos objeto último de la controversia-, afirmándose que sí se había procedido a la valoración de la prueba y concluyéndose, literalmente, en los siguientes términos que venían a ratificar los expresados en el fallo de la Sentencia:

“Se señala también, que el parámetro de igualdad no puede ser con el mismo sujeto de Derecho, lo que implica que, sin aportación de datos concretos de trato desigual y frente a sujetos de Derecho claramente identificados y en idéntica situación, no puede prosperar la pretendida discriminación”.

Un fallo que, como bien se ve, sólo es posible lógicamente omitiendo, -presuntamente-, el hecho documentalmente probado de que la Sala había admitido la práctica de pruebas dirigidas a demostrar tal discriminación; esto es, pruebas dirigidas a la *aportación de datos concretos de trato desigual y frente a sujetos de Derecho claramente identificados y en idéntica situación*.

Omitiendo asimismo, -presuntamente-, el hecho de que tales pruebas se habían practicado en los términos vistos; esto es, haciendo imposible tal aportación, al no haber contestado o haberse excusado quienes tendrían que haber aportado tales datos concretos de trato desigual frente a sujetos identificados y en idéntica situación.

4. A modo de conclusión: ¿Un caso bagatela?

A todo esto parece que el lector/magistrado de estas líneas dispone ya de toda la información que necesita para tomar una decisión. Y en efecto, ya le hemos proporcionado todos los pormenores del caso y también le hemos informado de que se cumplieron todos los requisitos formales para la presentación del amparo: en tiempo y forma, argumentándose la especial trascendencia constitucional...

Ahora bien, puede que considere que aún no le hemos dado toda la información de que disponemos y ello a la vista, una vez más, del título y del resumen que anteceden estas líneas. Título y resumen de los que se sigue que también disponemos de la decisión tomada por la Sección 1^a, de la Sala 1^a del TC en la que, por cierto, hemos pretendido incluirle.

Una decisión que no tenemos inconveniente en proporcionarle señalando, además, que la Sección se tomó su tiempo a la hora de decidir. Nada menos que un año y tres meses lo que, desde luego, hizo concebir ciertas esperanzas a nuestro recurrente pues, como el lector sabrá con seguridad, es práctica del TC inadmitir en un plazo breve –tres, cuatro meses- los asuntos que, en su opinión, no merecen una mínima atención.

Ahora bien, las esperanzas de nuestro recurrente se disiparon con los lapidarios términos en los que acabó pronunciándose la Sección:

“La Sección ha examinado el recurso presentado y ha acordado no admitirlo a trámite con arreglo a lo previsto en el art.50.1.a) de la LOTC, dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela.”

Términos lapidarios que, por otro lado, no hicieron sino aumentar su insatisfacción/indignación ante la actuación de nuestra justicia, esta vez la constitucional, pues le pareció increíble, -por decirlo de alguna manera-, que todo lo ocurrido en la Audiencia Nacional: modificación de los hechos objeto del litigo, práctica de la prueba en los términos vistos, condena en costas.... no supusiera para el TC violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva. En otros términos, le pareció increíble que tal actuación por parte de la Audiencia Nacional fuese considerada por el TC conforme con la Constitución.

Más aún, le pareció incluso hiriente que, después de más de un año, se inadmitiese su demanda de amparo argumentándose *“manifiesta inexistencia de*

violación de un derecho fundamental tutelable en amparo". "Manifiesta inexistencia", -se decía-, y no debía serlo tanto, -también se decía-, cuando la Sección Primera de la Sala Primera del TC había tardado todo un año y tres meses en apreciarla.

Pero no procede seguir con las impresiones del recurrente pues con todo esto parece que el lector tiene ya todos los datos para tomar una decisión. Ahora bien, puede que todavía requiera una última información por nuestra parte. Puede que quiera conocer nuestra postura al respecto. Un conocimiento que le proporcionamos inmediatamente, informándole de que, -como era de esperar tras todo lo escrito-, nuestra postura está muy próxima a la del recurrente y no es otra que la que se refleja en el título y resumen de estas líneas: la necesidad de salir en defensa del recurso de amparo, -instrumento básico para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos-, ante las reformas que ha sufrido, que le amenazan e incluso, presuntamente, ante la propia actuación del TC.

Una necesidad que compartimos con otros autores que, a partir del análisis de otros casos, han propuesto diversas reformas como la de establecer un "recurso de amparo judicial ante una sala especial o *ad hoc* del Tribunal Supremo" (Fernández Farreres, 2005: 6) u otras (Garro Vargas, 2006: 99 y ss.) que harían del recurso de amparo un instrumento realmente efectivo.

Pero no procede entrar aquí en un análisis pormenorizado de tales casos y de dichas propuestas y ello no sólo porque llevaría demasiado tiempo sino, y sobre todo, porque lo que corresponde es que nuestro lector/magistrado tome ya finalmente una decisión. Una decisión que, sin embargo, bien podría ser la de considerar el caso expuesto aquí como un caso sin especial trascendencia; una "bagatela" de la que no merece la pena ocuparse.

Bibliografía

- GARRO VARGAS, A. (2006), "El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la constitución". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005), *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*. Documento de trabajo 58/2004, Laboratorio Alternativas.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2016), "Por una reforma del derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. A propósito de dos sentencias de la Audiencia Nacional y una providencia de inadmisión del TC". En *Boletín de Ministerio de Justicia*, año LXX, núm. 2193. Disponible en: www.mjusticia.es/bmj
- PALAO TABOADA, C. (2014), "La prueba en el proceso contencioso administrativo". En *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163. Abril-Junio.
- RUBIO LLORENTE, F: (1998), "El recurso de amparo". En RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid.
- TARUFFO. M. (2016), "Apuntes sobre las funciones de la motivación". En PRIORI POSADA, G. (coord.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015), *Memoria*.
- (2014), *Memoria*.
- WWW.ABOGACIA.ES/2015/07/22

Keywords

Prostitution, Trafficking in Human Beings (THB), Public Policies, Sexual Exploitation, Gender Equality, Public International Law.

SUMARIO. 1. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos. 2. La nueva racionalidad neoliberal y los negocios de la vulnerabilidad. 3. Tres falsas premisas del discurso reglamentarista. 4. Estudio de caso: el modelo reglamentarista alemán. 5. Conclusiones.

1. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos

Si hay un objetivo común que caracterice históricamente a los patriarcados, es la pretensión de uso sexual y reproductivo de las mujeres (Mackinnon, 1989: 299). Con tal finalidad, no se ahorran esfuerzos en normativizar los mandatos de género necesarios para promover el beneplácito o la aquiescencia de las mismas. Tradicionalmente, con la finalidad de garantizar una función reproductiva que ofreciera certezas sobre el origen de la descendencia de los varones, se privatizó su sexualidad en el marco de la institución matrimonial. Pero su privatización no resolvía el derecho sexual patriarcal de acceder al cuerpo de varias mujeres, de un abanico de féminas en general. Para ello, era preciso disponer de mujeres que, lejos de privatizarse, se colectivizaran a través de una segunda institución: la prostitución. Una doble moral sexual, enmarcada en el orden normal y natural de la sociedad, cuya deslegitimación ha sido un objetivo histórico del sufragismo y del feminismo posterior¹, muy críticos ambos con las implicaciones y consecuencias del contrato sexual, tematizado por Pateman, ya fuera tanto en su versión matrimonial como prostitucional (De Miguel y Palomo, 2011).

En la cultura cristiana, la mujer promiscua que desafía el mandato de una sexualidad encaminada a la procreación en el ámbito del matrimonio canónico se consideró, y aún se considera, “contraria a la buena sexualidad, a la sexualidad cristiana: es la mala, la no dicha” (Lagarde, 2001: 575). Sin embargo, destacados moralistas defendieron -en no pocas ocasiones- la existencia de mancebías como un “mal menor”. El propio San Agustín, en el capítulo cuarto del Libro segundo de “De Ordine”², mantuvo que, si bien la prostitución era un oficio degradante, contribuía al orden ajeno. Según sus tesis, al igual que las ciudades precisan de la existencia de sumideros y cloacas para canalizar o evacuar los deshechos, los burdeles cumplen el mismo fin: ordenan la sexualidad (buena y mala), concentrando los actos de lujuria en un reducto concreto y con mujeres determinadas.

El argumento de fondo parece sustentarse en que, habida cuenta que los instintos sexuales del supuesto sexo de la razón son irrefrenables, pero su expectativa es la de gozar del monopolio sexual de mujeres privadas, han de destinarse unas mujeres para estricto uso privado y otras para acceso público. Una distribución que permite, por una parte, garantizar la monogamia de aquellas destinadas a la reproducción y la preservación de la estirpe masculina y, por otra, ofrecer la disponibilidad sexual de mujeres variadas para los varones que así lo deseen en cualquier momento o circunstancia. De forma tal que, todas las comunidades

¹ Unanimidad existente casi hasta la década de los años ochenta y noventa del siglo XX, etapa en la que se rompe en consenso existente hasta la fecha en la consideración de la prostitución como una forma específica de opresión de las mujeres.

² Publicado bajo el título “Si el hombre, haciendo mal, obra con orden. Los males ordenados contribuyen al decoro del universo”.

humanas han tenido a lo largo de la historia mujeres destinadas a ambos usos, diferenciando convenientemente a unas y otras.

Porque el orden social patriarcal no sólo garantiza la disponibilidad de mujeres para uso privado y público, sino que establece una férrea frontera entre las mujeres destinadas a estos fines. En el caso de las mujeres privadas y, en la medida que el control de la actividad sexual de las mujeres permite controlar la reproductiva, su sexualidad y la propia exposición de su cuerpo frente a terceros, ha estado rodeada de un sinfín de mandatos punitivo-moralizadores. De forma tal que, los patriarcados de coerción³, administran la privatización de su sexualidad a través de severos códigos familiares y culturales que garantizan la virginidad antes del matrimonio y la fidelidad conyugal.

En los patriarcados por consentimiento, por el contrario, los cambios sociales y legislativos fueron restando fuerza a dichos mandatos. A raíz de la década de los sesenta, en las sociedades que vivieron la denominada revolución sexual, se rebajó la sanción social sobre la libertad sexual de las mujeres. El erotismo, el deseo y el placer sexual femenino perdieron su condición de tabú, su presencia en el espacio público se fue normalizando y las relaciones fuera del ámbito matrimonial se desestigmatizaron. Pero los avances en libertad sexual, así como la pretensión de las mujeres de adquirir el ansiado estatuto de sujeto (dejando atrás su consideración de objeto) se vieron acompañados de una “reacción”⁴ que reforzó y exaltó el mandato de ser un cuerpo atractivo (entendido como esbelto, joven y disponible).

En pleno siglo XXI, en mayor o menor medida, la socialización sigue promoviendo la consideración de las mujeres como objetos sexuales que se valoran en función del atractivo o reclamo que suscita en terceros (Wolf, 1992; Greer, 2004). Una reificación de la identidad femenina que alimenta algunas formas de violencia de género como es el caso de la prostitución, la pornografía o cualquier forma de violencia sexual. Por ello, aunque la revolución sexual acabó con algunas restricciones impuestas específicamente a las mujeres, no significó el abandono de un particular esencialismo que las convierte en cuerpos sexualizados.

A su vez, la rígida sanción previa de las relaciones fuera del ámbito conyugal se tornó en irrelevancia de las relaciones sexuales o incluso en un mandato de accesibilidad y de prácticas sexuales lesivas⁵, emuladas de la pornografía, cada vez más frecuentes entre la población más joven. En cualquier caso, y en la medida que la disponibilidad sexual ya no determina la esencia de las mujeres o la histórica distinción entre malas y buenas, se ha banalizado su mercantilización.

Por ello, aunque es cierto que las mujeres se han vendido y comprado a lo largo de la historia para su uso sexual, nunca ha sido con las dimensiones actuales⁶. En la actualidad, la prostitución representa un lucrativo mercado global en expansión

³ Según la clasificación de Puleo (1995: 29), conviene advertir que la misma “es un esquema orientativo y no puede ser considerada como absoluta. Todo sistema patriarcal se basa en la coerción y en el consentimiento”.

⁴ Según terminología de Faludi (1993).

⁵ Como representa el caso de la práctica sexual denominada “el muelle”. Para más información: A. V. C. (2017). “Qué es el ‘juego del muelle’ y por qué es tan peligroso para la salud”, 9 de enero de 2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-09/juego-muelle-que-es-ruleta-sexual-adolescentes_1313845/ (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

⁶ Como afirma Amelia Valcárcel “toda sociedad patriarcal que quiere comprar mujeres logra hacerlo. Y las sociedades también patriarcales pobres las venden. No es que ellos no las compraran si estuvieran en la situación de hacerlo, es que digamos se ven en la de venderlas. Y las venden. De tal manera que ocurre un enorme e intenso tráfico de mujeres a lo largo de todo el planeta, desde hace bastante tiempo. No es de hoy, aunque es más grave hoy” (De Miguel, 2014: 203).

con una estructura sistémica. Un crecimiento no ajeno a la trivialización de su mercantilización y consumo, pero tampoco a la creciente feminización de la pobreza, con el consecuente incremento de las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres, y al lucro que genera el mercado prostitucional (Cobo, 2017). Sin ir más lejos, en España y según los datos ofrecidos por la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (ANELA), los beneficios anuales por cada mujer prostituida ascendían, hace diez años, a 45.000 euros anuales⁷.

Esta realidad contrasta con la demanda de reglamentar la prostitución como una forma de transgredir un supuesto orden; uno no muy distinto al que San Agustín pretendía preservar con su reconocimiento. Según parece, la legalización de una institución que se construye en el imaginario colectivo como “el oficio más antiguo” e interpretada como un “mal menor” por destacados teólogos y moralistas, se presenta como una suerte de innovación normativa vinculada a la libertad y a la revolución sexual de las mujeres. Una institución histórica patriarcal, en expansión gracias a la creciente racionalidad neoliberal que explota las desigualdades Norte-Sur, integrada en el ámbito de la Unión Europea mayoritariamente por mujeres migrantes⁸, se presenta como una sugerente invitación a la transgresión. Las razones del lobby del mercado prostitucional, se pueden entender, aunque no compartir. Lo paradójico es que como tal sean aceptadas por aquellos discursos o posicionamientos políticos pretendidamente anticoloniales, anticapitalistas, defensores de los derechos humanos o feministas y contrarios al orden patriarcal y neoliberal que las sustenta.

2. Cuerpos sexuales, cuerpos reproductivos

La explotación sexual de mujeres y niñas es un fenómeno transversal al patriarcado. Como se apuntaba con anterioridad, a efectos de garantizar un completo usufructo, a lo largo de la historia, han variado usos, formas y maneras de ejercer la misma. En la actualidad, la prostitución representa un negocio en expansión que permite colectivizar la explotación sexual de las mujeres en el que confluyen la racionalidad y los intereses del patriarcado y el neoliberalismo. Ambos conforman un sistema orientado a generar las condiciones necesarias para garantizar tanto el derecho patriarcal de uso sexual de las mujeres como el lucro que supone su mercantilización.

La alienación o expropiación de la sexualidad femenina característica del patriarcado ha encontrado un estratégico aliado: un sistema neoliberal según el cual todo puede ser considerado una mercancía más. Se puede comprar el cuerpo de las mujeres con fines sexuales o reproductivos⁹, convertir en activos financieros las especies en extinción o hacer un buen negocio de las situaciones de indigencia o vulnerabilidad. Las economías de mercado se han transformado en sociedades de mercado que propugnan un proyecto de vida basado en tener deseos y satisfacerlos (Sandel, 2013). El modelo de consumo impuesto fomenta el “usar y tirar” y la sacralización de la novedad en un mercado donde el precio o el dinero libera al consumidor/a de cualquier responsabilidad ética o moral (Simmel, 1990). De forma tal que es legítimo comprar todo lo que se encuentre en venta, siempre que se tenga capacidad económica para ello.

A diferencia del capitalismo, el neoliberalismo no remite solo a un modelo económico, sino también a una nueva forma de racionalidad que sublima el

⁷ Datos aportados por ANELA (Congreso de los Diputados, 2007: 48).

⁸ Según la Red TAMPEP (2017), creada por la Fundación holandesa Graaf y una conocida plataforma defensora de la reglamentación, entre 70-80% de las mujeres prostituidas en Europa son migrantes. Informe disponible en la siguiente dirección: <https://tampep.eu/wp-content/uploads/2017/11/TAMPEP-paper-ESP.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

⁹ Como en el caso de la gestación subrogada o los vientres de alquiler y la venta de óvulos.

individualismo del libre acuerdo y considera los cuerpos elementos subalternos a la economía de mercado; ya sea como medios de producción o como bienes de consumo (Moscoso, 2017). Y, desde esta nueva racionalidad, el lobby de la industria del sexo ha lanzado una poderosa campaña que -bajo el discurso de la protección de lo que denominan trabajadoras sexuales- reclama la legalización de la lucrativa industria del sexo y, con ello, de la explotación sexual ajena.

Si bien es cierto que el sistema prostitucional es un mercado cada vez más globalizado, hay territorios donde su fortaleza es mayor. En concreto, en nuestro país, una tercera parte de los españoles (32,1%) declara haber pagado por mantener relaciones sexuales¹⁰; proporción diez puntos superior a la observada en la media europea. A su vez, la oferta de las tres "s" (sol, sangría y sexo) es un reclamo implícito en muchas agencias internacionales de viajes cuyo destino es nuestro país (Guilló y Santiago, 2017). Por lo que, al elevado consumo local, se suma un turismo que considera la prostitución como una oferta de ocio más.

La rápida expansión de la industria del sexo ha incrementado la demanda de mujeres disponibles para atenderla. Pero, como no es suficiente el número de las que están dispuestas a dedicarse a tal menester de forma voluntaria, es una práctica frecuente proveer los burdeles con mujeres –menores o muy jóvenes- forzadas a ello. El neoliberalismo sexual¹¹ y la industria del sexo están rentabilizando las contrageografías de la globalización¹², la creciente feminización de la pobreza y la existencia de fronteras cada vez más infranqueables en los países más favorecidos. Mafias supuestamente vinculadas al tráfico de personas que utilizan el señuelo de las oportunidades en destino y la clandestinidad o vulnerabilidad que acompaña al tráfico, para practicar la trata con fines de explotación sexual (Thill, 2017). De forma tal que, en la actualidad, el tráfico y la trata con fines de explotación sexual se han convertido en el principal suministrador de un mercado prostitucional¹³ que reclama variedad, sumisión y juventud a precios competitivos¹⁴.

En concreto, en el caso español, se estima que entre el 90% y el 95% de las mujeres prostituidas son víctimas de trata¹⁵. La estratégica situación territorial, convierte el territorio en una puerta de entrada por el sur de Europa, siendo ruta preferente para la trata de mujeres con fines de explotación sexual y uno de los cinco países europeos con mayor número de traficantes¹⁶. Un dato que, paradójicamente, convive con la percepción de que los casos de trata en el mercado prostitucional son

¹⁰ De los cuales dos de cada tres (68,2%) afirma haberlo hecho en más de una ocasión. *Encuesta Nacional sobre Salud sexual*. Centro de Investigaciones Sociológicas (ES2780: 22), 2009. Ámbito estatal, tamaño muestral 9850 entrevistas. Por su parte, la UNODC elevaba dicha proporción al 39% de los hombres, veinte puntos porcentuales por encima de la media europea (UNODC, 2010).

¹¹ Según acepción de Miguel (2016).

¹² En el sentido apuntado por Sassen (2000).

¹³ Es decir, de un abuso de poder o situación de vulnerabilidad que reúne los requisitos exigibles para la consideración de trata seres humanos con fines de explotación sexual. En el caso español, se estima que entre el 90% y el 95% de las mujeres prostituidas son víctimas de trata.

¹⁴ En la actualidad se estima que entre 1,3 y 4,4 millones de mujeres y niñas en el mundo se encuentran explotadas por las redes de trata sexual. La UNODC (2012) cifra en dos millones y medio el número de personas objeto de trata de seres humanos. Entre las cuales, dos terceras partes son mujeres o niñas que el 79% de las ocasiones tienen fines de explotación sexual, proporción que en su traducción numérica representa un millón trescientas mil mujeres y niñas. ONU Mujeres eleva la estimación sobre trata con fines de explotación sexual a cuatro millones cuatrocientas mil personas, entre las mismas el 98% son mujeres.

¹⁵ Proporción que se corrobora a escala mundial. Ver, entre otros, Congreso de los Diputados (2015).

¹⁶ "España, quinto país de la eurozona donde más aumenta el PIB por la contabilización de prostitución y drogas", Europa Press, 17 de octubre de 2014 (fecha de consulta: el 5 de septiembre de 2015).

hechos aislados, cuando es la prostitución voluntaria, no la trata, lo que constituye un fenómeno marginal (Nuño, 2017).

Paradójicamente, el aparente rechazo que suscita la trata se ignora en la consideración de la prostitución. En Europa, donde las prácticas sexuales con menores cuentan con un severo repudio penal y social, la mitad de los compradores siguen pagando por servicios sexuales incluso cuando tienen signos claros que acreditan que son menores de 18 años y, por tanto, víctimas de trata (Honeyball, 2014: 7)¹⁷. Sin ir más lejos, en España el 44% de los puteros¹⁸ manifiesta, abiertamente, que no informaría a la policía si constatara una situación de trata (Meneses et al., 2015).

Un negocio que se alimenta y reproduce la jerarquía sexual, posible gracias a la situación de vulnerabilidad de muchas mujeres, pero que cuenta con el beneplácito de instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, que aprueban tácitamente una práctica que cumple con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales”, mujeres incluidas (Federici, 2013: 120). En el caso de la Eurozona, los beneficios generados pueden incluso computarse como Producto Interior Bruto (PIB)¹⁹.

En la práctica, convive cierta tolerancia social e institucional con un sistema prostitucional muy lucrativo²⁰ mientras que las mujeres prostituidas son esencializadas y estigmatizadas por su actividad; máxime si carecen de recursos y ejercen en lugares públicos. De forma tal que, el repudio social se proyecta sobre la víctima y no sobre el victimario. Una percepción que no es ajena a la consideración de las mujeres como cuerpos sexualizados, a la normalización de su uso sexual y a que el lucrativo negocio del mercado del sexo permite financiar grupos de presión, ONG²¹, campañas y costosos bufetes profesionales que normalizan o glamourizan la prostitución.

3. Tres falsas premisas del discurso reglamentarista

El panorama descrito, lógicamente, obliga a buscar posibles soluciones. Sin embargo, las propuestas reglamentaristas que proponen considerar la prostitución como una profesión o un oficio cualquiera en el ámbito de las relaciones laborales tienen implicaciones nocivas tanto para las mujeres en prostitución como para la igualdad de género²².

¹⁷ *Informe sobre la explotación sexual y la prostitución y su impacto en la igualdad de género*. Parlamento Europeo (2013/2103(INI)), conocido como *Informe Honeyball* en honor a la eurodiputada británica Mary Honeyball, que fue relatora del mismo.

¹⁸ Siguiendo las recomendaciones de Gómez, Á., Pérez, S. y Verdugo, R. M. (2015), se opta por utilizar el término “putero” para evidenciar la actividad y evitar la legitimación o normalización con conlleva el término cliente.

¹⁹ Como en los países de la Eurozona.

²⁰ Posible gracias a las ventajas de evitar el debate sobre el origen o las causas por las que una mujer es prostituida y convertir la misma en autonomía de las mismas o libre elección.

²¹ Como se desprende de las declaraciones uno de los proxenetas entrevistados por Mabel Lozano en *El proxeneta*, es práctica habitual que el dinero negro de los prostíbulos se blanquee en compras de obras de arte o inmuebles y que se hagan donaciones a algunas ONG a efectos de aplicar las oportunas desgravaciones fiscales (Lozano, 2017).

²² En la medida que, como señala De Miguel (2012), la prostitución representa una escuela de desigualdad humana

En primer lugar, hace más de seis décadas, el Derecho internacional ya calificó la prostitución como una violación de los Derechos Humanos²³ y, por tanto, legalizarla supondría avalar algunas formas y modos en que es lícita tal violación. Olvidando este aspecto, nada irrelevante, el discurso reglamentarista asume como ciertas, al menos, tres premisas falsas: 1) la sexualización de las mujeres y lo sexual como algo innato o natural y, por tanto, la posición abolicionista como represiva, puritana o antisexo; 2) la validez del consentimiento o la libre elección individual en contextos de opresión o vulnerabilidad y el paternalismo desempoderante de un abolicionismo que las considera víctimas; y 3) la reglamentación como un sistema que pone límites a la opresión, que empodera y garantiza los derechos de las mujeres prostituidas.

Respecto a la primera cuestión y, en la medida que la actividad sexual conlleva un componente relacional, procede analizar si es ciertamente algo innato o si -por el contrario- está mediada por relaciones de poder (Barry, 1994; Greer, 2004; entre otras). Como señalara hacer cuatro décadas Kate Millett (1977), el coito no ocurre en el vacío, es una relación de poder. Un placer que en la prostitución sólo existe para una parte, los sujetos sexuales, y no para el objeto sexual. El placer de las mujeres prostituidas es irrelevante, aunque se exige una performatividad que aparente reciprocidad en la satisfacción sexual. Y en dicha puesta en escena, es frecuente que el putero espere de la “puta” un ejercicio de representación que exprese entrega, deseabilidad o incluso un “final feliz” compartido. Un proceso que obliga a una desconexión entre el cuerpo y el ser de la mujer en prostitución, con graves implicaciones identitarias que ello conlleva²⁴.

Si, efectivamente, median relaciones de poder, no cabría hablar de algo innato, natural o personal sino de un contexto en el que puede operar una opresión o explotación con evidentes consecuencias personales, colectivas y políticas. Problematizar o politizar la sexualidad -como ya lo hiciera el feminismo radical de los años sesenta y setenta- no representa una posición puritana o contraria a la libertad sexual, sino que, por el contrario, supone evaluar críticamente cuan autónoma es esa proclamada libertad. Se trata de analizar si hay prejuicios asumidos de forma acrítica, si de ello se derivan contextos de subordinación o subalternidad y, en última instancia, politizar los modelos de masculinidad y feminidad que reproduce la prostitución y evidenciar si conducen a relaciones más justas e igualitarias o no.

Y de ello se deriva la segunda falsa premisa: la supuesta libre elección. Conviene advertir que la Teoría del consentimiento impide cualquier posible lectura de la opresión y oculta los condicionantes sistémicos que determinan esa supuesta libertad (De Miguel, 2016). Deliberadamente, ignora el perfil de dichas mujeres y su contexto biográfico, sus alternativas reales o cuál sería el “plan B” en caso de no consentir. En última instancia, el argumento de la libre elección ignora si la libertad es tal y si se dan los requisitos éticos que permiten hablar de consentimiento informado. Pero no solo falsea tal consentimiento, sino que en la medida que individualiza la decisión, la despolitiza. Para el caso que nos ocupa, se niega el componente estructural o sistémico de la prostitución. Entre otros, la sexualidad patriarcal, la jerarquía sexual y el hecho irrefutable de que esta se alimenta, fundamentalmente, de mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad.

En la medida que el consentimiento responsabiliza a la víctima de su opresión, la desvictimiza. Como señala Ekis Ekman (2017: 66), “al igual que todos los sistemas que aceptan las desigualdades, el orden neoliberal odia a las víctimas” y la propia

²³ En concreto, en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) y en el Convenio para la Represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena (1949).

²⁴ Que frecuentemente expresan las mujeres en prostitución (Ekis Ekman, 2017: 153-154).

consideración de víctimas es interpelada por el discurso reglamentarista como práctica desempoderante. Mantienen que tal calificación resta agencia y atribuye un papel pasivo a las mujeres. Se parte, así, de una maniquea esencialización de los seres humanos entendidos como víctimas débiles y pasivas o como sujetos fuertes y activos. De forma tal, que el contexto de opresión define la ontología y el carácter de una víctima, devaluando su consideración individual y percepción social, pero no así la de su victimario.

Una lectura que contrasta, a su vez, con la reclamación y el reconocimiento internacional del Estatuto de víctimas como consecuencia de represiones políticas, guerras o genocidios, por ejemplo. Deliberadamente parece olvidarse también que, a lo largo de la vida, todas las personas pueden ser víctimas de una opresión o una violencia concreta, sin que ello determine invariablemente su identidad. Muy al contrario, la pretensión de evitar su consideración como víctimas, lejos de empoderarlas, soslaya -cuando no impide- el deber de verdad, justicia y reparación que debiera asistirlas.

A su vez, para que el consentimiento sea válido ha de ser un acto libre, no mediado por situaciones de supervivencia, subordinación o inevitabilidad. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y en el que los cuerpos de las mujeres siguen considerándose -en mayor o menor medida- elementos subalternos destinados a cumplir expectativas ajenas, es preciso desmitificar un supuesto consentimiento en el que no se garantiza la autonomía exigible a un contrato libre entre iguales²⁵.

Un acuerdo individual entre partes, si una de ellas se encuentra en un contexto de necesidad o desigualdad, sin opciones alternativas, es una ficción que permite legitimar servidumbres bajo el paraguas de una libertad que no es tal. Recurrir al mantra del consentimiento no solo elude el contexto de dominación, sino que proyecta un imaginario que responsabiliza a las víctimas de su propia explotación y libera de cualquier responsabilidad a los victimarios. Por ello, en un mundo atravesado por fuertes desigualdades de género y clase, es preciso desmitificar y politizar un consentimiento que no hace sino ocultar y legitimar la explotación sexual de las mujeres (Fraisse, 2011).

La tercera y última línea argumental en la defensa del modelo reglamentarista es que, frente al “mal mayor” que supone su no regulación, se debe adoptar un marco legal permitiría garantizar los derechos de las mujeres en prostitución. Un posicionamiento instalado en la conocida como “política de hechos consumados” que no se aplica, por ejemplo, al ámbito de las relaciones laborales, al tráfico de órganos, a la corrupción o al cambio climático, por poner sólo algunos ejemplos.

Para avalar sus pretensiones, el discurso reglamentarista defiende hablar en nombre y representación de los intereses de “l@s trabajador@s del sexo”. Sin entrar a debatir la farsa que supone el uso de un lenguaje no sexista en una actividad claramente generizada²⁶ y, como puede desprenderse del caso alemán, su regulación no garantiza protección alguna para las mujeres en prostitución ni es una demanda de la gran mayoría de ellas.

A su vez, entre las posiciones teóricas o los colectivos que defienden las bondades de la reglamentación, no hay representación del colectivo mayoritario de

²⁵ Para un análisis previo referido específicamente al debate sobre la maternidad subrogada o comercial, consultar Nuño (2016, 683-700).

²⁶ Donde la inmensa mayoría de las personas que prestan “servicios sexuales” son mujeres.

mujeres prostituidas: las víctimas de trata²⁷. La portavocía de sus intereses recae, fundamentalmente, en supuestos sindicatos que tienen una composición y funcionamiento bastante peculiar. Como revela la investigación realizada recientemente por la periodista Ekis Ekman, el Sindicato Internacional de Trabajadores sexuales (IUSW), afincado en Gran Bretaña, está dirigido por Douglas Fox, un destacado miembro de la patronal de los negocios de alterne. A diferencia de otros sindicatos, para ser miembro del IUSW no es preciso “trabajar” en el sector, cualquiera puede miembro de estos peculiares sindicatos: dueños de burdeles, puteros o público en general. Una dinámica que se replica en sindicatos homólogos del entorno europeo como es el caso del sindicato francés Le Syndicat de Travail Sexual (STRASS), el holandés Rode Draad o el alemán ver.di.

Aunque la tasa de mortalidad entre las mujeres y niñas que ejercen la prostitución es cuarenta veces superior a la media, no se conoce conflicto laboral ni denuncia alguna promovida por dichos sindicatos contra la patronal del sexo. Los burdeles parecen ser centros de trabajo donde reina la concordia laboral y la seguridad e higiene en el trabajo. Una idiosincrasia que, como señala Ekis Ekman (2017: 113), quizás se deba a que “hay muchas cosas que no son lo que parecen. Los sindicatos no son sindicatos. Los grupos de prostitutas son, al mismo tiempo, grupos de propietarios de burdeles. El principal engaño es que la propaganda a favor de los derechos de los trabajadores sexuales no tiene por objeto transformar la institución de la prostitución en sí misma, se trata, estrictamente, de cambiar la imagen de la prostitución”.

Por ello, la reglamentación, como se muestra a continuación, ni dignifica ni empodera a las mujeres prostituidas. Dignifica y empodera a proxenetas y tratantes. Transforma una violación de los derechos humanos en una forma de ocio y un símbolo de la libertad sexual. Una ecuación perfecta que permite que uso y negocio sigan su curso, sin que nada empañe la diversión.

4. Estudio de caso: el modelo reglamentarista alemán

La regulación alemana, que cuando menos cabe calificar de ingenua, partía de una legislación previa que consideraba la prostitución como una práctica inmoral (art. 138 del Código Civil). La reforma emprendida se sustentó en la premisa de que el trauma de las mujeres en prostitución se debía a la falta de regulación de la actividad y de las implicaciones sociales, laborales y personales que de ello se derivaban. Convirtiéndolas en trabajadoras sexuales, trauma y estigma desaparecerían, podrían afiliarse a la seguridad social y garantizar, con ello, el ejercicio de sus derechos civiles y laborales o incluso denunciar a un cliente en caso de impago.

Sin embargo, se ignoró que gran parte del estigma viene asociado a su situación de pobreza y vulnerabilidad, no a la actividad (Gimeno, 2012: 191). Tampoco pareció tenerse en cuenta que la dinámica habitual en el sector es cobrar el “servicio” de antemano y que, de no ser así, en caso de desacuerdo, el anonimato de los puteros impide una posible reclamación económica posterior. A su vez, las prestaciones sanitarias son independientes de la actividad en concreto que se desarrolle, por lo que su cobertura asistencial no quedaba ligada al reconocimiento de la prostitución como un trabajo en el marco de las relaciones laborales. Por el contrario, como externalidad negativa a su reglamentación, la prostitución dejó de considerarse una pretensión abusiva o ilegal en el ámbito de la sociedad en general y de las relaciones

²⁷ Sin embargo, sí existen activistas víctimas de trata en el movimiento abolicionista. En el contexto español, por ejemplo, la feminista Amelia Tiganus

laborales o de la formación profesional en concreto, para pasar a ser una especialización profesional como otra cualquiera.

El resultado, quince años después de la aprobación de la ley, es demoledor. De las 400.000 mujeres que se estimaba ejercían la prostitución en el país en 2002, solo 44 (el 0,01% del total)²⁸ se han registrado oficialmente en dicha categoría laboral y la mayoría carece todavía de servicios mínimos de atención sanitaria. Los macroburdeles ubicados en las proximidades de los aeropuertos internacionales han proliferado, muchos de los cuales pueden acoger hasta un millar de puteros a la vez. También ha promovido el proxenetismo a pequeña escala en calles, garajes o incluso cabañas. Porque si la actividad es legal, cualquier espacio o lugar representa una oportunidad de negocio.

La comercialización normalizada de los servicios sexuales ha producido un abaratamiento de las tarifas, por lo que la remuneración que perciben las mujeres es ahora bastante menor. Un único “servicio sexual” puede tener un coste que oscila entre los 30 euros en los lugares más lujosos a los 5 euros, si se ofrece en la vía pública. La conocida tarifa plana (más conocida como “*all you can fuck*”), que ofertan los principales macroburdeles, permite que por 60 o 70 euros diarios se acceda a sexo ilimitado con todas las mujeres disponibles en un determinado local²⁹. La frecuente hospitalización de aquellas que han de atender la llegada de vuelos chárter de turistas sexuales que acuden al reclamo de la tarifa plana, provocó que en julio de 2017 se acometiera una reforma legislativa para prohibir dichas promociones o paquetes comerciales. Sin embargo, bajo otras denominaciones, sigue ofreciéndose tanto por agencias internacionales de viajes como por burdeles locales.

La actividad no sólo está peor remunerada, sino que es cada vez más intensa, peligrosa y lesiva. Se ha incrementado la violencia física o psicológica y las mujeres en prostitución tienen, como promedio, tan sólo cinco horas diarias para el descanso³⁰. Los clientes, legitimados por la legalidad de un mercado que se percibe como una forma de ocio más y dónde todo es cuestión del precio que se esté dispuesto a pagar, exigen nuevos servicios como prácticas sexuales con mujeres en avanzado estado de gestación que atienden un número de hombres diarios que oscila entre los 15 y los 40.

Como señala la dominatrix Ellen Templin en una entrevista radiofónica concedida ocho años después de la aprobación de la ley alemana, “a partir de la reforma, podemos constatar que no solamente los anuncios son cada vez más desinhibidos, sino que los compradores de sexo son cada vez más brutales”. Cuando nos negamos a realizar algo, a menudo nos responden: “es tu trabajo”³¹. Existen

²⁸ Proporción que cabría calificar de inferior habida cuenta que se estima que su número se ha incrementado desde el año 2002, al menos, un 30%.

²⁹ Es habitual que la tarifa incluya la invitación a una cerveza y una típica salchicha alemana.

³⁰ Datos corroborados en numerosas investigaciones periodísticas. Entre otras, SCHÄFER, T. (2017), “La nueva ley de prostitución alemana prohíbe la tarifa plana de sexo”, 26 de junio. Disponible en: <https://www.lamarea.com/2017/06/26/fin-de-la-tarifa-plana-de-sexo-en-alemania/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018) y KRAUS, I. y MAIER, U. (2016), *Medien und Prostitution*. Disponible en: <https://somaslamitad.wordpress.com/2016/11/14/el-modelo-aleman-esta-creando-el-infierno-en-la-tierra/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

³¹ Entrevista disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.wuestewelle.de/redaktion/view/id/114/tab/weblog/article/34860/Interview_mit_einer_Domina.html, citado Ingeborg Kraus en la Conferencia de Madrid: “La prostitución es incompatible con la igualdad entre hombres y mujeres”, organizada por la “Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres”. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tribunafeminista.org/2017/03/puteros-con-tarifa-plana-en-alemania-60e-por-una-cerveza-una-salchicha-y-acceso-ilimitado-a-mujeres/>. (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

cartas o menús de servicios accesibles para cualquiera en internet³², es frecuente que se intenten reclutar mujeres jóvenes en las calles de las ciudades alemanas y la guía turística oficial de Múnich incluye información sobre las promociones existentes en los diferentes prostíbulos.

Las condiciones de las mujeres en prostitución han empeorado tanto que, si en el promedio europeo la presencia de mujeres reclutadas para el mercado prostitucional en otros países oscila entre el 60 y 70%, en Alemania representa ya el 95%. En su gran mayoría, procedentes de países o contextos empobrecidos con elevados índices de exclusión social y desigualdad de género. En la medida que las condiciones en las que se practica la prostitución y que conducen a la misma parten del abuso de poder y de la situación de vulnerabilidad definitorios del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual³³, este porcentaje invita a la sospecha sobre el incremento de la trata y la validez legal del consentimiento.

Y, si bien es cierto que técnicamente se prohibió el proxenetismo, no ha sido difícil esquivarlo. Los proxenetas regularizan su situación convirtiéndose en empresarios hoteleros que, simplemente, alquilan costosas habitaciones a trabajadoras sexuales. Constatado el desolador panorama, la reforma legislativa de julio de 2017 prohibió también la licencia de actividad a personas con antecedentes penales y reguló el uso obligatorio del preservativo. Pero, de momento, poco ha cambiado.

La experiencia alemana revela que la protección de las mujeres prostituidas se ha visto mermada y ha supuesto un reclamo para el proxenetismo y la trata sexual³⁴. La reglamentación ha convertido a las redes y proxenetas en reputados “empresarios del sexo”. Un contexto que, según la propia Fiscalía alemana, está dificultando la persecución de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual³⁵.

El discurso defensor de la reglamentación no sólo ignora estas externalidades de tipo penal, sino también las de tipo ético que afectan a las relaciones interpersonales generizadas y a las mujeres, en particular. La industria del sexo, en general, y el sistema prostitucional, en concreto, construye un imaginario concreto de

³² Como ejemplo de los mismos, *Ingeborg Kraus* aporta la siguiente carta de servicios sexuales de un conocido burdel: AF (Anal con la lengua), AFF (Penetración anal con puño), AO (Todo sin preservativo, prohibido en la nueva ley), Braun-weib (Jugar con heces y esperma), DP (penetración doble o sexo con dos mujeres), EL (lamer los testículos), FFT (penetración completa con puño), FT (sexo oral sin preservativo y tragando el esperma), GB (Sexo en grupo -varios hombres- con eyaculación en la cara de la prostituta), GS (Sexo en grupo), KYP (Defecar sobre la prostituta), SW (Una mujer entre dos hombres), TBL (Sin tabúes, todo está permitido) y ZA (Lamer el ano). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.traummaennlein.de/>

³³ La Trata de seres humanos con fines de explotación sexual (TSHS) representa un delito internacional definido en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 (comúnmente conocido como Protocolo de Palermo de Naciones Unidas). El citado protocolo define la TSHS como “la captación, el transporte, la recepción o la acogida de seres humanos mediante amenaza, engaño, utilización de la fuerza, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o intercambio de pagos o beneficios con personas que tengan autoridad sobre la víctima, con fines de explotación”.

³⁴ En el caso español, la reforma del código penal de 1995 despenalizó de facto el proxenetismo e implicó un incremento notable de las mafias de trata y tráfico con fines de explotación sexual (Gómez, Pérez y Verdugo, 2015).

³⁵ Según recoge el Informe Honeyball, “un tercio de los fiscales alemanes han observado que legalizar la prostitución ha hecho más difícil su trabajo de persecución del tráfico de seres y humanos y el proxenetismo” (Honeyball, 2013:9). No en vano si en el año 2000 hubo 151 personas condenadas por tráfico de personas, diez años después –en pleno auge del mercado prostitucional– su número se redujo a 32. Año en el que la policía alemana registró 636 casos de mujeres traficadas, tres veces menos que la década anterior.

lo que es una mujer, erotiza la dominación femenina, banaliza su sometimiento y fetichiza su explotación sexual. Como señala Beatriz Gimeno (2012: 203) “regular la prostitución, y aun cuando entendiéramos que este es un deseo legítimo de algunas mujeres que se dedican a ello, no tiene poder para cuestionar los roles de género, sino más bien los refuerza ya que su propia existencia es consecuencia de los mismos”. Legalizar la prostitución, por ello, supone legitimar la concepción de las mujeres como cuerpos sexualizados y deshumanizados de los que es posible disponer de forma festiva y acrítica.

5. Conclusiones

En los patriarcados por consentimiento las relaciones de pareja se han democratizado y la actividad sexual de los hombres requiere el beneplácito de su contraparte; la disponibilidad sexual y reproductiva de las mujeres ya no está garantizada. Pero la masculinidad hegemónica tradicional se construye sobre una superioridad del varón que requiere, por una parte, sumisión femenina y, por otra, una sexualidad expansiva, entendida como proactiva y con diferentes mujeres³⁶. La prostitución permite representar la performance de esta concepción de la masculinidad. Como apunta Marcela Lagarde (2001: 578) “ir con prostitutas es un verdadero simulacro de masculinidad en particular de machismo, es una teatralización del poder patriarcal”.

Es preciso evidenciar la trampa que supone que, precisamente, cuando las mujeres han adquirido la condición de sujetos y la igualdad de género forma parte de los compromisos internacionales, la defensa histórica del derecho patriarcal de acceso a los cuerpos de las mujeres y la mercantilización del uso de las más vulnerables se presente como una innovación normativa solidaria, transgresora o revolucionaria.

Conviene advertir que, lejos de esta peculiar representación de la prostitución, esta representa una sólida institución del derecho sexual patriarcal cuya expansión es paralela a una ideología neoliberal donde todo puede ser mercantilizable; con las únicas restricciones de los límites legales y la capacidad económica de cada cual. Por ello, es ineludible repensar los límites del mercado y visibilizar los elementos culturales y los intereses económicos que subyacen tras un sistema prostitucional que no interpela ni transgrede orden económico o de género alguno.

Como se ha corroborado en el examen del caso alemán, regular la prostitución en el marco de las relaciones laborales no mejora las condiciones de vida de las mujeres en prostitución ni evita su estigmatización, pero sí la de puteros, proxenetas y de un sistema prostitucional en su conjunto que puede expandirse bajo el amparo de la legalidad. Por ello, es preciso apostar por legislaciones abolicionistas que abandonen la indiferencia hacia las mujeres y la complicidad con la cultura prostitucional. Se ha de trasladar el peso del estigma de las mujeres prostituidas hacia toda la cultura prostitucional: proxenetas, puteros o cualquiera que obtenga lucro de la explotación sexual ajena (desde la tercería locativa, hasta los anuncios en prensa o el PIB de los Estados).

Nadie ignora que las personas que ejercen la prostitución son mujeres, mujeres en situación de vulnerabilidad económica y/o legal, en condiciones muy alejadas de la “vida alegre”, el glamour o la transgresión que algunos discursos pretenden preconizar. Por ello, si existe pretensión alguna por evitar la explotación de

³⁶ Como reflejan los resultados de las investigaciones de Gómez, Pérez y Verdugo (2015: 175) “responde a una estrategia (no necesariamente consciente) de reforzamiento de una masculinidad conformada por una identidad que gira en torno a la exhibición frente al grupo de pares del “uso del falo” y de la práctica sexual frecuente con diferentes mujeres”.

mujeres y niñas y promover sociedades más justas e igualitarias, se ha de abordar una reforma legislativa que tome como modelo el caso de Suecia, Islandia, Noruega o Francia. Es decir, activar políticas públicas que apoyen a las mujeres prostituidas, luchen contra los contextos de vulnerabilidad que alimentan el mercado prostitucional, penalicen el consumo y reformen una legislación en materia de publicidad, que si bien prohíbe anuncios de algunas prácticas dañinas (como el consumo de alcohol o tabaco) admite sin reservas los de prostitución.

Porque, como ha denunciado reiteradamente el feminismo desde sus orígenes, la lucha contra la jerarquía sexual pasa ineludiblemente por afianzar una concepción de las mujeres que se aleje de su consideración como objetos sexuales o reproductivos. Y ello requiere desafiar una narrativa patriarcal que erotiza la dominación, sexualiza a mujeres y niñas mientras presenta la prostitución como una forma de libertad sexual.

Bibliografía

- A. V. C. (2017), “Qué es el juego del muelle y por qué es tan peligroso para la salud”, 9 de enero. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-09/juego-muelle-que-es-ruleta-sexual-adolescentes_1313845/ (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- BARRY, K. (1994) “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”. En: AMORÓS, C. (ed.), *Historia de la Teoría Feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas UCM, Madrid, PP. 297-309.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (2009), *Encuesta Nacional sobre Salud sexual*. Centro de Investigaciones Sociológicas (ES2780: 22), 2009.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2007), *Informe de la Ponencia sobre prostitución en España (154/9)*, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, Cortes Generales, Madrid.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2015), *Informe de la Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Conclusiones y recomendaciones*, Comisión de igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid.
- COBO, R. (2017), *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Catarata, Madrid.
- DE MIGUEL, A. y PALOMO, E. (2011), “Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución. Políticas de redefinición y políticas activistas en el sufragismo inglés”, Revista BROCAR, núm. 35, pp. 315-334.
- DE MIGUEL, A. (2012), “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, Revista europea de derechos fundamentales, núm. 19, pp. 49-74.
- DE MIGUEL, A. (2014), “Entrevista a Amelia Valcárcel”, Revista Dilemata, núm 16, pp. 199-206.
- DE MIGUEL, A. (2015), *Neoliberalismo sexual, el mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid.
- EKIS EKMAN, K. (2017), *El Ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona.
- FALUDI, S. (1993), *Reacción: La guerra no declarada contra la mujer moderna*, Anagrama, Barcelona.
- FEDERICI, S. (2013), *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Traficantes de sueños, Madrid.
- FRAISSE, G. (2011), *Del consentimiento*. Palinodia, Santiago de Chile.
- GIMENO, B. (2012), *La prostitución*, Bellaterra, Barcelona.
- GÓMEZ, Á., PÉREZ, S. y VERDUGO, R. M. (2015), *El putero español. Quiénes son y qué buscan los clientes de la prostitución*, Catarata, Madrid.

- GREER, G. (2004), *La mujer eunuco*, Kairós, Barcelona.
- GUILLÓ, C. y SANTIAGO, P. (2017), "Trata, prostitución y turismo sexual. España en la intersección". En: NUÑO GÓMEZ, L. y DE MIGUEL, A. (eds.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 193-206.
- HONEYBALL, M. (2013), *Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género*. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=/EP/TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES> (fecha de consulta: 3 de agosto de 2018).
- KRAUS, I. y MAIER, U. (2016), Medien und Prostitution. Disponible en: <https://somoslamitad.wordpress.com/2016/11/14/el-modelo-aleman-esta-creando-el-infierno-en-la-tierra/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- LAGARDE, M. (2001), *Los cautiverios de las mujeres*, Horas y horas, Madrid,
- LOZANO, M. (2017), *El Proxeneta*, Al revés, Barcelona.
- MILLETT, K. (1977), *Sexual Politics*, Virago, Londres.
- MACKINNON, C. A. (1989), *Towards a Feminist Theory of State*, Harvard University Press, Cambridge.
- MENESES, C., UROZ J., y RÚA, A. (2015), *Apoyando a las víctimas de trata: las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucrados. Propuesta para la sensibilización contra la trata*, Ministerio de Sanidad, Igualdad y Servicios Sociales, Madrid.
- MOSCOSO, M. (2017), "El precio de la inclusión. La asistencia sexual a debate". En: NUÑO, L. y DE MIGUEL, A. (eds.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 231-240.
- NUÑO, L. (2016), "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler", Revista Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política, núm. 55, pp. 683-700.
- NUÑO, L. (2017) "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas", Revista de Derecho Político, núm. 98, pp. 159-187.
- NUÑO, L. y DE MIGUEL, A. (2017), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada.
- PULEO, A. (1995), "Patriarcado". En: AMORÓS, C. (dir.), *Diez palabras clave sobre Mujer*, Verbo Divino, Estella, pp. 21-54.
- SANDEL, M. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Madrid.
- SASSEN, S. (2000), "Women's burden: Counter-geographies of globalization and the feminization of survival", Journal of International Affairs, núm. 53, pp. 503-524.
- SCHÄFER, T. (2017), "La nueva ley de prostitución alemana prohíbe la tarifa plana de sexo", 26 de junio. Disponible en: <https://www.lamarea.com/2017/06/26/fin-de-la-tarifa-plana-de-sexo-en-alemania/> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- SIMMEL, G. (1990) The Philosophy of money, Routledge, Londres.
- TAMPEP (2017), *TAMPEP respecto a la situación de las trabajadoras sexuales nacionales y migrantes en la Europa actual*. Disponible en: <https://tampep.eu/wp-content/uploads/2017/11/TAMPEP-paper-ESP.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).
- THILL, M. (2017), "La Unión Europea ante la explotación de la prostitución de mujeres: tensiones entre Mercado e igualdad de género". En: NUÑO, L. y DE MIGUEL, A., *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, pp. 31-42.
- UNODC (2010), *Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation*, Viena.
- UNODC (2012), *Trata de personas: delincuencia organizada y venta multimillonaria de personas*, Viena.
- WOLF, N. (1992) *El mito de la belleza*. Barcelona: Salamandra.

Solidaridad

Solidarity

Roberto R. Aramayo

IFS - CSIC

robertor.aramayo@cchs.csic.es

Recibido / received: 25/02/2018

Aceptado / accepted: 23/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4346>

Resumen

Aquí se quiere adscribir la solidaridad a una compleja constelación conceptual donde nos encontraríamos con términos tales como *altruismo, compasión, empatía, fraternidad* o incluso *filantropía*, pero procuraría rehuir lo implicado por palabras como *beneficencia, caridad, lástima, misericordia* o *piedad*. Sucesora de cuanto simbolizaba la fraternidad, la solidaridad no puede cotizarse demasiado en un contexto donde priman los valores del *homo economicus* y por eso conviene revisitarla desde los valores enarbolados por la Ilustración. De ahí que se repasen los conceptos kantianos de autonomía e independencia, junto a las reflexiones de Rousseau en torno a la desigualdad, para reivindicar una interdependencia que no peque de aporofobia y cultive la insolidaridad en lugar de una imprescindible justicia social.

Palabras clave

Solidaridad, fraternidad, autonomía, interdependencia, desigualdad, aporofobia, justicia social, Kant, Rousseau, Doménech, Muguerza.

Abstract

The aim here is to address the ascription of solidarity to a complex conceptual constellation in which could be found such terms as altruism, compassion, empathy, fraternity, or even philanthropy, trying to avoid at the same time what is implied by other words like benevolence, charity, pity, mercy or piety. Being a successor of everything symbolizing fraternity, solidarity itself cannot be enough in demand in a context where values related to the homo oeconomicus come first. That would be more the reason to revisit solidarity from the vantage point posed by enlightened values. Thus, going over Kantian concepts like autonomy and independence, joined those by Rousseau's reflections on inequality, both seem to claim for an interdependence not tainted by aporophobia or promoting the lack of solidarity, but instead by the indispensable social justice.

Keywords

Solidarity, fraternity, autonomy, interdependence, inequality, aporophobia, social justice, Kant, Rousseau, Doménech, Muguerza.

SUMARIO. 1. Fraternidad y Revolución francesa. 2. Independencia o autonomía en términos kantianos. 3. Argumentos rousseauianos contra las desigualdades extremas y los estragos de la envidia. 4. Aporofobia e interdependencia. 5. Algunos avatares históricos del concepto de solidaridad. 6. Los peligros de la insolidaridad. 7. Las jubilaciones y el contraejemplo de Donald Trump.

En comparación con la libertad y la igualdad, la idea de fraternidad canaliza determinadas actitudes mentales y formas de conducta sin las cuales perderíamos de vista los valores expresados por los derechos (J. Rawls, *Una teoría de la justicia*).

1. Fraternidad y la Revolución francesa

Aunque ahora no cotice precisamente al alza, la noción de solidaridad ha conocido mejores tiempos. Sin ir más lejos, mi generación asocia fácilmente la palabra “solidaridad” con el nombre de un sindicato polaco fundado en 1980 cuyo líder acabaría presidiendo el país entre 1990 y 1995. El hecho de que dicho movimiento sindical tuviese raíces cristianas y fuese apoyado sucesivamente por el papa polaco Juan Pablo II, el presidente norteamericano Ronald Reagan, la primera ministra británica Margaret Thatcher y quien fuera el último secretario general de la Unión Soviética Mijail Gorbachov, para socavar un determinado régimen comunista, son paradojas que muestran la complejidad y el peculiar carácter del concepto en cuestión. Comoquiera que sea, desde la caída del Muro de Berlín en 1989, el aprecio social hacia la solidaridad ha vuelto a decaer, tal como le había ocurrido anteriormente al tercer término que integraba la tríada revolucionaria francesa de 1789, con arreglo al certero diagnóstico hecho por Toni Domènec en su esplendido libro *El eclipse de la fraternidad* (2004), algunas de cuyas tesis fueron anticipadas por un artículo suyo publicado en el número 7 de la revista *lsegoría* (Doménech, 1993). Al igual que la fraternidad, su hermana melliza por así decirlo, la solidaridad hace las veces de cenicienta con respecto a las muy prestigiadas libertad e igualdad, siendo así que sin el concurso de aquella no pueden prosperar ni arraigarse libertad o igualdad algunas.

Aquí se quiere adscribir la solidaridad a una compleja constelación conceptual donde nos encontraríamos con términos tales como *altruismo*, *compasión*, *empatía*, *fraternidad* o incluso *filantropía*, en función de su contexto y del punto de vista que decidamos adoptar, pero que procuraría rehuir lo implicado más estrictamente por palabras como *beneficencia*, *caridad*, *lástima*, *misericordia* o *piedad*, porque tales denominaciones tienden a denotar una relación mucho menos horizontal entre las partes implicadas, no sólo con respecto a una presunta divinidad cuando tienen un componente religioso, sino también entre quienes comparten unas determinadas coordenadas políticas y sociales.

2. Independencia y autonomía en términos kantianos

En definitiva, se trataría de considerar la desigualdad como una injusticia social que debe ser erradicada o de verla simplemente como una ocasión para ejercitar la propia bonhomía. Kant, por ejemplo, suscribiría sin titubear la primera opción, como cabe advertir en sus *Lecciones de Ética* (1988: 283 y ss.) o en *La Metafísica de las costumbres*. Toni Domènec (2004: 89n.) nos confiesa que fue María Julia Bertomeu quien le hizo reparar en cómo traduce Kant a su propia terminología la fraternidad revolucionaria. En *Teoría y práctica Kant* (2012: 70-85 y 261ss.) nos habla de una *libertad* que se contrapone a la servidumbre, de una *igualdad* que se contrapone a los privilegios detentados por otros conciudadanos y de una *independencia* o *autonomía* de subsistencia que se contrapone a cualquier tutela o despotismo. La propia Bertomeu (2017: 486) ha subrayado que para Kant “las relaciones de dependencia y falta de libertad –como la pobreza– son una consecuencia de las relaciones personales asimétricas, en que nuestra libertad se ve sojuzgada por las decisiones arbitrarias de otros”. En estos aspectos del pensamiento kantiano inciden también ciertos trabajos de Nuria Sánchez Madrid (2014) y alguno de mi propia cosecha (Aramayo, 2017).

En las *Lecciones de Ética* Kant solía explicar a sus alumnos que todos tenemos derecho a disfrutar de los recursos vitales del planeta, siempre que no sustraigamos nada de la cuota que le corresponde a nuestros congéneres. Si nadie violara jamás el derecho de los otros, “no habría miseria alguna en el mundo, salvo aquella que no tiene su origen en el daño perpetrado por otro, cual es el caso de las enfermedades y de las catástrofes, aunque la miseria humana suele ser consecuencia no tanto del infortunio como de la injusticia del hombre” (Kant, 1988: 238). Al auxiliar a un indigente solo se reparara parcialmente una injusticia, porque si no se acumularan más recursos vitales de los estrictamente necesarios, “no existiría ningún rico, mas tampoco pobre alguno” (Kant, 1988: 239). Al ayudar a quien se halla en la indigencia por haberle despojado previamente de sus pertenencias, no se realiza un acto de generosidad, sino “la bien poco meritoria compensación de lo que se le había sustraído de antemano” (Kant, 1988: 256). Se cree satisfacer un deber humanitario cuando, tras procurarse primero toda clase de riquezas, se paga un pequeño tributo dando voluntariamente algo a los pobres, pero “si los hombres fuesen justos a su debido tiempo, no existirían los pobres y no tendríamos que darles limosna ni tampoco atribuirnos el mérito de la benevolencia” (Kant, 1988: 283).

3. Argumentos rousseauianos contra las desigualdades extremas y los estragos de la envidia

Kant había leído atentamente a Rousseau, para quien resulta vital prevenir la extrema desigualdad de las fortunas, impidiendo por todos los medios la excesiva acumulación de patrimonio y evitar así que sea necesaria la beneficencia. La opulencia y la miseria generan el odio entre los ciudadanos, al verse suplantado el interés público por la primacía de los intereses particulares. Para erradicar al mismo tiempo la opulencia y la indigencia, Rousseau se muestra firme partidario de fomentar una clase media y gravar proporcionalmente a las grandes fortunas, con el fin de propender a equilibrar nocivas desigualdades abismales y auspiciar una saludable cohesión social presidida por la *empatía*, por la natural aversión que nos provoca el sufrimiento ajeno. El mantenimiento del Estado exige cuantiosos gastos y los miembros de la sociedad deben contribuir a sus sostén, mas no desde luego paritariamente, sino en proporción a sus recursos. En lugar de proteger las ingentes propiedades acumuladas o heredadas e impedir al miserable disfrutar de la cabaña que ha construido con sus propias manos, habría que acabar con las corruptelas propias de los poderosos. Los impuestos fiscales deberían distinguir entre lo superfluo y lo necesario, de suerte que “la tasa del que tiene algo superfluo pueda igualarse, si es preciso, a la suma total de lo que excede sus bienes necesarios” –leemos en su *Discurso sobre la economía política* redactado para la *Encyclopédie* de Diderot (Rousseau, 2001: 46).

Rousseau nos habla de una pasión buena, la del *amor de sí*, que vela por la propia supervivencia y está satisfecho al colmarse las necesidades básicas, e igualmente se refiere a un ficticio *amor propio* que nos hace compararnos constantemente con los demás, arrastrando al individuo a creerse superior. El primero sería compatible con una empatía imprescindible para la cohesión social, mientras que nuestro amor propio sería un sentimiento ficticio muy peligroso, al generar envidia y afán de predominio merced a una continua e insaciable comparación con los demás que difumina cualquier atisbo de compasión hacia sus cuitas. Esta tensión entre ambos polos también se da en un egregio representante de la Ilustración escocesa como Adam Smith, autor de una *Teoría sobre los sentimientos morales* (2013) donde la *simpatía* del espectador imparcial viene a modular nuestro comportamiento ético y célebre igualmente por haber hablado de una *mano invisible* que regularía las leyes del mercado mediante la persecución del interés individual y con arreglo a los mecanismos descritos en su célebre *Fábula de las abejas* por Mandeville (1997).

4. Aporofobia e interdependencia

Toni Domènec no sólo escribió *El eclipse de la fraternidad*. Unos años antes nos había legado *De la ética a la política* (1983), en donde se repasa la historia del pensamiento político aplicando la teoría de juegos, haciéndonos ver cómo las grandes teorías de la filosofía política pueden presentarse como intentos para resolver el *dilema del prisionero*. ¿Resulta más rentable una estrategia cooperativa que la nuda e implacable persecución del propio beneficio? Por muy paradójico que resulte a primera vista, parece que una ciega competitividad propia del sálvese quien pueda resultaría mucho menos productiva desde cualquier punto de vista, pese a ser la línea hegemónica del pensamiento único y el credo propio del *homo econominus*, que por definición padece *aporofobia*, con arreglo al término acuñado por Adela Cortina para describir nuestra creciente desazón hacia los desfavorecidos por la fortuna, independientemente de su tipología, y que se hallaría en el trasfondo de fenómenos tan acuciantes como la xenofobia o el racismo.

Los nacionalismos exacerbados y buena parte de los movimientos independentistas, aunque no les guste reconocerlo, no dejan de padecer esa patología social, por cuanto pretenden convencer a quienes integran su comunidad de que podrían vivir mejor sin compartir sus recursos con otras comunidades menos prósperas, a las que su idiosincrasia les haría ser tal como son, suscribiendo así tácitamente una subrepticia *eugenésia sociológica*. Planteado en esos términos, ese tipo de procesos no tienen fin, porque siempre habrá grupos más prósperos en el seno de las comunidades que sueñan con su independencia y que por la misma regla de tres aspiren a hacer otro tanto, todo lo cual resulta sencillamente ridículo en una época presidida por el fenómeno de la globalización y por una insoslayable *interdependencia*, cuestión puesta de relieve por Javier Echeverría y que se aborda en el colectivo *Interdependencia: Del bienestar a la dignidad* (Aramayo y Ausín, 2013). En este contexto hay que ubicar el resurgimiento del término solidaridad invocado desde los frentes más variopintos, como por ejemplo la revisión de las relaciones entre libertad y solidaridad acometida por Fred Dallmayr (2016), el enfoque de Jörg Lüsche (2015) sobre la solidaridad como una división moral del trabajo, el ensayo de Christian Léonard (2015) que pretende refundar la solidaridad conjugando a un tiempo liberalización y responsabilidad, la defensa del altruismo de Matthieu Ricard (2013) y, por descontado, cuanto atañe a la idea del cosmopolitismo en general y del cosmopolitismo jurídico en particular, perspectiva que aborda el volumen colectivo recopilado por Olivier de Frouville (2015).

5. Algunos avatares históricos del concepto de solidaridad

Mención aparte por motivos obvios merece aquí la obra de Marie-Claude Blais titulada *La solidaridad: Historia de una idea* (2007). Por sus páginas desfilan algunos nombres hoy olvidados que abogaron a favor de la solidaridad como axioma social insoslayable. Tal sería el caso de Léon Bourgeois, que presidió en sus inicios la Sociedad de Naciones, fue galardonado en 1920 con el Premio Nobel de la Paz y publicó un fecundo e influyente libro titulado *Solidaridad*, en donde se describe a las infraestructuras y prestaciones públicas como una deuda social entre las distintas generaciones de ciudadanos, un legado que no debe dilapidarse, sino usufructuar y acrecentar para transmitirlo mejorado a las generaciones venideras. El Estado es concebido como un consorcio de accionistas con intereses comunes y cuyo principio regulativo sería el espíritu de la solidaridad, siendo éste un principio con múltiples implicaciones de carácter jurídico, al no dejar de contener obligaciones y sanciones. “Las leyes de la solidaridad –escribe Bourgeois– contienen los fundamentos de un genuino derecho humano, su aplicación puede conducir a una organización positiva donde cumplir con las mutuas obligaciones sociales será un acto de estricta

honestidad, al tiempo que su no ejecución equivaldrá a la violación de un contrato y podrá conllevar sanciones, con arreglo a la regla ordinaria de justicia, como sucede con la no ejecución de las obligaciones del derecho civil y el derecho público” –cit. por Blais (2007: 41).

A mediados del Siglo XIX, en el primer centenario de la Revolución francesa y en los albores del siglo pasado, distintos pensadores franceses coinciden en conceder a la solidaridad una importancia radical como principio social regulativo e incluso la ven justificada por los avances de las ciencias. El sociólogo Emile Durkheim la considera, no sólo un principio formal del derecho como Bourgeois, sino como la clave de toda moralidad: “Es moral –escribe Durkheim en *La división social del trabajo*– todo cuanto es fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al ser humano a contar con el otro, a regular sus movimientos al margen de los impulsos de su egoísmo” –Durkheim (1893: 394). Estos debates en torno a la idea, el valor o el principio de la solidaridad tuvieron una enorme incidencia en términos políticos, toda vez que los defensores de la solidaridad llegaron a ocupar altos cargos y algún lejano eco ha logrado llegar a la Francia del presente, como demuestra la existencia del gravamen fiscal denominado “impuesto de solidaridad sobre la fortuna”, pese a que también allí, como por doquier, sea hegémónico ese pensamiento único para el que sólo cuentan los datos macroeconómicos y obvia por entero las cuitas de la ciudadanía.

6. Los peligros de la insolidaridad

Esta hegemonía del capitalismo especulativo y de la ingeniería financiera que favorecen los paraísos fiscales ha logrado modificar nuestra mentalidad. Lejos de intentar ponernos en lo que –como suele recordar Concha Roldán– Leibniz llamó *la place d'autrui*, cunde la creencia de que más vale velar únicamente por nuestros intereses personales a cualquier precio, sin considerar las perversas consecuencias que tal beneficio particular pueda tener para quienes comparten un determinado marco sociopolítico. Las nuevas tecnologías tampoco ayudan demasiado a fomentar la empatía para con los demás, como demuestra la creciente banalización del mal que nos asola y lograría desconcertar a Hannah Arendt. Resulta inquietante que la gente decida grabar con sus móviles cualquier percance para publicarlo cuanto antes en lugar de auxiliar a las víctimas filmadas o que grabar cualquier tipo de agresión sirva como acicate para cometerla. Desafortunadamente la realidad virtual se superpone cada vez más y coloniza nuestra vida cotidiana. El abuso de las nuevas tecnologías robotiza nuestro comportamiento y difumina los contornos de lo real, anulando cualquier atisbo de compasión. Hay casos que hablan por sí mismos, como el de unos adolescentes que consideran divertido prender fuego a una indigente refugiada en un cajero automático y el del jovencísimo soldado norteamericano que parecía confundir el fuego real de su tanque, durante la guerra de Irak, con el del juego de ordenador que había utilizado en su casa.

Los fanatismos insolidarios aparecen donde menos cabría esperarlos. Es muy fácil refugiarse tras la obediencia debida y el escrupuloso cumplimiento de las normas. Hay muchos *Eichmann* en miniatura que deciden aplicar los protocolos en vigor a cualquier precio y eso deshumaniza nuestras reglas de convivencia. Como ha subrayado Javier Muguerza (1989) con su imperativo del disenso, aunque a veces no sepamos consensuar una idea de justicia, siempre nos cabe determinar en conciencia lo que consideramos injusto, aun cuando esto signifique no acatar los preceptos en vigor o más bien conlleve desobedecerlos. Eso mismo puede aplicarse a la solidaridad. Quizá no esté muy claro qué podemos entender todos bajo el concepto de solidaridad, pero desde luego resulta bastante menos arduo dirimir lo que nos parece *insolidario*. Urge que la sociedad, las instituciones educativas y los medios de comunicación promuevan la empatía, lo que significa repudiar cuanto es inicuo e

insolidario. La solidaridad es una obligación social para con todos y especialmente con los colectivos más desfavorecidos por una u otra razón, ya sea ésta de carácter estructural o coyuntural. Desentenderse de los niños desprotegidos, las mujeres maltratadas, los enfermos, las personas mayores o quienes padecen precariedad laboral es un juego en el que nadie gana y todos perdemos.

7. Las jubilaciones y el contraejemplo de Donald Trump

Sin embargo, bien al contrario, proliferan las campañas que cultivan la insolidaridad y pretender convertir en privilegios ciertos derechos adquiridos, cual sería por ejemplo el caso de las jubilaciones. En Francia y España las pensiones máximas están por encima del sueldo promedio, no porque haya subido lo que percibe un pensionista, sino por lo poco que recibe un asalariado. Se pretende convencernos por añadidura de que al ser más longevos debe retrasarse la edad para jubilarse, aunque nunca se cuenta en este computo los que fallecen antes de llegar a jubilarse tras haber cotizado durante décadas. Y como por otro lado el empleo precario impide a las nuevas generaciones cumplir con unos requisitos cada vez más exigentes, difícilmente podrán sentirse los trabajadores más jóvenes concernidos por mantener un sistema de pensiones que les excluye, salvo que lo entiendan como un derecho adquirido y una prestación esencial por parte del Estado, al igual que lo son la educación y la sanidad, cuya privatización más o menos encubierta no deja de generalizarse y sólo pervive gracias al buen hacer de unos empleados públicos a los que también se desacredita como una casta privilegiada por no compartir la precariedad imperante dentro del mercado laboral.

Donald Trump es el mejor ejemplo de los estragos que puede causar una política insolidaria. Para su pueril cosmovisión sólo hay ganadores y perdedores. Nada resulta más contraproducente y perjudicial para los intereses de la inmensa mayoría. No hace ninguna falta que los magnates multimillonarios pasen por filántropos y a veces hagan gala de una extrema generosidad. Bastaría con que contribuyesen al erario público tal como lo hacen sus asalariados. El problema del pauperismo y la miseria social que tanto preocupó a Tocqueville –como nos recuerda Julián Sauquillo en un reciente artículo a punto de ser publicado por *Isegoría*– es cada vez más acuciante, máxime cuando padecemos toda una epidemia de *aporofobia* y se logra responsabilizar de su funesta suerte a los más desfavorecidos, en lugar de atender a las circunstancias y a la mentalidad que condicionan situaciones inaceptables desde todo punto de vista. Necesitamos promocionar una empatía social que cada vez brilla más por su ausencia, para entender algo tan simple como que no puede irnos bien cuando a los demás les va muy mal. Para generalizar cuotas razonables de libertad e igualdad precisamos fomentar un espíritu social solidario. Pero esa tarea es propia de lo que Kant denominó *políticos morales* y no puede ser asumida por los *moralistas políticos* al uso. Entretanto siempre nos cabe procurar nuestro beneficio causando el menor perjuicio posible a los otros, como sentencia Rousseau en su *Discurso sobre la desigualdad*.

Bibliografía

- ARAMAYO, Roberto R. (2017), “Ideales platónicos y ensañaciones rousseauianas en el pensamiento político de Kant”, *Con-Textos Kantianos*, 5, pp. 236-260.
- ARAMAYO, R. R. y AUSIN, T. (2013), *InterDependencia. Del bienestar a la dignidad*, Plaza y Valdés, Madrid.
- BERTOMEU, M.J. (2017), “Pobreza y propiedad. ¿Cara y cruz de la misma moneda? Una lectura desde el republicanismo kantiano”, *Isegoría*, 57, pp. 477-504.

- BLAISE, M.-C. (2007), *La Solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, Paris.
- BOURGEOIS, L. (1896), *Solidarité*, Armand Colin. Paris.
- <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g.textImage>
- DALLMAYR, F. (2016), *Freedom and Solidarity Toward New Beginnings*, University Press of Kentucky, Kentucky.
- DOMÈNECH, A. (1989), *De la ética a la política. De la razón erótica a la razón inerte*, Crítica, Barcelona.
- DOMÈNECH, A. (1993), "... y fraternidad", *Isegoría* 7, pp. 49-77.
- DOMÈNECH, A. (2004), *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona.
- DURKHEIM, É. (1930 [1893]), *De la division du travail social*, Presses Universitaire de France, Paris.
- FOUVILLE, O. (2015), *Le cosmopolitisme juridique*, Pedone, Paris.
- KANT, I. (1988), *Lecciones de Ética* -edición de Roberto R. Aramayo-, Crítica, Barcelona.
- KANT, I. (2012), "Teoría y práctica". En: KANT, I., *¿Qué es la Ilustración y otros escritos de filosofía política* -edición de Roberto R. Aramayo-, Madrid, Alianza Editorial, pp. 70-84.
- LÉONARD, C. (2015), *Libérer et responsabiliser pour refonder la solidarité*, Presses Universitaires de Namur, Namur.
- LÖSCHKE, J. (2015), *Solidarität als moralische Arbeitsteilung*, Mentis, Münster.
- MANDEVILLE, B. (1997), *La fábula de las abejas, o los vicios privados hacen la prosperidad pública* -traducción de José Ferrater Mora-, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- MUGUERZA, J. (1989), "La alternativa del disenso". En: MUGUERZA, J., *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 19-56.
- RICARD, M. (2013), *Plaidoyer pour l'altruisme. La force de la bienveillance*, Nil Eds, Paris.
- ROUSSEAU, J.-J. (2001), *Discurso sobre la economía política*, Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ MADRID, N. (2014), "Has Social Justice any Legitimacy in Kant's Theory of Right? The empirical conditions of the Legal State as a Civil Union", *Trans/Form/Ação. Revista de Filosofia*, Universidade Estadual Paulista, Marilia, vol. 37, pp. 127-146.
- SAUQUILLO, J. (2018), "Observaciones y conjeturas ideológicas en la metodología liberal de Alexis de Tocqueville: el problema de la miseria social", *Isegoría*, 58, pp. 105-122.
- SMITH, A. (2013), *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza Editorial, Madrid.

Dignidad humana*

Human dignity

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad Carlos III de Madrid
jesusignacio.delgado@uc3m.es

Recibido / received: 07/06/2018
Aceptado / accepted: 05/09/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4347>

Resumen

La dignidad humana es un valor central para la Cultura de la legalidad y en la mayoría de ordenamientos jurídicos goza de las máximas garantías, tanto por estar ella misma protegida contra los ataques que la pudieran menoscabar como por servir de fundamento a otros derechos fundamentales. No obstante, el abuso del término en el discurso político y su fuerte carga moral y emotiva convierten la dignidad en un concepto de imprecisos contornos. En este trabajo se recupera el tratamiento clásico kantiano de la dignidad y se ofrece una lectura contemporánea que nos ayude a afrontar problemas actuales.

Palabras clave

Dignidad, Kant, autonomía, felicidad, derechos humanos.

Abstract

Human dignity is a central value for Culture of legality and in most legal systems enjoys the highest guarantees, because it protected against attacks that could reduce it and also because serve as basis for other human rights. However, abuse of the term in political discourse and its strong moral and emotional load become dignity concept of vague outlines. This paper recovers Kantian classic treatment of dignity and offers a contemporary reading that will help us to deal with current problems.

Keywords

Dignity, Kant, personal autonomy, happiness, human rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La dignidad humana no es éticamente neutral y sí está éticamente determinada. 2.1. La dignidad humana no es éticamente neutral. 2.2. La dignidad humana sí es éticamente determinable. 3. Kant y la dignidad humana. 3.1. La dignidad humana a través de la formulación del segundo imperativo categórico: la idea de humanidad. 3.2. Dignidad y autonomía. 3.3. Dignidad de ser feliz y no interferencia. 4. A modo de conclusión: la actualización de la idea kantiana de dignidad.

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco tanto del proyecto de investigación *Jueces en Democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (DER2016-79805-P, AEI/FEDER, UE), como del proyecto de investigación *NEW TRUST-CM: Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (S2015/HUM-3466), ambos del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. Introducción

Conceptos de dignidad humana quizás haya casi tantos como autores se hayan interrogado sobre la misma. Aunque, claro está, no todas las nociones aportadas han corrido la misma fortuna ni tienen el mérito de haber superado los rigores del paso del tiempo. Me aventuro a ofrecer una primera aproximación al concepto de dignidad humana según dos posibles acepciones: (a) una *dignidad humana* como «cualidad moral poseída por todos los seres humanos» y (b) un *sentimiento de dignidad* como «conciencia de la propia dignidad que favorece la expresión de esa dignidad y evita la humillación» (Meyer, 2004: 257)¹. En torno al primero de estos sentidos nos centraremos en este trabajo, sirviéndonos para ello de dos líneas argumentales: la lectura ineludible del clásico y más conspicuo teorizador de la dignidad humana como fue Kant; y la actualización de su pensamiento que hacen Habermas y Nussbaum.

Conviene advertir, de inmediato, que el sentido y alcance del concepto de dignidad humana no es ni claro ni unívoco; son la vaguedad e imprecisión sus rasgos característicos. El uso y abuso en el empleo del término y el énfasis con el que se quiere revestir de autoridad y contundencia a los argumentos que de él se sirven, hacen correr el riesgo de convertir la dignidad humana en un concepto vacío de contenido. Un riesgo del que ya avisaba González Pérez cuando señalaba que «en nombre de la dignidad se llega a soluciones radicalmente contrarias sobre temas tan fundamentales de nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de provocación y manipulación genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia» (1986:19 y 20). También Ricardo Chueca aludía a «la evidente banalización de un concepto» a la que han contribuido todos los operadores jurídicos, y no poca doctrina científica «muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pioneras». A su juicio este abuso «ha desembocado en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa» (2015: 20 y 25). Del mismo peligro alertaba Ronald Dworkin en su último libro *Justicia para erizos*, publicado en español póstumamente, al considerar que «el concepto de dignidad se ha desvalorizado a causa de su uso inconsistente y excesivo en la retórica política» (2014: 29).

Entre quienes se afanan por concretar el significado de la dignidad humana, parece un lugar común considerarla como «el fundamento último de la cultura política y jurídica moderna. La raíz tanto de los valores, los principios y los derechos, como de los procedimientos iguales para todos» (Peces-Barba, 2010: 32). Como ponente constitucional el profesor Gregorio Peces-Barba resaltaba la conexión existente entre la dignidad humana y los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico español consagrados en el art. 1.1 de la Constitución:

«La dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es

¹ A explorar el segundo significado de la noción de dignidad no podremos dedicarnos en esta Voz. Sólo dejaré apuntado que, partiendo de ideas ya halladas en Kant y en Hume y valiéndonos del enfoque de autores contemporáneos como John Rawls, Ronald Dworkin y Avishai Margalit, de la noción de dignidad humana se puede llegar a la idea de *autorrespeto*, ambas complementarias. Son como las dos caras de una misma moneda ya que «la dignidad y el autorrespeto -cuálquiera que sea el significado que resulten tener- son condiciones indispensables del vivir bien. Hallamos evidencias de esta afirmación en la forma en que la mayoría de la gente quiere vivir: mantener la frente alta mientras pugna por todas las otras cosas que quiere. Y hallamos más evidencias en la fenomenología por lo demás misteriosa de la vergüenza y el insulto» (Dworkin, 2014: 30).

metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para ser real y efectiva la dignidad humana» (1984: 85 y 86).

En línea similar se situaba Karl Larenz cuando, al respecto de los principios jurídicos y, en concreto, sobre el principio general del respeto recíproco, escribía: «El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)» (1985: 57).

Desde la perspectiva del propio ser humano, reconocerle como digno es atribuirle un valor y respeto mínimos por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, impidiendo «que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social» (Fernández García, 2001: 20). En cuanto a los valores que encuentran en la dignidad humana su fundamento, expresión y concreción, destacan «los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos» (Fernández García, 2001: 20). O, lo que es lo mismo, los derechos humanos expresan, en cada tiempo y lugar, «las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (Pérez Luño, 1984: 48; 1989: 280 y 281).

Es importante resaltar ese reconocimiento jurídico nacional e internacional porque no conviene olvidar que «el mayor grado de eficacia en la protección de la dignidad humana se ha conseguido a través de su desarrollo en un sistema de derechos fundamentales asociado a la institución estatal». Son las cartas constitucionales de derechos las que han dotado a la dignidad humana de los más elevados niveles de protección, siendo el Estado el marco donde la dignidad humana encuentra su garantía. Aunque, a la par, haya que reconocer que «son pues también los Estados, si no los únicos, sí los más contumaces destructores de la dignidad humana» (Chueca, 2015: 19).

Debido a la positivación de la dignidad humana en los textos internacionales de rango más elevado, o en derecho interno reservándose igualmente su plasmación a las normas constitucionales, ha sido la tarea de los altos tribunales y su labor jurisprudencial la que ha permitido ir colmando de contenido el concepto de dignidad humana, además de ir supliendo y paliando su ambigüedad y abstracción a través de un valioso esfuerzo de clarificación y concreción².

Se suele calificar a la dignidad como heterónoma cuando «sus causas o razones se encuentran fuera de la persona, derivan de la autoridad, del puesto social que se ocupe o de una mediación fuerte de una institución» (Peces Barba, 2010: 32)³.

² Para el caso español, sobre el concepto de dignidad humana y su naturaleza como valor o bien son especialmente significativas: SSTC 53/1985, 120/1990, 150/1991, 214/1991, 91/2000, 192/2003, o 181/2004. La dignidad como base y fundamento general de los derechos fundamentales se puede leer en la STC 113/1995.

La discusión de la naturaleza, eficacia normativa o distinción entre valores, principios y reglas es ya todo un clásico de larga data en nuestra literatura iusfilosófica. Entre otros, Dworkin (1984); Peces-Barba (1984); Parejo Alfonso (1990); Prieto Sanchís (1992); Llamas Cascón (1993); y Alexy (1993). Sin entrar en esa discusión, y utilizando en este trabajo indistintamente los términos valor y principio, no me parece arriesgado afirmar que, en definitiva, de lo que se trata es de querer dotar a la dignidad humana, categorizándola bajo uno u otro término, del máximo realce, garantía, honor o solemnidad jurídica.

³ El profesor Peces-Barba presta especial atención al papel que pueden jugar las religiones y, más concretamente, las iglesias, en la construcción heterónoma de la dignidad: «la religión puede o no, según se entienda y según se organice, ser un obstáculo para la dignidad humana. Es difícil que la mediación de una iglesia que interpreta y orienta el mensaje religioso pueda plantearse desde la autonomía del

Es una noción de dignidad vinculada al status, al rango, a la jerarquía o al estamento. De tal modo que son estas categorías, y la posición que en ellas se ocupe, las que conceden, niegan o modulan el estatuto de dignidad de la persona. Son, claro está, sociedades desigualitarias ejemplificadas en un tipo de feudalismo cuya organización social en gremios y corporaciones produce *dignidades* diferentes. Al burgués y al siervo, al maestro y al aprendiz, al propietario y al campesino, se le reconocen a cada uno una dignidad más o menos cualificada.

Frente a este criterio propio del mundo antiguo y medieval, se abre paso la dignidad autónoma cuando el *valor igual* de cada hombre «se genera desde la propia persona» (Peces-Barba, 2010: 32), es decir, como algo presente por igual en cada ser humano. Sólo con la visión antropocéntrica y el proceso de secularización que conoce el mundo moderno, puede aflorar una dimensión autónoma de la dignidad humana⁴. Para un sector de la doctrina el cristianismo desempeñó un importante papel en este proceso de ruptura con la visión heterónoma, al afirmar «la irreductibilidad del hombre al ciudadano, la consistencia de la dignidad radical del hombre como algo previo a su pertenencia a cualesquiera grupos» (Ballesteros, 1986: 112).

Será el Renacimiento el momento histórico en el cual irrumpieron con mayor fuerza estas ideas. Afirmar los valores humanos supone configurar al hombre como algo valioso en sí mismo, independientemente de su religión, profesión o estatus. Lo que es verdaderamente valioso es la capacidad que tiene éste para moldearse, su libertad para elegir, para pensar, para decidir lo que cada uno quiera ser. Giovanni Pico della Mirandola en 1496 narrará en su escrito *De hominis dignitate* (1984: 105) esta transformación renacentista⁵.

Habrá que esperar a Kant y a las Declaraciones de derechos americana y francesa del último cuarto del siglo XVIII, para situar el contexto histórico concreto en el que parece generalmente aceptado situar la génesis de la idea de dignidad humana en su sentido moderno. Una noción que «comenzó siendo un concepto religioso y moral para ser más tarde incluido dentro del ámbito jurídico» (Fernández García, 2007: 124). Desde entonces se interpretará la dignidad humana «no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos. Por tanto, respetar la dignidad de los seres humanos equivale a reconocerles ciertos derechos. Si el reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar la realización de una vida digna, su falta de reconocimiento significa vivir por debajo de la exigencia de esa vida digna» (Fernández García, 2001: 13).

Aunque el hecho de su inclusión en las más significativas cartas de derechos no implica que se haya acabado con las «dificultades, por su vaguedad definicional, que nos plantea la dignidad como fundamento de los derechos humanos», dice Waldron (2013)⁶. Ni tampoco hemos eliminado las disputas en torno a la posibilidad

creyente (...) Pero no es la religión, sino las iglesias, las que interfieren y se desvían del moderno concepto de dignidad. Estamos ante la dignidad heterónoma. Por el contrario, si la relación supone lo que originariamente debe entenderse por vínculo religioso, en la directa comunicación de la persona con Dios, se puede concluir que estamos en un supuesto de dignidad autónoma» (2010: 34).

⁴ El profesor Peces-Barba se esforzó en precisar hasta seis criterios que, desde el Renacimiento hasta la Ilustración, fueron colmando de significado la auténtica dignidad humana. Se enumeran y explican en Peces-Barba (2010: 36-45).

⁵ En España ejerció una función similar el *Dialogo de la dignidad del hombre*, de primera edición de 1585, de Pérez de Oliva (1967).

⁶ Aunque también podríamos entender, con Riley, que este éxito de la dignidad humana se debe, en gran parte, a su no concreción. Su incorporación a declaraciones y constituciones se debe a un doble acuerdo.

de su renuncia ni por los propios seres humanos detentadores de ella, ni de los concretos derechos por ella afectados, ni siendo tampoco posible que el Estado renuncie a su protección. De esta forma, «el respeto de la dignidad humana trasciende la voluntad del individuo y conlleva una dimensión objetiva que el Estado se verá obligado a salvaguardar» (Elvira, 2015: 223).

2. La dignidad humana no es éticamente neutral y sí es éticamente determinable

El concepto de dignidad humana se ve inmediatamente asediado por las patologías propias de todo concepto con tan fuerte contenido moral. En torno a estos problemas, caben dos propuestas: (2.1) la dignidad humana no es éticamente neutral, aunque tampoco cabe que la fundamente cualquier doctrina moral⁷; y (2.2) la dignidad humana sí es éticamente determinable.

2.1. La dignidad humana no es éticamente neutral

Conviene aquí resaltar la importante conclusión que Hoerster extrae de la lectura del art. 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania⁸. Ello nos puede ser útil para analizar el concepto de dignidad humana que también aparece en nuestra Constitución española en el art. 10.1, máxime cuando es evidente, y así tantas veces se ha puesto de manifiesto, la influencia, como fuente de inspiración, de la Ley Fundamental de Bonn en nuestro texto constitucional⁹.

La cuestión inevitable y decisiva en torno al concepto de dignidad humana surge desde el momento en el que nos planteamos cuáles formas de la libre autodeterminación humana son éticamente legítimas. Y esa cuestión sigue siendo una cuestión valorativa, de escoger y decidir, de optar por uno u otro punto de vista ético. Cuando nos planteamos si la eutanasia es correcta o incorrecta¹⁰, o si lo es la prisión permanente revisable, el suicidio, la prostitución, la poligamia o la venta de órganos estamos haciendo una valoración de la dignidad humana que se encierra en estos ejemplos. Y la valoración que hacemos de ello no podrá ser neutral como tampoco lo es la opción que el legislador escoge cuando regula dichos ejemplos, prohibiéndolos o permitiéndolos. Podemos encontrar algunas cuestiones morales que plantean discusiones en torno a la dignidad humana sobre las que tenemos algún parecer, al menos en sociedades como la nuestra, más o menos compartido (piénsese en la prohibición de la esclavitud). Pero ello no obsta a que, en amplios

Acuerdo en incorporarla y acuerdo en el desacuerdo: no definirla ni concretarla. Acuerdo en la dignidad humana y ausencia de acuerdo en por qué y en el cómo (2010: 120).

⁷ Recordaba José María Rodríguez Paniagua que “no todas las doctrinas éticas son igualmente aptas para la fundamentación de los derechos humanos (...) Únicamente las doctrinas éticas de la Ilustración europea, comprendiendo desde luego su coronación y máximo representante a Kant, y las inspiradas en la visión personalista del hombre de signo cristiano son las que pueden servir de base a la fundamentación ética o moral de los derechos humanos” (1988: 208-209).

⁸ El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn (aprobación de 23 de mayo de 1949) reza así: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

⁹ El artículo 10.1 de la Constitución española promulga: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Sobre el tema de la dignidad humana en torno a este artículo, véase: González Pérez (1986: 65 ss.); Ruiz-Giménez (1984: 45 ss.); Sánchez González (1984: 33 y 34); y García San Miguel (1995). En otros textos constitucionales la dignidad humana no siempre aparece relacionada con el desarrollo de la personalidad. Ello se resalta en Presno Linera (2015: 361-393).

¹⁰ Agradezco a Cecilia Güemes, compañera del GIDYJ, que durante la discusión de este trabajo en el V Workshop sobre Cultura de la Legalidad, me alertaba de la importancia de utilizar una noción de dignidad humana que sea operativa para tomar decisiones políticas. Como ejemplo, me señaló el rico concepto de dignidad que maneja la Corte Constitucional colombiana acerca de la eutanasia y muerte digna en la sentencia C-239/97.

ámbitos de nuestra vida, impere «un animado disenso acerca de lo que es éticamente legítimo, especialmente acerca de dónde se encuentran los límites legítimos de la libre autodeterminación» (Hoerster, 2000: 98). Toda decisión legislativa entrañará una valoración ética o un punto de vista ético sobre la dignidad humana. Y, desde entonces, como toda decisión valorativa, imposible que sea neutral.

2.2. La dignidad humana sí es éticamente determinable

Al comienzo de estas páginas lamentábamos la falta de determinación que acecha al concepto de dignidad humana. Pero «si tomamos como referencia las tradiciones culturales en las que se ha empleado el principio de la dignidad humana entendido como valor de cada persona humana, las cosas se ponen más fáciles» (Fernández García, 2001: 24). Partiendo de estas “tradiciones culturales” parece que podemos determinar algo mejor el alcance de la dignidad humana. Y en esa tarea quizá nos sea útil acudir a la función que tradicionalmente se le ha asignado a la idea de dignidad humana en el tema del fundamento de los derechos humanos. Pues son precisamente los derechos fundamentales, nos recuerda Fernández García, los que «se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad» (1984: 78).

Reconocer que el hombre tiene dignidad es «reconocer que tiene unas *exigencias* que le son *debidas*, unos *derechos* que le pertenecen» (Panea Márquez, 2005: 20). Por tanto, la elaboración de un concepto de derechos humanos fundamentales como derechos morales exige mantener, como hilo conductor de toda aquella teoría, la idea de dignidad humana como línea teórica que vertebría su fundamento. Según esto, «los derechos humanos fundamentales son los derechos morales o pretensiones humanas legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad) y, al mismo tiempo, las condiciones mínimas del desarrollo de esa idea de dignidad que, a partir de unos componentes básicos e imprescindibles debe interpretarse en clave histórica. La idea universal de humanidad, por tanto, se traduce inmediatamente en el reconocimiento de un determinado número de derechos que exigen su incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político» (Fernández García, 1990: 60).

Observamos, pues, que la idea de dignidad humana es perfectamente determinable, aunque para ello se necesite de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, que son los que le dan su pleno y mejor sentido. Por todo ello, aunque los peligros de falta de determinación estén siempre al acecho, sí que cabe hablar de un *contenido mínimo* de la dignidad humana que le hace funcionar como «exigencia básica irrenunciable» (Fernández García, 2001:26). Con ello, la indeterminación que aparentemente aqueja a la dignidad humana habrá quedado, al menos en parte, disipada. Con ese contenido, mínimo pero preciso, ya habremos ganado algo. Que no es poco.

3. Kant y la dignidad humana

3.1. La dignidad humana a través de la formulación del segundo imperativo categórico: la idea de humanidad

Probablemente sea la noción kantiana, de entre las concepciones acerca de la dignidad humana, la que haya gozado de mayor influencia en la filosofía política y moral desde la Ilustración hasta la actualidad. Quizás ya solo por eso su presencia en estas páginas quede redimida de cualquier intento de justificación.

Kant diseña una magistral arquitectura de la idea de dignidad que ha sido la imperante en nuestra tradición cultural cuando se ha debatido acerca del valor intrínseco que posee la vida humana. Aunque por otro lado, la interpretación del pensamiento del filósofo de Königsberg no haya sido, ni mucho menos, cuestión pacífica. Lo que tampoco es de extrañar que ocurra en torno a un autor de tan profusa difusión y con tantos estudiosos sobre su figura¹¹. La complejidad de la obra kantiana, por un lado, y el límite de espacio y propósito de este trabajo, por otro, hacen que en lo siguiente abandone la pretensión de ofrecer un análisis detallado y exhaustivo del pensamiento de Kant¹², y opte sólo por una aproximación sobre aquellos aspectos concretos de su pensamiento que nos sean más útiles para el estudio de la dignidad.

Y, ¿cuál es la concepción kantiana de la dignidad humana? Si en la primera formulación del imperativo categórico Kant postulaba un obrar que se pudiera erigir en ley universal¹³, el segundo paso será dotar de contenido a esa ley que aspira a universalizarse. Pero ese contenido no puede ser cualquiera. ¿Qué es lo que puede querer la voluntad como un valor absoluto y no como un medio para alcanzar otra cosa? Lo que debe querer la voluntad no puede ser un fin personal ni contingente, sino algo universalizable, válido para el sujeto que obra y también querido para cualquier otro. Ese objeto del querer de la voluntad no puede ser más que el ser humano en sí mismo, su humanidad:

«Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio» (2010: 47; Ak. iv: 429)¹⁴.

Esta segunda formulación del imperativo categórico nos compele a no tratar a los demás meramente como un medio, sino como fines en sí mismos, como personas que merecen respeto, sean cuales sean sus circunstancias subjetivas.

Mientras que los fines relativos no pasarían de constituir fines subjetivos, que solo pueden servir de fundamento a imperativos hipotéticos «como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere» (2010: 32; Ak. iv: 414), los hombres como fines, esto es, las «personas», son llamadas por Kant «fines objetivos», que son los únicos capaces de fundamentar un imperativo categórico:

«Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen sólo un valor relativo como medio, siempre que sean seres irracionales y por eso se llaman *cosas*; en cambio los seres racionales reciben el nombre de *personas* porque su naturaleza los destaca ya como fines en sí mismos, o sea, como algo que no cabe ser utilizado simplemente como medio y restringe así cualquier arbitrariedad (al constituir un objeto de respeto). Las personas,

¹¹ Sobre la abundancia de interpretaciones, José Luis Colomer ha indicado que a los textos kantianos se le han atribuido «términos tan irreconciliables como para merecer calificativos tan dispares como de *filosofía de la libertad o de la sumisión*, como la *última teorización del Antiguo Régimen* o como *umbral de la contemporaneidad*» (2002: 243). «La diversidad de planos en los que opera la reflexión kantiana», también ha sido aludida por el profesor Pérez-Luño, pues «de sus tesis pueden deducirse lo mismo las premisas para una formulación definitiva de la teoría constitucionalista liberal (...) que se le puede llegar a considerar legitimador de la concepción absolutista» (2001: 462).

¹² Para ello puede consultarse Colomer (1995). Allí remitimos para un estudio más completo y profundo. Este mismo profesor aporta una nutrida y comentada bibliografía de las obras sobre Kant en Colomer (2002: 312-316).

¹³ Recuérdese que la primera formulación del imperativo categórico rezaba: «obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza» (2010: 39; Ak. iv: 421).

¹⁴ Para el profesor Manuel Garrido «la primera formulación del imperativo categórico nos presenta a esa moral como una ética del deber y de la obligación, como una deontología. Pero la segunda formulación del imperativo categórico, inspirada en la idea de humanidad, le da a dicha moral un rostro, valga la redundancia, más humano, más altruista y solidario. Y la tercera formulación, que proclama la autonomía de la voluntad y pone a ésta en conexión con el reino de los fines, abre la puerta a una ética de la esperanza en una futura instalación de ese reino en la política y en la historia» (2005a: 208).

por lo tanto, no son meros fines subjetivos cuya existencia tiene un valor *para nosotros* como efecto de nuestra acción, sino que constituyen *fines objetivos*, es decir, cosas cuya existencia supone un fin en sí mismo» (2010: 46; Ak. iv: 428).

Si el hombre *no es un fin a realizar*, sino *un fin en sí mismo*, la pregunta que de ello se sigue es automática: ¿Qué es lo que es *fin* en sí mismo? Esta capacidad o libertad que hace al hombre fin en sí mismo es su *dignidad* que le sitúa por encima de cualquier *precio*:

«En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad (...) Lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser un fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad» (2010: 52; Ak. iv: 435).

Al expresar Kant que *la humanidad misma es una dignidad* introduce, en conexión directa con la noción de fin en sí mismo, la idea de dignidad de la persona humana:

«La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre» (2005: 335-336; Ak. vi: 462).

H. J. Paton fue uno de los más autorizados expertos del pasado siglo XX en el pensamiento ético kantiano. Su obra *The Moral Law*, publicada desde 1947 en Hutchinson University Library de Londres, sigue editándose como pieza esencial comentada de la *Fundamentación*. Allí sobre esta dignidad en el sentido de Kant podemos leer:

«Una cosa tiene un precio si es posible encontrar un sustituto o equivalente de ella. Tiene dignidad o excelencia si no admite ningún equivalente. Sólo la moralidad o virtud tienen dignidad -y la humanidad en la medida en que sea capaz de moralidad-. En este sentido, no puede ser comparada con las cosas que tienen valor económico (un precio de mercado), o ni siquiera con las cosas que tienen valor estético (un precio del gusto)» (2005: 242).

Entre lo que tiene *precio* y lo que posee *dignidad* «la ética kantiana traza una gruesa línea divisoria entre ambas definiciones» (Cassirer, 2007: 169). Hay que destacar tres aspectos en esta caracterización de la dignidad.

1. En primer lugar, si la humanidad es la capacidad que tiene el hombre de proponerse motivos de su acción, entonces es tautológico que la humanidad solo es predicable de los seres humanos. Explica Rawls que «Kant entiende por humanidad aquellas de nuestras facultades y capacidades que nos caracterizan como personas razonables y racionales que pertenecen al mundo natural (...). Estas facultades incluyen, primero, las de la personalidad moral, que hace posible que tengamos una buena voluntad y un buen carácter moral; y, segundo, aquellas capacidades y habilidades que ha de desarrollar la cultura: mediante las artes y las ciencias y cosas similares» (2007: 241). Las facultades propias de la humanidad kantiana son, por tanto, de dos tipos: morales e intelectuales. Las primeras nos constituyen como seres de buena voluntad y con carácter moral y las segundas enraízan con la cultura. La combinación de ambas distinguen al hombre, como ser razonable y racional, dotado de dignidad, del resto de criaturas.

2. En segundo lugar, la dignidad se concreta en la capacidad del hombre de proponerse fines a sí mismo. Así, el hombre queda vinculado «sólo a su propia y sin embargo universal legislación, y sólo está obligado a obrar en conformidad con su propia voluntad» (2010: 50; Ak. iv: 432). Es una capacidad que se distribuye por igual entre todos los seres racionales y que posee un valor absoluto en sí misma y, por ello, puede servir de fundamento a las leyes morales.

Puesto que toda ley contiene en su definición la idea de universalidad, la fórmula de la ley moral no puede ser otra que ésta: es moral aquello que puede convertirse en ley universal. Sólo es moralmente bueno aquello que puede ser estimado universalmente como bueno y valer como bueno para todos sin excepción. Ningún ser racional puede querer, como tal ser racional, que el asesinato, el robo o la promesa ficticia (2010: 21; Ak. iv: 403) se convirtieran en norma universal. Por eso, tales acciones, al no poder ser queridas universalmente, no pueden ser morales. «¿Puedes querer también que tu máxima se convierta en ley universal?», se pregunta Kant y responde: «de no ser así, es una máxima reprobable» (2010: 21; Ak. iv: 403).

3. En tercer lugar, si la humanidad es contenido de la dignidad, y la dignidad es aquello que es fin en sí mismo, el ser humano, como poseedor de dicha propiedad (poseedor de humanidad), es fin en sí mismo, insustituible, incondicional e incomparable. Es por ello que sólo el hombre, por ser fin en sí mismo y poder darse fines a sí mismo, es el único llamado a ocupar el *reino o dominio de los fines*:

«El concepto de cada ser racional que debe ser considerado como legislando universalmente a través de todas las máximas de su voluntad, para enjuiciarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto inherente al mismo y muy fructífero: el de un reino de los fines. Entiendo por reino la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes» (2010: 51; Ak. iv: 433).

Tenemos, pues, una relación entre una pluralidad de sujetos (integrantes de ese reino) como marco de los principios morales (leyes comunes). Dos preguntas nos surgen: ¿quiénes integran ese reino? y ¿cuáles son esas leyes comunes? Por lo que se refiere a lo primero: «un ser racional pertenece al reino de los fines como miembro si legisla universalmente dentro del mismo, pero también está él mismo sometido a esas leyes. Perteneces a dicho reino como jefe cuando como legislador no está sometido a la voluntad de ningún otro». Esto significa que «cada cual no sólo persigue sus fines (permisibles) personales dentro de los límites de los deberes de justicia (los derechos del hombre), sino que también da un valor significativo y apropiado a los fines obligatorios ordenados de los deberes de virtud. Estos deberes, para enunciarlos sumariamente, son promover la propia perfección moral y natural y la felicidad ajena» (Rawls, 2007: 265). Estos dos fines-deberes que ha de proponerse cada cual como horizonte de su dignidad los veremos más tarde.

Y la segunda cuestión se respondería diciendo que la ley común es aquella según «cada cual no debe tratarse a sí mismo ni a los demás nunca simplemente como medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo. Mas de aquí nace una *conjunción sistemática* de los seres racionales merced a leyes objetivas comunes, esto es, nace un reino que, como dichas leyes tienen justamente por propósito la relación de tales seres entre sí como fines y medios, puede ser llamado un reino de fines» (2010: 51; Ak. iv: 433).

De la contestación a estas dos preguntas se extraen, pues, las dos características que aparecen en la noción de “reino”: «en primer lugar, la de “unión sistemática”, lo que equivale a decir que no se trata de una mera “aglomeración”, sino de una “articulación”, de una unión realizada bajo la idea de una totalidad, y en

segundo término, la de que esta “articulación” tiene lugar “gracias a leyes comunes”, es decir, según un principio abstracto de ordenación» (González Vicén, 1984: 42).

Se trata, entonces, de poner en el centro de la concepción de un mundo según el principio moral, la noción de los seres humanos como fines en sí y de hacer posible la convivencia entre la pluralidad infinita de los fines que cada uno en tanto sujeto de libertad pueda proponerse. Esa *conjunción sistemática* es el marco de «leyes que permiten a quienes son fines en sí alcanzar sus fines subjetivos, sin impedir a los demás que también los alcancen, sino más bien fomentando que puedan hacerlo unos y otros» (Cortina, 1999: 244).

Pero en ese reino los fines llamados a integrarse son aquellos de los que se predica «su validez universal»; queda fuera de esta construcción, como el propio Kant indica, «la diversidad personal de los seres racionales y el contenido de sus fines privados» (2010: 51; Ak. iv: 433). Los fines privados, al carecer de la nota de universalizabilidad, no pueden constituir base para la legislación común ni ser materia sobre la que ésta pudiera incidir; y, como tales, deben permanecer al margen de lo que pueda ser discutido y decidido en un dominio compartido de voluntades. Solo es posible, por tanto, la *conjunción sistemática* de leyes comunes que no tengan que ver con los fines privados de los sujetos. Sobre éstos no es posible que pretendamos la unicidad de voluntades. Superado ello, la única base de construcción del principio de la moral según la idea del reino de los fines es la “humanidad” en cada individuo, su dignidad.

A la misma condición de autonomía como condición de cualquier vinculación moral a principios, se refiere la atribución de dignidad. Se trata de «la idea de la *dignidad* de un ser racional, el cual no obedece a ninguna otra ley salvo la que se da simultáneamente él mismo» (2010: 52; Ak. iv: 434). Si podemos pertenecer al reino de los fines como miembro es por nuestra posesión de *personalidad moral*. Esta condición es la que nos permite participar y legislar en aquel dominio. Es la personalidad moral «la que nos hace fines en nosotros mismos y especifica la condición de nuestra pertenencia como miembros al dominio de los fines». Ser dignos, tener dignidad, no tener precio de mercado, poseer personalidad moral, son expresiones equivalentes que nos hacen ser sujetos del reino de los fines. Si la vida humana no tiene precio, entonces tiene dignidad. Es esa dignidad «la que nos capacita para participar en la legislación universal: es esto lo que nos hace aptos para ser miembros de un posible dominio de los fines» (Rawls, 2007: 266). Así, «el fundamento de la dignidad es la capacidad de legislar universalmente y de obrar según el principio de autonomía» (Rawls, 2007: 266).

3.2. Dignidad y autonomía

La autonomía es la que hace a una persona sujeto de la ley moral: «la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional» (2010: 53; Ak. iv, 436). La autonomía hace ya acto de presencia en relación con la dignidad humana, siendo la autonomía «para Kant la gloria de nuestra libertad y el sello de nuestra dignidad» (Garrido, 2005: 16). Cabe afirmar que la autonomía es «condición y único posible origen de principios morales: sólo aquellos que la voluntad se da a sí misma pueden vincularla incondicionalmente» (Colomer, 2002: 261). Por eso «la autonomía de la voluntad es el principio supremo de la moral: la autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer). El principio de autonomía es por lo tanto éste: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal» (2010: 58; Ak. iv: 440).

Como somos sujetos operantes en ese macro-tejido que es la humanidad, precisamente, es a través de ese operar cómo se va conformando la humanidad. La humanidad propiamente no es ni está constituida de antemano, sino que se hace y se constituye obrando moralmente, asumiendo la ley de universalidad como máxima de conducta. En la medida en que ese sujeto racional se forma al darse a sí mismo su propia legislación universal y quererla siempre como fundamento del obrar, Kant entiende que se trata de un proyecto de *autonomía* del ser humano.

A la idea de dignidad humana le sigue la idea de un ser racional autónomo, que elige, que tiene capacidad para elegir, las leyes que se dicta a sí mismo, que se autolegisla *las máximas de su elección*. En consecuencia, «todas las máximas subjetivas deberán ajustarse a ese imperativo que dice que el deber moral es una ley autónoma, autoimpuesta y, como tal, des-interesada, no sometida a ningún interés empírico, sino sólo a un interés racional» (Camps, 2013: 242). De ahí que esa ley sólo responda a los imperativos a los que ella misma se somete, pues no conoce otra autoridad distinta de aquella de donde ella misma procede. Al ser una ley autónoma, procedente del agente moral, no puede atenerse a otros dictados ajenos que la conformen heterónomamente, vengan éstos de la religión, el Derecho o de cualquier otra autoridad externa al propio sujeto. Sólo en la consideración de cada individuo como sujeto de libertad y, así, predicando su posición de «legislador», cabe poder hablar en propiedad de un sujeto verdaderamente autónomo, no heterónomamente constituido, sino que es su propia voluntad la que es «universalmente legisladora»:

«Esta legislación tiene que poder ser encontrada en todo ser racional y tiene que poder emanar de su voluntad, cuyo principio por lo tanto es éste: no acometer ninguna acción con arreglo a otra máxima que aquella según la cual pueda compadecerse con ella el ser una ley universal y, por consiguiente, sólo de tal modo que la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora» (2010: 52; Ak. iv: 434).

Y esta capacidad está distribuida por igual entre todos los seres humanos, que por ello son iguales en dignidad¹⁵. Así, «esta dignidad tiene la fuerza de incluir a todas las personas como miembros de un posible dominio de los fines. También libra al valor de las personas de toda comparación con los valores relativos y subordinados de las cosas» (Rawls, 2007: 267). Por ello, todos somos iguales en dignidad independientemente de nuestra clase social, riqueza, trabajo o mérito. La dignidad es intrínseca a la condición humana y no dependiente, así, de factores externos o relativos.

Que la dignidad esté presente en todas las personas no implica que todas ellas vayan a hacer el mismo uso de su autonomía ni evita que algunos ejercieran esta capacidad deficitariamente. Pero, «a pesar de un ejercicio incorrecto de la autonomía que lleva a realizar acciones inmorales, la dignidad queda intacta. Los individuos seguimos siendo dignos aunque hagamos un uso inmoral de nuestra autonomía. Sin embargo, el mal uso de la autonomía no es gratuito: nuestra conciencia de la dignidad puede resultar dañada y, en este sentido, la percepción y evaluación de nosotros

¹⁵ No me voy a detener en la relación dignidad-igualdad. Baste señalar que los seres humanos son iguales porque comparten la cualidad de «un valor absoluto interior» con otras personas. Por ser iguales, quedamos todos subordinados, y en el mismo plano, a la ley moral. Nuestra percepción de la igualdad está relacionada con la universalidad y la racionalidad, ya que por un lado la dignidad es una propiedad que es común entre los seres humanos, y por otro lado, porque la dignidad se fundamenta en que somos seres racionales. En virtud de la común dignidad que todos poseemos «debemos ser respetados porque somos seres humanos. Toda persona merece igual respeto en cuanto ser humano y en cuanto poseedora de dignidad. El concepto de dignidad garantiza una igualdad entre las personas al margen de las relaciones sociales de poder y subordinación y, en especial, tiende a confirmar la idea de que las personas poseen igual capacidad para desarrollar sus vidas morales» (Pérez Triviño, 2007: 25). Un buen tratamiento del *valor igualdad* en relación a estos puntos puede encontrarse en Calsamiglia (1989: 97-110).

mismos como agentes que hemos realizado actos inmorales puede hacernos perder reverencia hacia nosotros mismos» (Pérez Triviño, 2007: 23).

Para Kant «incluso en el mayor malvado persiste aún un germe de buena voluntad (...). De modo que los jueces no tienen que deshonrar a la humanidad al castigar los delitos; desde luego que se ha de castigar al bribón; pero sin vulnerar a la humanidad por medio de castigos humillantes, pues cuando se deshonra a la humanidad en cualquier otro, se está despojando al ser humano de todo valor» (1988: 240-241; Ak. xxvii: 417-418). Esta idea resulta de gran ayuda, señaló Angelo Papacchini, «para asegurar a todos un mínimo de respeto, en la medida en que incluso el ser más despreciable conserva este halo sagrado de humanidad que lo hace digno de un reconocimiento y de una valoración por encima de cualquier otro ser viviente» (1997: 226). Así se constataría en el caso de la mentira, las autolesiones o el suicidio. Estas *cuestiones casuísticas* -como Kant las llama- pueden ilustrar el mal uso de la autonomía; aunque, si bien es cierto, son ejemplos que han sido muy controvertidos¹⁶.

Podemos observar que el uso que las personas pueden hacer de su autonomía no es uniforme y dista mucho de ser armónico. Precisamente porque tenemos libertad para decidir, cada uno puede optar por esto o aquello. Y en esa elección autónoma de cada uno pueden producirse colisiones, pues nada asegura que la elección de uno no entorpezca el curso de acción autónoma de otro. Kant no fue ajeno a esa problemática y se pregunta cómo es posible conseguir una armonía de voluntades si cada una es legisladora de sí misma y construye su propia ley, lo que puede conducir a leyes enfrentadas entre sujetos que legislan de forma opuesta¹⁷. Para el cierre de ese círculo, ya conocemos la solución de Kant: la ley

¹⁶ La casuística kantiana lejos de arrojar luz a su contenido teórico, es más bien confusa y provoca extrañeza. Las conclusiones que de sus ejemplos se siguen no son de fácil aceptación. Los casos concretos que Kant propone parecen burlarse de las propias obligaciones absolutas por él formuladas. Así “ningún adversario hubiera podido desacreditar más fuertemente el principio cardinal kantiano -el no considerar nunca a la persona como medio, sino siempre como fin- que lo que Kant lo hizo con su casuística” (Welzel, 2011: 231). Para Victoria Camps, es mejor no recordar esta triste casuística “pues no contribuye sino a echar leña al fuego del tan justamente criticado rigorismo kantiano”. Estos ejemplos que afean la dignidad humana “son puro reflejo del sentir moral de la época, a saber, la moralidad cristiana más tradicional con matices de austeridad pietista que no desdizcen de la ascética moral del trabajo. Al Kant que presume de prescindir de la religión para construir una moral racional y autónoma se le viene abajo la teoría en cuanto empieza a dotar de contenidos los principios morales. Al Kant ilustrado del *sapere aude* se le oscurecen de pronto las luces de la mera razón. Pues, mayormente, los vicios que aquí señala no proceden del supuesto autoconocimiento racional: se encuentran en el catecismo y llevan el nombre de pecados capitales” (1989: 418). También Esperanza Guisán achacaba a “la formación pietista de Kant el ser sin duda la causante de esa concepción desgarradora del individuo como un ser en perpetua lucha contra sus inclinaciones” (1999: 258). Sus ejemplos seguramente no fueron los más afortunados: desdibujaron su propuesta y refutaron, en gran parte, lo que él mismo pretendió afirmar. Pero creo que el mérito y grandeza de su obra no debe juzgarse, ni mucho menos, por los infortunios que le jugaron sus ejemplos.

¹⁷ Roberto Rodríguez Aramayo ha estudiado “la decisiva influencia de Rousseau sobre Kant”, haciendo ver el paralelismo del reino de los fines kantiano con la idea rousseauiana de voluntad general. De tal modo que “quien se halle mínimamente familiarizado con los planteamientos éticos del filósofo de Königsberg podrá comprobar cuánto pudieron influir en ellos esas reflexiones rousseauianas”. Ello se podría comprobar a partir de la incorporación que hace Kant en su ética de la definición de “ley” dada en la *Enciclopedia* por Rousseau en su artículo sobre *Economía política*. Para Aramayo, “Kant fue un buen discípulo de Rousseau” que “supo trasladar a sus planteamientos éticos las reflexiones político-morales de Rousseau” (2006: 37 y 45). La “honda huella” de Rousseau sobre este punto en el pensamiento de Kant también ha sido señalada por Javier Muguerza, para quien el republicanismo de Kant “no pasaba de proponer un moderado Estado liberal de Derecho allí donde cierto Rousseau coquetearía con la propuesta de una democracia directa de carácter asambleario” (2007: 91 y 93). También se puede rastrear la similitud entre ambos clásicos del pensamiento en el importante trabajo de Cassirer (2007). Se ha ocupado suficientemente de ello, entre nosotros, Rubio Carracedo (1987: 29-74 y 1989: 349-368). Como hábito diario irrenunciable, a las siete de cada tarde Kant acostumbraba rigurosamente a dar su paseo vespertino por los alrededores de su casa en Königsberg para meditar sobre lo que estaba

moral tiene que ser universal. Además de ser libre y autónoma, tienen que quererla sin excepción y coincidir en ella todos los seres racionales. Y tal condición se cumple en el reino de los fines. Somos autónomos, sí, pero lo somos para darnos una ley cuyo requisito para ser moral es que sea la misma para todos. Así pues, la autonomía de cada uno ha de llevar necesariamente a la unidad de voluntades. El reino de los fines se concibe de esta forma como la voluntad unificada de todos los hombres que no se autodeterminan por capricho, sino que se guían por el imperativo de una ley universal y racional. Tenemos libertad para decidir lo que *queremos querer* y, a su vez, la ley moral nos dice qué es lo que *debemos querer*¹⁸. Y ese querer no es más que lo que cualquier otro semejante también puede llegar a querer. Ese querer *universal* ya es compatible y compartido con el querer de cualquier otro sujeto (que habrá seguido en el curso de sus decisiones la misma máxima universal).

3.3. Dignidad de ser feliz y no interferencia

De la idea kantiana de dignidad se desprende «una concepción de los derechos en la que estos funcionan como protección de los individuos frente a las eventuales interferencias externas» (Pérez Triviño, 2007: 25). En efecto, somos respetuosos con la dignidad de los otros cuando los dejamos perseguir los propios fines y propósitos que ellos mismos han elegido autónomamente. Esta idea de no intromisión, capital para el liberalismo clásico y que desarrollará magistralmente Mill, «es central en el universo moral y político kantiano» (Pérez Triviño, 2007: 26). Solo se pueden perseguir los fines que uno se autolegisla si se es libre tanto para autodictárselos como para llevarlos a cabo, es decir, para elegirlos, determinarlos y, a la postre, perseguirlos y alcanzarlos: «la perfección de otro hombre como persona consiste precisamente en que él *mismo* sea capaz de proponerse su fin según su propio concepto del deber, y es contradictorio exigir (proponerme como deber) que yo deba hacer algo que no puede hacer ningún otro más que él mismo» (2005: 237; Ak. vi: 386).

No ha existido acuerdo pacífico en torno a la concepción de la felicidad de Kant. Sí es un deber el procurar la felicidad ajena¹⁹ pero, debido a «su repulsa del eudemonismo», con respecto a «la felicidad vital Kant sólo reconoce el criterio de la plena renuncia» (Cassirer, 2007: 208 y 209). Para Victoria Camps, «la exclusión de la felicidad como fin último del ser humano, quien no debe aspirar a ser feliz, sino, en todo caso, a ser digno de felicidad, coloca a Kant en el grupo de filósofos que, a pesar de proponerse una ética secularizada, no llegan a superar la acusación de

trabajando. Cuenta Schultz que «una sola vez dejó de dar su paseo, según confesó más tarde frecuentemente, justificándolo por la circunstancia de haber leído aquel día el *Emile* de Rousseau, lectura que le había cautivado tanto, que no pudo interrumpirla hasta terminarla». Es más, el único adorno en las paredes de la casa de Kant «era un retrato de Jean-Jacques Rousseau, el único hombre que había logrado, con su obra, alterar el orden de vida del filósofo. Aquel retrato era el único cuadro de toda la casa» (1971: 22 y 44). Concha Roldán no duda en afirmar que «la influencia ético-política de Rousseau en la filosofía de Kant es incuestionable» (1996: 126). También José Luis Villacañas ha remarcado que el impacto de la lectura de Rousseau «transformó la percepción de su trabajo filosófico y la dirección de sus intereses. La experiencia fue relatada por Kant de una manera inequívoca: Rousseau me abrió los ojos, dijo» (2010: XL).

¹⁸ Señala Victoria Camps que «la ley interior no es cualquier ley, no es arbitraria. Es la ley que manda según el principio supremo de la moralidad (...). Quiere decir esto que la libertad interior no autoriza a cada uno a hacer lo que quiere, sino *lo que debe*. A la persona moral no le está permitido degradarse y convertirse en cosa. Comportarse dignamente es atenerse a los principios de la libertad interior o de la moralidad, haciendo que éstos se impongan a los deseos» (1989: 417).

¹⁹ Solo puede constituir un *deber* para mí, en el sentido fuerte kantiano, la felicidad de los otros, no la propia: «Cuando se trata de la felicidad, de aquella que debe ser para mí un deber fomentar como un fin mío, entonces tiene que ser la felicidad de otros hombres, cuyo fin (permitido) hago yo con ello también mío». Y remacha Kant claramente: «lo que constituye mi fin y a la vez mi deber no es mi felicidad, sino mantener la integridad de mi moralidad» (2005: 240; Ak. vi: 388).

pecaminosidad que la religión atribuye a los deseos humanos» (2013: 251). También Esperanza Guisán era tajante al afirmar que «Kant no supo comprender el valor de la felicidad personal» y su ética es «un atentado contra la felicidad del ser humano» (1999: 253). Para Rodríguez Aramayo, este rechazo del eudemonismo sería otro dato que acercaría a Kant a Rousseau, pues ambos autores «entienden que los principios éticos no persiguen directamente la felicidad propia del eudemonismo, sino más bien el sosiego interior de hallarse contento con uno mismo» (2006: 40).

A lo que nos está compeliendo Kant es a limitar la búsqueda de mi felicidad para respetar el proyecto de felicidad del otro y el mío propio. Pero esta limitación no puede suponer «un sacrificio que impusiera de todo punto la ruina de mi proyecto de felicidad porque sería contradictorio con el imperativo de voluntad racional, pues no sería universalizable. Pero una definición unilateral del proyecto de felicidad del otro, sería un paternalismo inaceptable» (Villacañas, 1992: 382). El antieudemonismo kantiano «acaba por evocar nostálgicamente la felicidad, como si de un viajo amor se tratase, ya que, finalmente, la moralidad será definida por Kant como un *hacerse digno de ser feliz*» (Rodríguez Aramayo, 2001: 38).

En todo caso, conviene incidir, salvadas las dificultades de su configuración, en que la felicidad postulada por Kant, con todos los matices que se quiera añadir, es individualista y alcanzarla requiere que nos dejen solos, *libres*, pero con la adecuada garantía y protección de que podemos ser felices a nuestra propia manera, sin injerencias: «nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)» (2010: 274; Ak. viii: 290). Frente a ello, un gobierno que se constituyera al modo de un padre para con sus hijos, esto es, «un *gobierno paternalista (imperium paternale)*, en el que los súbditos -como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable» (2010: 274-275; Ak. viii: 291).

Entre los fines del Estado no contamos el de hacer felices a sus ciudadanos; la felicidad es algo que «el Estado no realiza, sino que hace posible tan sólo, al mantener con el Derecho las esferas inviolables del obrar individual» (González Vicén, 1984: 87). El cometido del Estado «no es conseguirnos por la fuerza la felicidad», su deber no es intervenir señalando «lo que, según su parecer, conduce mejor a la felicidad individual o colectiva, sino exclusivamente cuidar de que cada ciudadano pueda desarrollar su actividad libremente dentro de los límites señalados por el Derecho, y sin que nadie pueda perturbar la esfera garantizada por el orden jurídico» (González Vicén, 1984: 88). La felicidad no debe erigirse en meta de la legislación, pues cada persona puede concebirla de forma distinta y «sólo la moralidad puede asegurar en la praxis humana la compatibilidad entre los múltiples planes y modos individuales de ser feliz» (Hernández, 2010: 68 y 69).

La concepción que se desprende de esta tesis es la de «un concepto de Derecho de Kant que se refiere a las acciones externas y no, como su concepto de la moral, a la actitud interna» (Bloch, 2011: 153). Al Derecho²⁰ sólo se le reserva su

²⁰ Recordemos que el principio universal del Derecho propugnado por Kant hace que sea justa toda acción cuando «permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una

condición de regulador de la coexistencia de las libertades individuales, y al Estado su papel de garante en dicha regulación exigiéndole su no injerencia en el libre desarrollo de aquellas libertades. El postulado de la autonomía se convierte así en un postulado dirigido al hombre en su ser concreto y que, por tanto, sólo él, en su individualidad, tiene que cumplir; y «al Derecho le incumbe exclusivamente establecer aquellas condiciones que posibilitan y aseguran el cumplimiento de aquel imperativo en el mundo de las relaciones sociales» (González Vicén, 1984: 56). Ya que nuestro interés benevolente por la felicidad de otros nos llevará a ignorar o menospreciar la exigencia básica de su consideración como sujetos libres en la determinación de sus fines y, así, de su propia concepción de la felicidad:

«Quien sólo puede ser feliz por decisión de otro (sea éste todo lo benévolos que se quiera), siéntese con razón infeliz. Pues ¿qué garantía tiene de que su poderoso prójimo coincidirá en el juicio sobre la felicidad con el suyo propio?» (1990; Ak. vii: 268).

En las *Lecciones sobre la ética* retoma Kant con fuerza esta misma denuncia: «por eso nadie puede hacerme feliz contra mi voluntad sin cometer injusticia para conmigo. Una forma de coaccionar a otro es imponerle el modo en que ha de ser feliz; tal es el subterfugio de la nobleza frente a sus súbditos» (1988: 90; Ak. xxvii: 281).

Porque el Derecho no tiene como fin «asegurar el cumplimiento del principio de autonomía en la convivencia; sino sólo hacerlo posible; no cuidar de su realización por el hombre, sino establecer un marco general, dentro del cual pueda ser cumplido ese cometido esencialmente individual» (González Vicén, 1984: 56). En idéntico sentido, para Cassirer, el Estado «no es la fuente de la felicidad y su sentido no consiste en reportar al hombre goces espirituales. Se trata más bien del marco en el que el hombre debe probar y comprobar su libertad» (2007: 211). Precisamente porque el Estado no impone un único modo de alcanzar la felicidad, el ciudadano tiene libertad para perseguirla a su manera. Una libertad de seguir su propia voluntad por los cauces que mejor le parezcan, quedando el Estado limitado solo a garantizar el poder transitar por cualquiera de ellos.

4. A modo de conclusión: la actualización de la idea kantiana de dignidad

Una de las últimas publicaciones del filósofo alemán Jürgen Habermas, que lleva por título *La Constitución de Europa*, contiene un primer capítulo titulado *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos*, que nos puede aportar algunas ideas valiosas sobre lo que aquí venimos discutiendo y es una prueba de la actualidad que sigue manteniendo la idea kantiana de dignidad.

Habermas se muestra partidario de sostener una noción de dignidad humana que entraña con el valor mismo de cada persona, que se posee por el mero hecho de serlo, un mínimo innegable por tener condición humana que impide su banalización. Esta no-superioridad entre iguales constituye el orden jurídico «que los ciudadanos de una comunidad política deben darse a sí mismos para poder

ley universal» (2010: 39; Ak. vi: 231). Para González Vicén, «dos son las ideas fundamentales que se encierran en este concepto del Derecho: la idea de una limitación de la “libertad” y la de que esta limitación debe tener lugar de acuerdo con una ley general». Y añade D. Felipe que el punto de partida en la reflexión jurídica kantiana es la «asocial sociabilidad del hombre»; la inclinación humana a vivir en sociedad, unida a la tendencia a obrar de tal modo que resulta imposible toda vida en común. Este conjunto de acciones contrapuestas y desvinculadas unas de otras es la materia sobre la cual se ejercita el Derecho como orden. O, para decirlo con palabras de Kant, el objeto del Derecho no son las relaciones del hombre consigo mismo, no del hombre con Dios, sino del hombre con los demás hombres» (1984: 48 y 49). Lo que también resaltó Cassirer cuando afirmaba que «es el antagonismo de las fuerzas lo que acarrea todos los sufrimientos para la humanidad y, por otra parte, ese juego de fuerzas es lo único que hace posible a la humanidad» (2007: 209).

respetarse unos a otros como miembros de una asociación de personas libres e iguales». Y afirma Habermas:

«Sólo la garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadanos que, en calidad de sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir que se los respete en su dignidad humana» (2012: 21).

El acomodo más perfecto que en un ordenamiento jurídico encuentra esa dignidad humana es su materialización en forma de Derechos Fundamentales, esto es, «derechos positivos, penables y subjetivos que garantizan al individuo espacios de libertad y pretensiones pacíficas» (2012: 22). De esta forma la dignidad humana se convierte en la puerta de acceso del contenido de la moral que es importado al Derecho. Los derechos morales innegables al hombre encuentran su moneda de cambio en el plano jurídico en la idea de dignidad humana que es, en definitiva, el puente de unión que ensambla la moral con el Derecho positivo, manifestado en la forma de Derechos Fundamentales así institucionalizados.

La dignidad humana que es raíz de los derechos humanos «se encuentra asociada con el estatus que los ciudadanos asumen en el orden político autoproducido» y, por lo tanto, protegible y desarrollada solo si se logra «fundar y mantener un orden político basado en los derechos humanos» (2012: 26).

Habermas subraya el origen histórico concreto de los derechos humanos, ya que estos protegen una dignidad humana derivada -precisamente- de un espacio-tiempo determinado: el del ciudadano del Estado democrático. Y si a esta situación ha sido posible llegar hoy es sin olvidar el origen beligerante -siempre tenso y traumático- que explica el carácter polémico y complejo de su evolución histórica. Han sido los momentos más sangrantes de vulneración de la dignidad humana los que han marcado, a su vez, los grandes hitos de su conquista y los mayores avances. Sólo desde la indignación que nos provocan los errores del pasado (y algunos de ellos aún mantenidos en el presente), es posible situar la dignidad humana en el lugar privilegiado que merece en nuestra convivencia y desde él irradiar su fuerza hasta el último resquicio de un orden jurídico y social.

Citemos otro ejemplo de la actualización del pensamiento de Kant que, partiendo de él, se acaba en cambio distanciando del filósofo de Königsberg. Y es que aunque sea capital para su propuesta política basada en el enfoque de las capacidades, la idea de dignidad sostenida por Marta C. Nussbaum se aparta en algunos puntos clave de la teoría kantiana. En su sentido de dignidad, la noción de respeto guarda una particular importancia. Su idea básica es que «ciertas condiciones de vida facilitan a las personas una vida que es merecedora de la dignidad humana que ellas poseen, mientras que otras condiciones no lo hacen». En estas últimas circunstancias, se producen situaciones de *vulnerabilidad*, donde la dignidad de la persona no desaparece, pero queda fuertemente deteriorada e inservible para poder hablar con propiedad de una vida *digna*. Su enfoque de las capacidades quiere precisamente centrarse «en la protección de ámbitos de libertad tan cruciales que su supresión hace que la vida no sea humanamente digna» (2012: 50 y 52)²¹.

Nussbaum nos hace ver y con razón que «ciertos modos de vida que muchos seres humanos están obligados a llevar no son plenamente humanos, pues no están a la altura de la dignidad propia del ser humano» (2012: 100). Esta idea intuitiva le

²¹ Fue María Caterina La Barbera quien me recomendó, en la discusión de la versión previa de este paper en el *V Workshop sobre Cultura de la Legalidad*, la pertinencia de incluir en esta Voz alguna alusión a la idea de dignidad de Nussbaum. Y a David García le agradezco muy especialmente sus atinadas referencias sobre el tema.

hace sostener que la protección de las diez *capacidades centrales*²² que ella propone sea «un requisito esencial para que una vida esté realmente dotada de dignidad humana» (2012: 101). Por debajo de ese umbral, las capacidades no estarían aseguradas y la dignidad del ser humano se encontraría seriamente menoscabada. Sólo la protección y el aseguramiento de la lista de las diez capacidades puede hacer que una vida merezca el calificativo de digna y que el sujeto que la vive sea respetado en su dignidad:

«El ‘enfoque de las capacidades’, como yo lo concibo, afirma que una vida que carece de cualquiera de estas capacidades, sin importar lo que de resto tenga, no llegará a ser una buena vida humana. Por lo tanto, sería razonable tomar estas cosas como un factor importante al evaluar la calidad de vida en un país y preguntar sobre el papel de las políticas públicas en la satisfacción de las necesidades humanas» (1998: 320).

Nussbaum parte de la consideración de que todos los seres humanos tienen un valor inherente e inalterable debido a estas capacidades. Pero estas capacidades son diez, y no una única al modo kantiano de ensalzar el razonamiento moral como lo distintivo del ser humano. Nussbaum pretende superar esta idea estoica y kantiana de que la dignidad del ser humano procede exclusivamente de su racionalidad o capacidad de juicio moral, pues ello supondría privar de dignidad a las personas en las que esta capacidad está mermada (discapacitados). Sería necesario eliminar la contraposición entre humanidad y animalidad que consagró la tradición estoico-kantiana, y reconocer que la racionalidad moral sólo es una capacidad más dentro del amplio espectro de capacidades distintivamente humanas²³.

Kant, según Nussbaum, habría quedado integrado «en una larga tradición que se remonta a los griegos y a los estoicos romanos, para quienes la personalidad se identifica con la razón (en especial con la capacidad para el juicio moral), concebida como un aspecto de los seres humanos que los separa claramente de los animales no humanos y de su propia animalidad» (2007: 141).

Frente a esta visión estoico-kantiana²⁴, basada en la racionalidad, en la capacidad para realizar juicios morales, Nussbaum propone un sentido de dignidad aristotélico-marxista, que no separe lo racional y lo animal, es decir, que no tome la racionalidad como la única actividad auténticamente humana, sino como una capacidad más del animal que es el ser humano. Un animal que se caracteriza por ser social y por tener necesidades, que de no verse satisfechas pueden colocar al individuo en situaciones de vulnerabilidad y dependencia pero que no le hacen perder su dignidad. Nussbaum no desecha por completo la tradición estoico-kantiana, de hecho considera que «la idea de la dignidad humana y de su valía ilimitada e igual para todas las personas es la aportación principal del estoicismo al enfoque de las capacidades» (2012: 156), pero se requiere una noción *ampliada* de dignidad:

«Necesitamos una noción ampliada de dignidad, ya que tendríamos que referirnos no sólo a unas vidas acordes con la dignidad humana, sino también a unas vidas que estén a la altura de la dignidad de una amplia variedad de criaturas sensibles. A diferencia de los enfoques kantianos ampliados, que entienden que todo deber de dispensación de buen trato a los

²² Recordamos cuáles son: vida; salud física; integridad física; sentido, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno. La lista explicada se puede consultar en Nussbaum (2012: 53-55).

²³ Para Nussbaum su “enfoque de las capacidades, en cambio, mantiene una concepción totalmente unificada de la racionalidad y la animalidad. Partiendo de la idea aristotélica del ser humano como una criatura *necesitada de una pluralidad de actividades vitales*, ve la racionalidad simplemente como un aspecto del animal y, por cierto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano” (2007: 167). También en Nussbaum (2008: 352).

²⁴ Ha estudiado este “trasfondo estoico del planteamiento kantiano” Rodríguez Aramayo (1989: 240).

animales deriva del deber de sostener nuestra propia animalidad humana, el enfoque de las capacidades considera que cada tipo de animal tiene una dignidad propia» (2012: 190).

Y esta dignidad *ampliada* no puede partir de la tradición kantiana que reconduce todas las capacidades a la única facultad distintivamente humana del razonamiento moral. Para abarcar una idea de dignidad que dé cuenta del resto de capacidades, que deben ser no sólo veneradas sino también garantizadas, debemos partir de lo que ella denomina como la *alternativa aristotélico-marxista*:

«Los seres humanos tienen un valor que es de hecho inalienable, debido a sus capacidades para diversas formas de actividad y esfuerzo. Sin embargo, estas capacidades dependen del mundo para su pleno desarrollo y para que funcionen realmente». De ahí que «la visión aristotélica vea las capacidades como dignas de respeto, pero aún no cumplidas, incompletas (...).

¿Qué quiero decir, entonces, al decir que una vida que no contiene oportunidades para el desarrollo y el ejercicio de las principales capacidades humanas no es una vida digna? Quiero decir que es como encarcelar o violar una cosa libre cuyo florecimiento (basado en las capacidades) consiste en formas de actividad y elección intencional (...).

Los estoicos están equivocados si piensan que el respeto requiere solo una actitud reverencial. Requiere más: requiere crear las condiciones en las que las capacidades pueden desarrollarse y desplegarse. El respeto por la dignidad humana no se consigue solo hablando de boquilla, significa crear las condiciones favorables para su desarrollo» (2008: 357-359).

No me resisto al menos a dejar constancia, señalándolo brevemente y para finalizar, de cómo entre nosotros el pensamiento kantiano en torno a la idea de dignidad también fue actualizado en un interesante debate entre Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés y Javier Muguerza²⁵. Ya en 1986 la propuesta, nada desfasada hoy, de este último de un *imperativo de la disidencia* (1986: 27-40) implicaba la posibilidad de decir “no” a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad. Y en un importante trabajo, dos años posterior, titulado *La alternativa del disenso*, que constituía la conferencia inaugural de la primera *Tanner Lecture* organizada en España por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, insistía Muguerza en que el imperativo kantiano «reviste de algún modo un carácter negativo, dado que -bajo su apariencia de oración gramaticalmente afirmativa- no nos dice en rigor “lo que” debemos hacer, sino más bien lo que “no debemos”, a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental» (1989: 46)²⁶.

Todo ello bien merecería un estudio aparte que aquí solo puedo dejar apuntado. Valgan estas referencias -cuya simplicidad no hace justicia al importante

²⁵ Sobre ello puede leerse Muguerza (1998). Se ha referido últimamente al debate Díaz (2016: 302).

²⁶ Es en esta disertación donde Muguerza esboza lo que luego constituirá la posición filosófica que siguió desarrollando y consolidando y que le identifica como “el filósofo del disenso”. De ello se da rendida cuenta, tanto de la polémica que suscitó su postura como del posterior estudio en torno a la idea del disenso, en el homenaje de *Isogoría* por su 80 cumpleaños, *Diálogos con Javier Muguerza*, op. cit.; en especial en el capítulo IV llamado “El bajo continuo del disenso”. Ahí el profesor Eusebio Fernández (2016: 281-296) conecta la actitud transgresora de Antígona con la teoría del imperativo de la disidencia desarrollada por Javier Muguerza. En la misma obra Victoria Camps escribe que “no es la primera fórmula del imperativo categórico kantiano, la de la universalidad, sino la segunda, la de la dignidad humana, la que le inspira a Muguerza lo que acabará llamando ‘imperativo de la disidencia’ (...). Es una ‘fundamentación negativa’, hecha desde el disenso en lugar de procurar el consenso. Es a través de la capacidad de decir no que los hombres y mujeres han ido conquistando los derechos fundamentales (...). Ha sido el insistente decir que no a una vida sin dignidad lo que ha ido dotando de contenido a los derechos de la libertad y la igualdad”. Para Muguerza, reconstruye Camps, “si algún fundamento tiene la ética es la propia autonomía del sujeto, no tanto para elaborar sus propias normas, como para oponerse a las vigentes”. Al fin y al cabo “es más fácil determinar qué contradice los valores de dignidad, igualdad y libertad que determinar qué habría que hacer o cómo debería ser el mundo para que esos valores se reflejaran en él. Es más fácil determinar lo que no se debe hacer, desde el punto de vista moral, que lo que se debe hacer” (2016: 266, 268, 271 y 272).

trasfondo que contienen- como muestra de la pervivencia en la actualidad del pensamiento de Kant en torno a la idea de dignidad.

Bibliografía

- ALEXY R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BALLESTEROS J. (1986), *El sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid.
- BLOCH E. (2011), *Derecho Natural y Dignidad Humana*, ed., estud. prelim. y notas de Francisco Serra, trad. del alemán de Felipe González Vicén, Dykinson, Madrid.
- CALSAMIGLIA A. (1989), "Sobre el principio de igualdad". En: *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Madrid, Debate, pp. 97-110.
- CAMPS V. (1989), "La dignidad según Kant". En: *Historia, Lenguaje, Sociedad. Homenaje a Emilio Lledó*, Manuel Cruz, Miguel Á. Granada y Anna Papiol (eds.), Barcelona, Crítica, pp. 416-423.
- CAMPS V. (2013), *Breve historia de la ética*, cap. 12: Kant. La autonomía moral, RBA, Madrid, pp. 226-251.
- CAMPS V. (2016), "El sujeto que dice no". En: *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), Madrid, CSIC, pp. 263-272.
- CASSIRER E. (2007), "Kant y Rousseau". En: *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del Siglo de las Luces*, ed. de Roberto R. Aramayo y trad. de Roberto R. Aramayo y Salvador Mas, México, colección de Breviarios del Fondo de Cultura Económica, pp. 157-232.
- COLOMER MARTÍN-CALERO J.L. (1995), *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- COLOMER MARTÍN-CALERO J.L. (2002), "Immanuel Kant", en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), tomo 3, cap. 4, Alianza Editorial, Madrid, pp. 227-298.
- CORTINA A. (1999), "El comunitarismo universalista de la filosofía kantiana". En: *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Cordón (coord.), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 241-252.
- CHUECA R. (2015), "La marginalidad jurídica de la dignidad humana". En: *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 25-52.
- DÍAZ E. (2016), "Concordia discorde y legitimidad democrática". En: *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), Madrid, CSIC, pp. 299-322.
- DWORKIN R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN R. (2014), *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons (y revisión de Gustavo Maurino), Fondo de Cultura Económica, México.
- ELVIRA A. (2015), "La dignidad humana en el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos". En: *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 197-234.
- FERNÁNDEZ GARCÍA E. (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid.
- FERNÁNDEZ GARCÍA E. (1990), *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid.
- FERNÁNDEZ GARCÍA E. (2001), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ GARCÍA E. (2007), "Los valores éticos y la Educación para la Ciudadanía". En: *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Gregorio

- Peces Barba (ed.), Madrid, Espasa Calpe, pp. 123-154.
- FERNÁNDEZ E. (2016), "El imperativo de la disidencia y Antígona (¿reaccionario o revolucionaria?)". En: *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), Madrid, CSIC, pp. 281-296.
- GARCÍA SAN MIGUEL L. (coord.) (1995), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid.
- GARRIDO M. (2005a), "Puntos vulnerables del proyecto ético de Kant". En: KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, con los comentarios de H.J. Paton, ed. de Manuel Garrido, trad. del texto de Kant de Manuel García Morente y del texto de Paton de Carmen García Trevijano, Madrid, Tecnos, pp. 187-210.
- (2005), "Una ética de la libertad". En: KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, con los comentarios de H.J. Paton, ed. de Manuel Garrido, trad. del texto de Kant de Manuel García Morente y del texto de Paton de Carmen García Trevijano, Madrid, Tecnos, pp. 13-58.
- GONZÁLEZ PÉREZ J. (1986), *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid.
- GONZÁLEZ VICÉN F. (1984), "La filosofía del Estado en Kant". En: *De Kant a Marx. Estudios de Historia de las Ideas* Valencia, Fernando Torres editor, pp. 11-97.
- GUISÁN E. (1999), "Kant contra la felicidad personal". En: *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Cordón (coord.), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 253-264.
- HABERMAS J. (2012), "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *La constitución de Europa*, trad. de Javier Aguirre Román, Eduardo Mendieta y María Herrera, Trotta, Madrid.
- HERNÁNEZ M. (2010), *Immanuel Kant, la moral y la estética de la razón*, estudio introductorio a KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto R. Aramayo, Gredos, Madrid.
- HOERSTER N. (2000), *En defensa del positivismo jurídico*, capítulo "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona.
- KANT I. (1988), *Lecciones sobre la ética*, introd. y notas de Roberto R. Aramayo, trad. de Roberto R. Aramayo y Concha Roldán, Crítica (Grijalbo), Barcelona.
- KANT I. (1990), *Antropología práctica*, ed. Roberto R. Aramayo, Tecnos, Madrid.
- KANT I. (2005), *La Metafísica de las Costumbres*, estud. prelim. de Adela Cortina Orts y trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid.
- KANT I. (2010), *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, trad. de Roberto Rodríguez Aramayo y estudio introductorio de Maximiliano Hernández, Gredos, Madrid.
- KANT I. (2010), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid.
- LARENZ K. (1985), *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. y presentación de Luís Díez Picazo, Cívitas, Madrid.
- LLAMAS CASCÓN A. (1993), *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- MEYER M.J. (2004), "Dignidad". En: *Diccionario de Filosofía*, Robert Audi (ed.), trad. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Akal, Madrid.
- MUGUERZA J. (1986), "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)", en *Sistema*, núm. 70, pp. 27-40.
- MUGUERZA J. (1989), "La alternativa del disenso. En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos". En: *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Madrid, Debate, pp. 20-56.
- MUGUERZA J. (1998), *Ética, disenso y derechos humanos, en conversación con*

- Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Argés.
- MUGUERZA J. (2007), "Del Renacimiento a la Ilustración: Kant y la ética de la Modernidad". En: *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Carlos Gómez y Javier Muguerza (eds.), Madrid, Alianza Editorial, pp. 80-130.
- NUSSBAUM M.C. (1998), "The Good as Discipline, the Good as Freedom". En: *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, David A. Crocker y Toby Linden (eds.), Lanham, Rowman and Littlefield, pp. 312-341.
- NUSSBAUM M.C. (2007), *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona.
- NUSSBAUM M.C. (2008), "Human Dignity and Political Entitlements". En: *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Adam Schulman (ed.), Washington, President's Council on Bioethics, pp. 351-380.
- NUSSBAUM M.C. (2012), *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona.
- PANEA MÁRQUEZ J.M. (2005), "La imprescindible dignidad". En: *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.), Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 17-28.
- PAPACCHINI A. (1997), *Filosofía y Derechos Humanos*, capítulo noveno: "El modelo kantiano", Programa Editorial Universidad del Valle, Cali.
- PAREJO ALFONSO L. (1990), *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- PATON H.J. (2005), *Comentarios a la Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, en KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, con los comentarios de H.J. Paton, ed. de Manuel Garrido, trad. del texto de Kant de Manuel García Morente y del texto de Paton de Carmen García Trevijano, Tecnos, Madrid.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. (1984), *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. (2010), *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ DE OLIVA F. (1967), *Diálogo de la dignidad del hombre*, estud. prelim. de José Luís Abellán, Ediciones Cultura Popular, Barcelona.
- PÉREZ TRIVIÑO J.L. (2007), *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, México.
- PÉREZ-LUÑO A.E. (1984), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ-LUÑO A.E. (1989), "Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos". En: *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Madrid, Debate, pp. 279-288.
- PÉREZ-LUÑO A.E. (2001), "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos". En: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig (eds.), Tomo II: Siglo XVIII, vol. II: La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, pp. 451-483.
- PICO DE LA MIRÁNDOLA G. (1984), *De la dignidad del hombre*, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno, ed. preparada por Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid.
- PRESNO LINERA M.A. (2015), "Dignidad Humana y libre desarrollo de la personalidad". En: *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 361-393.
- PRIETO SANCHÍS L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RAWLS J. (2007), *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona.

- RILEY S. (2010), "Human dignity: comparative and conceptual debates". En: *International Journal of Law in Context*, núm. 6 (02), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 117-138.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO R. (1989), "El auténtico sujeto moral de la filosofía kantiana de la historia", en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, pp. 234-243.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO R. (2001), *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, Edaf, Madrid.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO R. (2006), "Carta preliminar en torno a la correspondencia de Rousseau y su apuesta 'kantiana' por una primacía moral", en ROUSSEAU J.J., *Cartas morales y otra correspondencia filosófica*, Roberto R. Aramayo (ed.), Plaza y Valdés, Madrid, pp. 17-54.
- RODRIGUEZ PANIAGUA J.M. (1988), *Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*, capítulo "El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos", Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- ROLDÁN C. (1996), "Los Prolegómenos del proyecto kantiano sobre la paz perpetua". En: *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Madrid, Tecnos, pp. 125-154.
- RUBIO CARRACEDO J. (1987), "El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant". En: *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Barcelona, Anthropos, pp. 29-74.
- RUBIO CARRACEDO J. (1989), "Rousseau en Kant". En: *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Madrid, Tecnos, pp. 349-368.
- RUIZ-GIMÉNEZ J. (1984), "Comentario al artículo 10". En: *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villaamil (dir.), Constitución española de 1978, tomo II, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 45-155.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ S. (1984), "Comentario introductorio al Título Primero". En: *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villaamil (dir.), Constitución española de 1978, tomo II, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 19-44.
- SCHULTZ U. (1971), *Kant*, trad. de Francisco Payarols Casas, Labor, Barcelona.
- VILLACAÑAS J.L. (1992), "Kant". En: *Historia de la Ética*, vol. 2: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Barcelona, Crítica, pp. 315-404.
- VILLACAÑAS J.L. (2010), "Immanuel Kant, las posibilidades de la razón", *Estudio Introductorio a Kant*, Gredos, Madrid.
- WALDRON J. (2013), "Is Dignity the Foundation of Human Rights?" En: *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 374.
- WELZEL H. (2011), *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, cap. IV: el idealismo alemán (Kant y Hegel), BdeF, Buenos Aires.

Objeción de conciencia*

Conscientious Objection

Rosana Triviño Caballero

LIFE (*Laboratorio de Intervención e Investigación Filosófica y Ética*)

rosana.trivino@liife.org

Recibido / received: 28/04/2018

Aceptado / accepted: 07/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4348>

Resumen

La objeción de conciencia constituye un recurso mediante el que se pretende resolver la tensión entre el deber jurídico y el moral. Su caracterización en el seno de las sociedades democráticas está llena de matices y de contenidos no siempre compatibles entre sí, que va desde el reconocimiento explícito de la objeción como derecho a su consideración como una excepción condicionada para el cumplimiento de la norma. En función de la correspondiente noción de partida, será posible establecer las potenciales ventajas e inconvenientes que ofrece su regulación. Estos aspectos son los ejes centrales de los debates sobre la objeción de conciencia, que en la actualidad se vincula fundamentalmente al conflicto entre deberes profesionales y convicciones personales.

Palabras clave

Objeción de conciencia, deber jurídico, deber moral, deber profesional, pluralismo, regulación de la objeción.

Abstract

Conscientious objection is an instrument to solve the conflict between legal and moral duties. In democratic societies, it is easy to find different features and nuances to define it which are not always compatible among them (i.e. conscientious objection as a legal right vs. objection as a conditioned exemption to the law accomplishment). Depending on the guiding notion, the potential advantages and disadvantages arisen from conscientious objection regulation can be identified. These aspects are the central points which articulate conscientious objection issues, which currently are mainly related to conflicts between professional duties and personal beliefs.

Keywords

Conscientious objection, legal duty, moral duty, professional duty, pluralism, conscientious objection regulation.

SUMARIO. 1. Contextualización de la objeción de conciencia. 2. Definición y tipos de objeción de conciencia. 3. ¿Objeción u objeciones de conciencia? 4. Regulación de la objeción de conciencia: conveniencia y limitaciones.

* Este trabajo se realiza en el marcos de los proyectos de investigación KONTUZ! “Responsabilidad causal de la comisión por omisión” (MINECO FFI2014-53926-R) y NEW TRUST-CM “Programa interuniversitario en cultura de la legalidad” (CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, COMUNIDAD DE MADRID S2015/HUM-3466).

1. Contextualización de la objeción de conciencia

Desde la antigüedad clásica hasta el momento actual la tensión entre sociedad e individuo, ley y moral, se encuentra en el origen del pensamiento filosófico y jurídico a lo largo de la historia. No obstante, la figura de la objeción de conciencia tal y como se conoce hoy es relativamente moderna, en la medida en la que se contextualiza en un espacio político-social que permite trasladar a la sociedad y a los poderes públicos lo que en momentos anteriores era solo un conflicto individual. Así, la protección de los derechos individuales y la limitación del poder político propias de las sociedades democráticas posibilitan el cuestionamiento de la ley por motivos de conciencia. Por tanto, en su sentido contemporáneo la objeción de conciencia es un fenómeno derivado del reconocimiento del pluralismo y dirigido a respetar a aquellas personas que disienten de los criterios mayoritarios consagrados por las leyes.

Aunque se trata de un concepto generalmente vinculado al servicio militar y a la participación en la guerra, la primera vez que puede constatarse el uso de la expresión “objeto de conciencia” fue en la *British Vaccination Act* de 1898, que establecía una cláusula de conciencia para permitir exenciones a la vacunación obligatoria de la viruela (CPP, 2013). A partir de ahí, el concepto de objeto de conciencia fue aplicado al ámbito militar, con éxito notable durante las guerras mundiales debido al rechazo de algunos grupos protestantes a alistarse en el ejército y participar en la contienda (Brock, 2006).

A medida que fue consiguiendo sus objetivos allí donde se producía, la objeción de conciencia al servicio militar se fue debilitando hasta su desaparición en la mayoría de los países occidentales. A cambio, cobró fuerza en el ámbito sanitario, especialmente vinculada a la legalización del aborto en un gran número de países a finales de los sesenta y principios de los setenta. En Estados Unidos e Inglaterra, por ejemplo, la liberalización del aborto fue inmediatamente acompañada de sendas cláusulas que garantizaban el ejercicio de la objeción de conciencia para aquellos profesionales que se opusieran a la interrupción de la gestación (Fernandez Lynch, 2008: 19-20).

Además de la cuestión central del aborto, otras prácticas, como la esterilización, la divergencia de criterios en los tratamientos aplicados en el final de la vida, la dispensación de tratamientos anticonceptivos, las técnicas de reproducción asistida o la experimentación con células madre se han ido sumando como nuevos supuestos para la objeción de conciencia en el contexto sanitario. Fuera de este contexto, pueden encontrarse situaciones como la objeción de los bomberos a prestar sus servicios en desahucios inmobiliarios o en relación con el cargamento de material bélico y el rechazo de algunos funcionarios a celebrar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Adicionalmente, surgen escenarios en los que la objeción se vincula a intervenciones que no son contempladas como reivindicaciones de conciencia por su carácter *activo*, frente al modo *omisivo* habitual. Ejemplo de este tipo de objeción *sui generis* es la oposición de los médicos a la restricción del acceso a la salud de las personas migrantes a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto 16/2012 (Triviño, 2014: 121-125).

2. Definición y tipos de objeción de conciencia

La objeción de conciencia ha sido comúnmente concebida como “el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivado, que tan solo procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto, pero que en modo alguno supone un empeño de que los demás se

adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del objector" (Gascón, 1990: 217).

En el sentido clásico, solo se puede hablar de objeción de conciencia cuando el comportamiento de acuerdo con las propias convicciones colisiona con una norma jurídica cuyo incumplimiento conlleva una sanción legal de tipo penal o administrativo (objeción de conciencia *contra legem*). Así, la objeción resulta ser una manifestación extrema de la libertad de conciencia: la persona está dispuesta a enfrentarse a la norma que le impide actuar en conciencia a pesar de las consecuencias que se deriven de ese comportamiento (Castro Jover, 1998: 137).

En sentido impropio, se consideran también como objeción de conciencia aquellos supuestos que implican comportamientos que ordinariamente serían objeto de sanción, pero que de manera excepcional la ley ampara (objeción de conciencia *secundum legem*). Tal sería el caso de la cláusula de conciencia establecida en la Ley española de Salud Sexual y Reproductiva de 2010; en ella se regulan los supuestos admitidos para la interrupción de la gestación que han de estar cubiertos por el sistema sanitario, al tiempo que se contempla el derecho a objetar de los profesionales para quienes esta provisión suponga contravenir sus convicciones.

Esta modalidad *secundum legem* ha dado lugar a dos interpretaciones posibles de la objeción, bien como *derecho de opción*, bien como *derecho de excepción*. Así, Adoración Castro Jover ha defendido que "en estos casos, más que ante una verdadera objeción de conciencia estamos ante una modalidad de ejercicio del derecho de libertad que permite al sujeto, con el fin de salvaguardar su conciencia, optar por una forma distinta de cumplimiento del deber (...)" (1998: 138). Este planteamiento implica que o bien el deber ante el que surge no es tal –y, en ese caso, no cabría la objeción–, o se está reconociendo un derecho de desobediencia a la norma, puesto que se deja en la voluntad de sus destinatarios la decisión de realizar o no la conducta debida.

De acuerdo con la segunda interpretación, la objeción de conciencia no se contempla como una alternativa legítima, universal y de acceso automático, sino como un recurso excepcional; el individuo no tiene la opción de elegir entre dos cursos de acción posibles. El deber jurídico es el que se propone como opción primaria y, en el supuesto de que tal opción contravenga las propias convicciones, se abre la posibilidad de una alternativa. El legislador presupone que el deber jurídico establecido en la norma puede entrar en conflicto con la conciencia de algunas personas, de ahí que plantee las condiciones para eludir su cumplimiento, pero no su libre desobediencia (Ruiz Miguel, 1987). Así, lo que se produce es un (re)conocimiento de la realidad, de un hecho que tiene altas probabilidades de producirse.

Junto a las objeciones *contra legem* y *secundum legem*, se había establecido también la *opción de conciencia*. A través de ella, se les ofrecía a los individuos alternativas para el cumplimiento de un deber cívico que fueran acordes con sus convicciones. Con el tiempo, estas opciones de conciencia han acabado equiparándose a las formas de prestación habituales. Este es el caso de la elección entre juramento y promesa en la toma de posesión de los cargos públicos, por ejemplo (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 30).

3. ¿Objeciones u objeción de conciencia?

La variabilidad y frecuencia con la que acontecen los conflictos asociados a la conciencia han dado lugar a un uso extensivo de la figura de la objeción que no

siempre se ajusta a su concepción ortodoxa. Por ello, hay autores que proponen hablar de *objeciones de conciencia*, con el fin de incluir todos los supuestos en los que la persona siente lesionada su libertad de conciencia (Navarro-Valls, 1993; Cebriá, 2005). Esta propuesta de extensión implica establecer como criterio de inclusión en el concepto de objeción de conciencia la apelación a las propias convicciones, independientemente de la relación que el hecho en cuestión establezca con la norma (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 201: 31). En ese sentido, quedarían equiparados los casos de objeción de conciencia en sentido clásico, los casos *secundum legem* y aquellos otros en los que la persona aspira a un cambio legislativo con su comportamiento, que habitualmente han sido considerados casos de desobediencia civil.

Los defensores de una noción amplia de objeción de conciencia entienden que aferrarse a su concepción tradicional constituye una respuesta reaccionaria al devenir histórico de la idea de objeción. En sus orígenes, la objeción surgió como un desafío a ciertas demandas que los estados occidentales modernos imponían a sus ciudadanos. El estado tenía dos opciones: castigar al objetor o concederle una exención individual. En tal situación, la objeción de conciencia ofrecía una válvula de escape capaz de proporcionar estabilidad al poder y, al mismo tiempo, preservar las creencias religiosas minoritarias (Cohen, 1968).

Progresivamente, el pluralismo ideológico, de un lado, y el interés legislativo por regular las nuevas formas de interacción humanas, de otro, han conducido, según la perspectiva de objeción ampliada, a la necesidad de admitir una mayor variedad de objeciones de conciencia (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 23-28). Según este punto de vista, frente al establecimiento de la ley como referente para la concepción común de justicia, aparecen otros órdenes normativos que merecen igual o mayor reconocimiento que el propio derecho; a diferencia de la obligación jurídica, la obligación moral aparece como absoluta e imperativa, en la medida en la que es la que determina la posibilidad de vivir en paz consigo mismo, sin culpa, vergüenza o remordimiento (Broad, 1940).

De acuerdo con esta interpretación, la proliferación de distintas formas de objeción constituye un claro indicador de que el orden jurídico contemporáneo debería fundarse más sobre valores que sobre normas. Esta pluralidad de manifestaciones ha ido enriqueciendo el fundamento de las reivindicaciones, transformando la figura del objetor “de *custodio de la verdad*, en su sentido atemporal y objetivo, (...) a *creador de una verdad futura*, histórica y subjetiva” (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 27). Esta lectura favorable a la multiplicación de los fenómenos de objeción considera que estos deben protegidos mediante el reconocimiento del carácter dinámico de la ley positiva. La objeción se presenta así como una exención individual necesaria que no rivaliza necesariamente con la autoridad institucional. Desde esta perspectiva, se propone *normalizar* la tensión lógica entre la ley y la conciencia de la sociedad contemporánea.

Tal acepción de la *objeción* como *objeciones* de conciencia pretende responder a la sofisticación de la comunidad política y se postula como una solución apropiada para abordar la complejidad humana, que previene de la validez absoluta del todo o nada implícito en la generalidad de las leyes (Cohen, 1968: 269, 278). Así, la objeción se presenta como un indicador del reconocimiento de los desacuerdos morales en el seno de una comunidad política. En síntesis, podría decirse que la acomodación de las objeciones es la traslación del reconocimiento del pluralismo moral y de la falibilidad de la ley, sometida a revisión constante para adaptarse a las nuevas circunstancias, eliminar injusticias y corregir imprecisiones y descuidos.

Frente a esta posición propulsora de las objeciones de conciencia en su sentido plural, hay quienes consideran que la objeción de conciencia debería seguir siendo una figura limitada y de último recurso, en la medida en la que supone una vulneración de los principios democráticos (Ruiz Miguel, 1996: 15; Díez-Picazo, 2005: 256-257; Llamazares, 2007: 362 y ss.). Desde esta perspectiva, plantear la objeción como respuesta normalizada resulta inquietante por el posible surgimiento de una conciencia totalizadora. Sin negar su potencial positivo para la acomodación de la diversidad moral, hay cierto temor a que su multiplicación se convierta en un factor de ruptura y de deterioro de las instituciones que facilitan la convivencia colectiva. Aceptar la objeción como un mecanismo de elección ante la complejidad moral del mundo actual implica reconocer el fallo sistémico de los mecanismos democráticos para manejar dicha complejidad. En última instancia, la objeción de conciencia daría lugar a que el problema de la democracia no fuera tanto “*la prepotencia del poder como su impotencia*” (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 27).

La individualización de las distintas manifestaciones de la objeción de conciencia implica que cada una de esas expresiones se considera un fenómeno esencialmente distinto del resto, de ahí la propuesta de un enunciado plural –*objeciones*– frente al tradicional singular –*objeción*–. Semejante proceso de subjetivación niega la posibilidad de que pueda producirse una regulación genérica de la objeción. Sin embargo, la variedad e infinitud de los conflictos de conciencia no significa necesariamente que sea imposible establecer un tratamiento normativo de la figura en términos generales, con los criterios necesarios para diferenciar los casos que requieran un tratamiento distinto (Ruiz Miguel, 1996: 401).

Adicionalmente, la unificación de todos los conflictos de conciencia bajo el paraguas de las *objeciones* tiene otras consecuencias que resultan poco deseables. En primer lugar, invita a la juridificación de una gran cantidad de problemas éticos que quizás pudieran ser tratados y resueltos en otros espacios –comités de ética, organizaciones profesionales o en la misma esfera política–. Dado su carácter excepcional, el reconocimiento de la objeción es el resultado de un curso de acción extremo, en el que se aspira a la prevalencia de la conciencia de una de las partes implicadas frente a los intereses y convicciones del resto. Buena muestra de ello dan aquellos lugares en los que se ha producido una mayor expansión de las cláusulas de objeción, como es el caso de Estados Unidos (Stephens, 2017: 100-103).

Por otra parte, el tratamiento inflacionario de la objeción puede generar la inclusión de conflictos que pueden no resultar propiamente de *conciencia*, así como la posibilidad de exclusión de otros que podrían ser tratados como tales. Más de un tercio de las cláusulas de protección de la conciencia estadounidenses o bien no determinan los fundamentos sobre los que se puede optar a la objeción, o bien lo hacen de forma tan amplia y ambigua que cualquier motivo banal podría servir como justificación para oponerse a realizar una prestación (Stephens, 2017: 98-103; Swartz, 2006: 293).

Relacionado con lo anterior, el uso recurrente de la objeción de conciencia puede implicar la devaluación de cualquier otra responsabilidad, dada la dificultad de evaluar externamente los contenidos de las convicciones que la motivan sin injerencias reprobables. El recurso a una figura que pretende proteger algo conceptualmente tan resbaladizo como la conciencia eclipsa la posibilidad de identificar qué otros elementos pueden estar participando en un determinado posicionamiento ético, cuyo abordaje tal vez resultaría más conciliador y eficaz (Triviño, 2014: 300-325) Así, una concepción de la conciencia más relacional y menos individualista podría ofrecer un espacio dialógico que generara una clara toma de

conciencia de las propias posiciones y un deber de escucha encaminados a resolver la tensión entre legalidad y legitimidad (García Ruiz, 2018; Triviño, 2014: 320-325).

En síntesis, es posible concluir que tanto los casos reconocidos por la norma –*secundum legem*– como los que no lo están –*contra legem*– pueden ser considerados teóricamente como objeción de conciencia, lo cual evidentemente no significa que, *de facto*, haya que admitirlos de forma incondicional. Tampoco que aquellos no previstos por la norma hayan de ser denegados por defecto, puesto que pueden producirse comportamientos que cabría identificar como objeción¹ (Capodiferro, 2013: 48; Triviño, 2014: 99-127).

Junto a las posiciones anteriores, puede identificarse otra contraria a que exista un derecho a la objeción de conciencia vinculado a determinadas prácticas profesionales, especialmente aquellas que se producen en el ámbito sanitario. Así, autores como Savulescu (2006), Giubilini (2017) y Minerva (2015) consideran que existen obligaciones profesionales, basadas en criterios científicos, éticos y legales, cuyo valor es superior al que pueda tener la conciencia. Sin negar la existencia de conflictos morales, desde esta perspectiva se defiende que las personas tienen la libertad de elegir sus profesiones y áreas de especialización, de modo que es posible evitar aquellas que puedan entrar en contradicción con sus convicciones. Cuando ello no ocurre, se producen situaciones que dificultan e incluso impiden el acceso a prestaciones socialmente aceptadas y garantizadas por ley, como es el caso del aborto en determinadas regiones (Minerva, 2015; de Zordo, 2015, 2016).

4. La regulación de la objeción de conciencia: conveniencia y limitaciones

La complejidad que plantea la objeción de conciencia ha provocado que se acuda a la norma legal en busca de solución. Sin embargo, la producción legislativa al respecto ha sido escasa. Si bien la libertad ideológica y religiosa se ha recogido en numerosas constituciones y declaraciones de derechos, la objeción de conciencia ha sido regulada en términos genéricos con una frecuencia bastante menor, lo cual no equivale a que su reconocimiento haya sido débil (Altisent, Rubio y Buil, 2011: 367). Esta limitación normativa contrasta, por ejemplo, con la abundancia de cláusulas que la contemplan ante la interrupción voluntaria del embarazo en casi todas las legislaciones que han despenalizado dicha práctica.

Más allá de importantes matices, las posiciones doctrinales se sitúan entre quienes defienden la objeción de conciencia como un derecho básico y universal, no como una concesión excepcional, y quienes descartan su existencia como tal salvo en los casos establecidos por la ley. Para un sector, el reconocimiento de la objeción de conciencia a través de un sistema fijo, capaz de prever todos los casos posibles, resulta una alternativa inviable e indeseable (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 36-41). En la medida en la que la regulación de un derecho a la objeción difícilmente será capaz de recoger la totalidad de los casos y sus circunstancias, quedarían fuera aquellos otros supuestos que no estuvieran contemplados en ella y, consecuentemente, se dejaría sin protección a las personas implicadas. Desde este punto de vista, se considera que la regulación de la objeción forma parte de una tendencia a la hiperjuridificación, que persigue estandarizar todos los sectores de la existencia humana, incluso aquellos que no son tipificables (Macioce, 2011). Este exceso de intervención legisladora implica una falta de reconocimiento de la normatividad interna y natural, con la consiguiente necesidad de reivindicar una

¹ En relación con este punto, resulta de interés el debate clásico sobre la distinción entre desobediencia civil y objeción de conciencia que no puede ser abordado aquí por cuestión de espacio.

anomía de la vida privada, mientras se produce al mismo tiempo una expansión de la normatividad externa.

Para los defensores de esta posición, tanto la Ley Orgánica 2/2010, que regula exclusivamente la objeción de los médicos que intervienen de manera directa en la práctica del aborto, como sus subsiguientes desarrollos legislativos, son un buen ejemplo de un fracaso normativo incapaz de responder a la complejidad de los escenarios en los que se manifiesta el conflicto. En su lugar, la respuesta del Tribunal Constitucional en los distintos casos planteados ha venido determinada por un juicio ponderado de las circunstancias acaecidas en cada momento. En relación con la objeción de conciencia, el Tribunal ha llegado a establecer que la acomodación de las propias convicciones debe ser estimada en tanto en cuanto no haya un bien jurídico de mayor relevancia que debiera prevalecer. Si se considera la objeción de conciencia como una concreción de la libertad religiosa, ideológica y de pensamiento, su ejercicio y reconocimiento estarán sujetos a los límites establecidos en la Constitución y su desarrollo normativo. En consecuencia, mientras esos límites no se vieran afectados, el reconocimiento de la objeción de conciencia sería obligatorio en todos los supuestos posibles y estaría garantizado para todas las personas afectadas. Desde este punto de vista, en la objeción al aborto, por ejemplo, quedarían protegidas las conciencias no solo del personal facultativo, sino de enfermeras, auxiliares, administrativos o celadores implicados de una u otra manera en el proceso.

En tal contexto, la ausencia de regulación legal convierte a la norma deontológica en el referente normativo por el que guiarse. Así, los códigos éticos de las profesiones sanitarias cobrarían especial relevancia a la hora de determinar derechos y deberes para los objetores. Es más, se considera que la oposición del profesional a practicar ciertos procedimientos consentidos y regulados institucionalmente es un acto de dignidad moral cuando las convicciones que la motivan son serias, sinceras y mantenidas en el tiempo y van referidas a cuestiones graves y esenciales. Frente a la solución legislativa, se apela al reducto último e íntimo de la ética, reclamando incluso la necesidad de una formación moral no solo para los profesionales, sino para todas las personas, en la creencia de que únicamente así es posible preservar la propia identidad, la conciencia y la responsabilidad como agente moral (Camps, 2005; Gracia, 2011).

Con todo, la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental no implica que las leyes al respecto sean innecesarias (Prieto Sanchís, 2011: 993; Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2011: 70-71). De acuerdo con esta postura, un derecho general de objeción ofrece un principio de reconocimiento, que puede llegar a imponerse en algunos casos, pero que no proporciona una regulación concreta ni homogénea aplicable *ad casum*. Desde este punto de vista, la intervención del legislador se justifica en los supuestos que se producen con más frecuencia y que tienen una mayor repercusión social, puesto que institucionalmente es quien se encuentra en condiciones de emitir una regulación adecuada, capaz de garantizar los intereses de todas las partes. No obstante, la dificultad de legislar sobre asuntos tan altamente controvertidos, como es la objeción al aborto, resulta patente; basta con fijarse en la escasez normativa y la tardanza de las iniciativas legislativas en esas situaciones. Ante la ausencia o la inespecificidad de la regulación, con frecuencia han sido los jueces los encargados de resolver los conflictos; la singularidad de cada situación da lugar a que sigan siendo los tribunales los que finalmente han de decidir.

Por tanto, a pesar de que se llegara a aceptar la objeción como un derecho fundamental, en la práctica podría constatarse una falta de eficacia en el reconocimiento de tal derecho. De ahí que para otros autores la frecuencia creciente con la que se produce la objeción de conciencia en el ámbito sanitario constituya una

justificación fehaciente para que se plantea la conveniencia de una regulación específica, al menos en relación con los conflictos más candentes (Beltrán Aguirre, 2008; CBE, 2009). Desde esta perspectiva, más allá de constituir una manifestación del derecho a la libertad de creencias, la objeción de conciencia es un hecho que no puede ser soslayado en el contexto biomédico. La ausencia de regulación conduce a una situación de inseguridad jurídica tanto para los profesionales objetores como para las personas usuarias del sistema. En el caso de los profesionales, dicha inseguridad jurídica se puede traducir en la falta de garantías para el ejercicio de su libertad de conciencia; en el caso de las usuarias, puede dar lugar a una restricción en el acceso al servicio que solicita.

De acuerdo con las interpretaciones favorables a la regulación, si cualquier norma puede ser objetada, el cumplimiento de la legalidad corre el peligro de quedar a expensas del dictamen de las propias convicciones. De ese modo, la conciencia se convertiría en una autoridad absoluta, más habitual que excepcional, y, por tanto, con capacidad de volver inviable el estado de derecho. Cuestión distinta sería si la objeción de conciencia se convirtiera en un acontecimiento mayoritario; en tal caso, lo que habría que plantearse es un cambio normativo fruto de la voluntad de esa mayoría de objetores, como de hecho sucedió con la objeción de conciencia al servicio militar. En cambio, cuando se defiende la objeción de conciencia como un derecho prioritario por su carácter natural, se convierte en un recurso contrario a la legitimidad democrática, lo cual no deja de resultar paradójico, si se considera que son precisamente las estructuras democráticas las que posibilitan esa objeción.

Dada la diversidad de contenidos de las conciencias, se hace preciso determinar una serie de criterios que posibiliten establecer, en primer lugar, en qué casos la objeción es o no legítima; en segundo lugar, los mecanismos que garanticen el acceso a las prestaciones por parte de las personas afectadas y, por último, el normal funcionamiento del servicio o institución en la que se produce. Para alcanzar estos objetivos, se ha propuesto que, a falta de regulación al respecto, en el ámbito sanitario sean los comités de ética los órganos de control (de Lora y Gascón, 2008: 151; Beltrán Aguirre, 2008), algo que podría extenderse a otros escenarios donde pueden surgir conflictos de conciencia (farmacéuticos contrarios a dispensar la píldora de emergencia; bomberos contrarios a intervenir en desahucios; funcionarios contrarios al matrimonio homosexual). Al margen de esta propuesta deliberativa, desde algunas instituciones políticas y profesionales se ha promovido como parte de la solución los registros de objetores de conciencia (Triviño, 2014: 130-133).

A la luz de los argumentos expuestos, es posible deducir que la regulación puede dar lugar tanto a una intromisión en la praxis profesional y a la imposición de un deber frente a las convicciones de las profesionales como a una interferencia con los derechos de las personas a acceder a servicios legalmente garantizados. Este escenario bipolar puede provocar situaciones de signo dispar. Así, existe la posibilidad, por ejemplo, de que la legislación obligue a los profesionales a proporcionar u ocultar información específica o a prescribir o dejar de prescribir determinados tratamientos, pruebas diagnósticas o procedimientos (ACOG, 2013); por ejemplo, cabe imaginar la exigencia legal de practicar una interrupción de la gestación en contra de la conciencia del profesional, pero también de realizar una ecografía innecesaria antes de la dicha interrupción, la prohibición de determinadas pruebas diagnósticas prenatales con el fin de evitar los denominados abortos eugenésicos o la exclusión de personas migrantes que necesitan ser atendidas de manera regular en su centro de salud de atención primaria². Al mismo tiempo, la

² Para una perspectiva comparada de las consecuencias (indeseables) de la regulación favorable a la objeción de conciencia, ver E. Sepper (2014).

ausencia de regulación puede generar una carencia de garantías tanto para el profesional que pretende objetar, en la medida en la que su ejercicio quede sometido al arbitrio judicial, como para quien desee acceder a un servicio y no puede porque un determinado criterio moral por parte de los profesionales se lo impide. Por consiguiente, el fracaso normativo al que se hacía referencia más arriba puede producirse no solo cuando existe regulación, sino también en su ausencia.

Con todo, en la medida en la que las leyes tienen la función de regular la vida de personas de convicciones tan diversas como las de los propios legisladores, cuando se trata de abordar conflictos éticos es necesario que las normas se circunscriban a generalidades, de manera que exista un espacio para aplicaciones específicas que atiendan las peculiaridades de los casos concretos (Gracia, 2011: 143-145). Efectivamente, esta opción puede dar lugar a vacíos legales que conduzcan a comportamientos inapropiados o éticamente reprobables, que, de ser numerosos o reiterados a lo largo del tiempo, exigirían una regulación más detallada. Este podría ser el argumento justificador para la regulación de la objeción de conciencia en el caso concreto de la interrupción voluntaria del embarazo, que deja márgenes interpretativos poco satisfactorios tanto para partidarios como detractores de una regulación más exhaustiva.

Respecto a quién debería ostentar el poder regulador, la pregunta se enfrenta, en primer lugar, con las limitaciones del legislador ya expuestas. En segundo lugar, con los inconvenientes de los colegios y organizaciones profesionales, que, por un lado, pueden arrogarse el conocimiento experto en cuestiones científicas, lo cual no garantiza su experticia o autoridad moral en cuestiones éticas (Veatch, 2000); por otro lado, dada su composición y objetivos, existe el peligro de que, en caso de conflicto, velen por intereses corporativistas. En consecuencia, se hace necesario ampliar el espectro social a la hora de llevar a la práctica la deliberación y, llegado el caso, la regulación, de los conflictos éticos que afectan al ámbito sanitario.

En ese sentido, la propuesta de que sea en el seno de comités de ética donde se produzcan los procesos deliberativos oportunos parece una alternativa aceptable, siempre que se garantice la presencia de la mayor pluralidad posible de puntos de vista. De ese modo, el objetor podría presentar sus argumentos para que fueran contrastados y sopesados con los intereses y necesidades de las personas afectadas. Ello no significa que se superen necesariamente todas las diferencias, porque el conflicto es consustancial a la vida en sociedades plurales. Es necesario asumir semejante circunstancia para no caer en la negación, la frustración o en propuestas escasamente realistas.

Al menos en una primera instancia, lo que tal vez sí sea posible evitar mediante este tipo de procedimientos son tanto la banalización o mistificación de las reivindicaciones de conciencia como la juridificación de los conflictos. Evidentemente, esta propuesta resulta compatible con el recurso a los tribunales de justicia cuando el acuerdo no fuera posible o alguna de las partes implicadas considere vulnerados sus derechos e intereses. Conjugar la deliberación ética con la normatividad jurídica constituye una tarea clave para abordar los conflictos en toda su complejidad y evitar tratamientos reduccionistas.

Independientemente de la pertinencia de su regulación, es imprescindible evitar la utilización irresponsable de un recurso que, en sus orígenes, fue ideado para proteger a las personas cuyas convicciones eran minoritarias, impidiendo a través de él la imposición de ideologías dominantes. De lo contrario, se produciría, por un lado, el des prestigio profesional y la merma de su calidad ética; por otro lado, se daría la paradoja de propiciar precisamente aquello contra lo que fue pensado, es decir,

situaciones de abuso de poder que perjudiquen a quienes ostentan la posición más débil.

Bibliografía

- ALTISENT, R., RUBIO, M. y BUIL, B. (2011), "Objeción de conciencia en la profesión médica: una propuesta de validación", *Medicina Clínica*, vol. 137, nº 8, pp. 366-369.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L. (2008), "Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria", *Derecho y Salud*, vol. 16, nº 1, pp. 135-146.
- BROAD, C. D., "Conscience and Conscientious Action", *Philosophy*, vol. 15, nº 58, pp. 115-130, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ditext.com/broad/conscience.html> (fecha de consulta: 26 de abril de 2018).
- BROCK, P. (2006), *Against the Draft. Essays on Conscientious Objection from the Radical Reformation to the Second World War*, University of Toronto Press, Toronto.
- CAMPS, V. (2005), *Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética*, Crítica, Barcelona.
- CAPODIFERRO, D. (2013) *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch, Barcelona.
- CASTRO JOVER, A. (1998), "La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española". En: MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.): *Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, pp. 133-186.
- CEBRIÁ, M. D. (2005), *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas*, Thomson-Aranzadi, Madrid.
- COHEN, C. (1968), "Conscientious Objection", *Ethics*, vol. 78, nº 4, pp. 269-279.
- CBE: COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2009), "Opinión sobre la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo", Madrid, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/consenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf (fecha de consulta: 26 de abril de 2018).
- CPP: COLLEGE OF PHYSICIANS OF PHILADELPHIA, (2013), "History of Anti-Vaccination Movements", *History of Vaccines*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.historyofvaccines.org/content/articles/history-anti-vaccination-movements> (fecha de consulta: 26 de abril de 2018).
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2005), *Sistema de derechos fundamentales* (2ª ed.), Thomson-Civitas, Madrid.
- FERNANDEZ LYNCH, H. (2008), *Conflicts of Conscience in Health Care: An Institutional Compromise*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts).
- GARCÍA RUIZ, A. (2018), "La protesta como rasgo central democrático", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 212-222.
- GASCÓN, M. (1990), *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GIUBILINI, A. (2017), "Objection to conscience. An argument against conscience exemptions in healthcare", *Bioethics*, vol. 31, nº 2, pp. 400-408.
- GRACIA, D. (2011), "Objeción de conciencia: las lecciones de un debate", *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 26, nº 3, pp. 143-145.
- LLAMAZARES, D. (2007), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad* (3ª ed.), Thomson-Civitas, Madrid.
- DE LORA, P. y GASCÓN, M. (2008), *Bioética, principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, Madrid.

- MACIOCE, F. (2011), "L'objection de conscience dans la post-modernité", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/macioce_lobjection.pdf
 (fecha de acceso: 26 de abril de 2018).
- MINERVA, F. (2015), "Conscientious objection in Italy", *Journal of Medical Ethics*, vol. 41, nº 2, pp. 170-173.
- NAVARRO-VALLS, R. (1993), "Las objeciones de conciencia". En: GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. et al., *Derecho Eclesiástico del Estado español* (3^a ed.), Eunsa, Pamplona, pp. 477-544.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2011), *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2011), "La objeción de conciencia sanitaria". En: GASCÓN, M.; GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO, J. (coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 981-1011.
- RUIZ MIGUEL, A. (1986), "Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 4, pp. 399-421.
- RUIZ MIGUEL, A. (1996), "La objeción de conciencia en general y en deberes cívicos". En: MAQUEDA ABREU, M. L. (dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-40.
- SAVULESCU, J. (2006), "Conscientious objection in medicine", *British Medical Journal*, vol. 332, pp. 294-297.
- SEPPER, E. (2014), "Doctoring Discrimination Same Sex Marriages", *Indiana Law Journal*, vol. 89, nº 2, pp. 703-762, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11107&context=ili> (fecha de consulta: 26 de abril de 2018).
- STEPHENS, S. (2017), "Freedom from religion: A vulnerability theory approach to restricting conscience exemptions in reproductive healthcare", *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 29, pp. 93-121.
- SWARTZ, M. (2006), "Conscience Clauses or Unconscionable Clauses: Personal Beliefs versus Professional Responsibilities", *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, vol. 6, nº 2, pp. 269-350.
- TRIVIÑO CABALLERO, R. (2014), *El peso de la conciencia. La objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid.
- VEATCH, R. (2000), "Doctors Does Not Know Best: Why in the New Century Physicians Must Stop Trying to Benefit Patients", *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 25, nº 6, pp. 701-705.
- DE ZORDO, S. (2015), "Interruption volontaire de grossesse et clause de conscience en Italie et en Espagne, entre droits des femmes et «droits» du fœtus/patient", *Sociologie, Santé*, vol. 38, pp. 107-129.
- DE ZORDO, S. (2016), "Lo stigma dell'aborto e l'obiezione di coscienza: l'esperienza e le opinioni dei ginecologi in Italia e in Catalogna (Spagna)", *Medicina nei Secoli* (Sup.), vol. 28, nº 1, pp. 195-248.

Protesta democrática

Democratic protest

Alicia García Ruiz
Universidad Carlos III de Madrid
alicgarc@hum.uc3m.es

Recibido / received: 16/07/2018
Aceptado / accepted: 30/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4349>

Resumen

En este trabajo se realiza un recorrido por la idea de protesta a lo largo de tres dimensiones. En primer lugar, se trata la relación de la protesta con la ley (incluyendo aquí el problema de la desobediencia civil y de la tensión entre legalidad y legitimidad). En segundo lugar, se aborda el papel político de la contestación social en el funcionamiento de las sociedades democráticas. En tercer lugar, se analiza el problema del populismo punitivo y las políticas represivas en el contexto de sociedades fuertemente marcadas por la desigualdad, la pobreza y la conflictividad social.

Palabras clave

Protesta, desobediencia, democracia, legalidad, legitimidad.

Abstract

In this article, the idea of protest is approached along three dimensions. First, it deals with the relationship between protest and law (with particular attention to the problem of civil disobedience and the tension between legality and legitimacy). Secondly, the political role of social contestation in the functioning of democratic societies is addressed. Finally, the problem of punitive populism and repressive policies is analyzed in the context of societies strongly marked by inequality, poverty and social conflict.

Keywords

Protest, disobedience, democracy, legality, legitimacy.

SUMARIO. 1. Consideraciones preliminares. 2. La protesta ante la ley. 3. Protesta y democracia. 4. Castigo o diálogo. Consideraciones finales.

1. Fraternidad y la Revolución francesa

La expresión de la discrepancia es un rasgo constitutivo de la forma de vida democrática, así como un derecho fundamental reconocido en un Estado democrático. Esta afirmación no se limita simplemente a describir que el desacuerdo sea una parte ineliminable en la dinámica de los sistemas políticos, una suerte de inevitable mal menor, sino que sostiene algo más penetrante. Afirma que la manifestación del desacuerdo es una condición necesaria para que podamos hablar de democracia: no hay democracia allí donde no puede haber protesta. Desde esta perspectiva, los fenómenos de protesta no aparecen como una desviación o

disfuncionalidad de la dinámica normal de los sistemas políticos, sino como una dimensión central, constitutiva e irrenunciable del acuerdo democrático. Una dimensión sin cuya presencia no es posible la formación de voluntad popular desde unas condiciones de pluralidad política.

Ahora bien, que sea central no quiere decir que su relevancia resulte obvia. Alguien puede preguntar en buena lógica qué es, entonces, lo que separa el disentimiento institucionalmente canalizado –cuyo paradigma sería el debate parlamentario–, de la voz “protesta” aquí recogida, término que abarca tanto contestaciones extraparlamentarias como acciones incluso al borde mismo de la legalidad. Y sobre todo podría preguntar por qué es necesario conceder este papel fundamental a la protesta si en teoría el derecho a la discrepancia como tal está ya garantizado en una democracia parlamentaria. Con el fin de adelantar un poco por dónde irá la respuesta debemos precisar que si distinguimos entre discrepancia institucionalmente canalizada y protesta es porque la voz “protesta” será abordada aquí precisamente desde aquellas circunstancias donde las condiciones ideales de diálogo democrático institucionalizado quiebran o fallan. El planteamiento que proponemos consiste en pensar los fenómenos de protesta en vista de esta posible quiebra o defecto del diálogo público y no sólo desde el caso de un quebrantamiento normativo.

Para ello adoptaremos, por utilizar una certa distinción de Norberto Bobbio, no la perspectiva del gobernante –*ex parte principis*– sino la de los gobernantes –*ex parte populus*. En otras palabras, en vez de centrarnos exclusivamente en los intentos de caracterizar si un conjunto de protestas encajan o no en unas condiciones o premisas normativas para una hipotética conversación democrática intentaremos reflexionar también qué ocurre cuando algunos de los participantes potenciales en esa conversación, o no están invitados, o bien carecen de las competencias comunicativas para participar en él.

Para exemplificar el caso nos serviremos de una breve analogía planteada en el campo epistemológico por Wilfrid Sellars (Sellars, 1997: 76), autor que ha inspirado a pensadores como Richard Rorty, una imagen metafórica de la democracia entendida como una conversación o práctica social de justificación, más que de deducción normativa a partir de fundamentos. Para Sellars, “al caracterizar un episodio o un estado como relativo a un “conocer” no estamos proporcionando una descripción empírica de los mismos, sino situándolos en el espacio lógico de las razones, en el justificar y ser capaz de justificar lo que uno dice” (Sellars, 1997: 76). Como ha señalado Rorty, “la justificación no es cuestión de una relación especial entre ideas (y palabras) y objetos, sino de conversación, de práctica social” (Rorty, 2001: 161).

Si hay algo que se pide a la protesta desde numerosas aproximaciones teóricas es la de que “se justifique” o entre en ese espacio lógico de razones. La base de este requerimiento es la suposición de que debe haber “razones” (más concretamente, buenas razones) detrás de todo movimiento contestatario; razones que se pueden someter a examen, motivos que han de explicitarse, actos que deben justificarse para poder constituir una acción reconocida como simbólica y aceptablemente interpeladora. Sin duda, esta perspectiva es un avance respecto a la mera consideración de la protesta como algo tumultuario e irracional que es preciso reprimir o ignorar; equivale a adoptar un paradigma de conversación en lugar de uno de confrontación, entendiendo este diálogo como una labor epistemológica, un trabajo de justificación de disentimientos basado en el intercambio de argumentos. Sin embargo, la defensa de esta especie de “deber de justificación” no carece de aristas para abordar la cuestión de la protesta.

El principal problema consiste en los límites que presenta para nuestros propósitos este paradigma de una conversación justificativa. Se puede ser parte integrante del espacio lógico de las razones sin poder llevar a efecto tal capacidad justificativa, bien porque no se posean las competencias comunicativas supuestas en un cierto espacio argumentativo o bien porque no se permita tal expresión en una situación de asimetría de poder. Cuando se dan, estas distorsiones impiden que funcione el supuesto de plena agencia política para quienes son instados a participar en la conversación democrática mediante el requerimiento de un “justifíquese...bajo estas reglas argumentativas”. Si se da esta situación, la capacidad de respuesta democrática queda comprometida si sólo nos atenemos a considerar y requerir un “deber de justificación”. Nuestra tesis, que desarrollaremos a lo largo de este trabajo, es que deberá entonces entrar en juego un opuesto (no contrario) “deber de escucha” institucional requerido en la dirección opuesta, o como diríamos en expresión de Bobbio, un deber planteado hacia los gobernantes, ante la parte *principis*. En la identificación de este deber, de esta responsabilidad de respuesta de la otra parte implicada, se juega también el carácter democrático del desafío contestatario y el retorno a un buen funcionamiento de las instituciones políticas. Pero, como se adivinará, es un camino lleno de ambivalencias y dilemas, marcado por la necesidad constante de aclaración acerca de los términos de la discusión misma, puesto que bajo el término protesta se agrupa una constelación semántica muy compleja que abarca términos como “resistencia”, “contestación”, “desobediencia civil”, “rebelión”, “revolución”, “disidencia”, etc. Nociones con una larga trayectoria histórica que en la actualidad se encuentran entremezclados en los discursos públicos y mediáticos, y que reclaman un proceso de clarificación doctrinal en el ámbito jurídico no siempre fácil ni exenta de influencias extrajurídicas.

En este trabajo trataremos de dilucidar por niveles el problema de la voz “protesta”. En primer lugar, la consideraremos desde el punto de vista de la legalidad, señalando que el desafío que plantea excede los límites de funcionamiento del principio de legalidad y que aunque indudablemente exige pasar por la ardua cuestión de la desobediencia civil, el abanico de consideraciones que despliega no se detiene ahí ni se circunscribe sólo a ella. En segundo lugar, precisamente por este desbordamiento de la cuestión legal, abordaremos el papel político que tiene la protesta en el funcionamiento democrático. Finalmente, en función de los desarrollos de determinadas tendencias des-democratizadoras que han sido señaladas por diversos estudiosos, esbozaremos los peligros que acechan en el giro hacia una interpretación exclusiva de la protesta en clave punitiva, problema que es de esperar que sea agravar a la vista de la deriva de sociedades cada vez más marcadas por la desigualdad y las políticas del miedo. Esta interpretación punitiva se propone, esta vez sí, como lo contrario al “deber de escucha” que hemos presentado anteriormente.

2. La protesta ante la ley

Aunque el marco tan limitado de un trabajo de estas características no permite realizar un rastreo histórico adecuado del derecho de resistencia y del problema de la obediencia a la autoridad, que atravesaría desde la Edad Media la totalidad de los principales pensadores en materia jurídica y política –desde Grocio a Jefferson, pasando obviamente por Locke, Rousseau, Kant y otros muchos–, podemos señalar con Bobbio (2005: 277 y ss.) el desarrollo paulatino de un proceso gradual de constitucionalización del derecho de resistencia, que vendría a equilibrar la abundante justificación teórica del deber de obediencia y a trazar así una transición desde las concepciones tradicionales del poder como fuerza a aquellas que hacen emanar dicho poder de la legalidad, como rasgo propio del Estado de derecho. Progresivamente, como señala este autor, el Estado va absorbiendo los potenciales focos de conflicto resistente mediante la institucionalización de una serie de remedios contra la tiranía.

Frente a la tiranía, situación paradigmática de abuso de poder y deslegitimación, estos instrumentos permitirán a los súbditos y posteriormente ciudadanos deponer más o menos pacíficamente a los malos gobernantes mediante acciones distintas al cambio revolucionario o a los actos violentos de sedición. El desarrollo de estos instrumentos legales incluye primeramente la consagración de los principios de legalidad y legitimidad como inherentes al ejercicio del poder, él mismo sometido a ambos, y se despliega posteriormente mediante una constitucionalización del juego de oposición parlamentaria y de la representación popular, que somete al gobernante al escrutinio periódico a través de elecciones.

Pese al desarrollo de todos estos dispositivos, ha subsistido hasta nuestros días el problema de qué hacer con todas aquellas formas de oposición extralegal – “extralegal” respecto a las normas a las que se oponen– y deslegitimadora. Y parece que seguirá subsistiendo, porque el principio de legalidad no excluye totalmente ni de modo definitivo la posibilidad de la existencia de normas injustas o que acaban por devenir fuentes de injusticia. El carácter irresoluble de esta situación, que atañe no tanto a una colisión con el poder como a la articulación de la ley (más adelante veremos si esta condición abierta es realmente un problema o no), nos obliga a tener que pasar, *volis nolis*, en nuestro tratamiento de la protesta por el reto de la noción de desobediencia civil. Un desafío del cual no puede escapar ningún pensador constitucionalista, puesto que en ella se pone en juego una determinada interpretación de cómo se fundamentan e interpretan los principios constitucionales.

Tampoco aquí es posible realizar una reconstrucción extensa del gran número de pensadores y pensadoras que han acometido esta tarea, pero es posible señalar, a partir de la selección de algunos especialmente significativos (Arendt, Rawls, Habermas, Bobbio), una serie de aspectos que tendencialmente permiten ponerlos en relación. Todos ellos, en diferentes grados y con distintos énfasis, entienden la necesidad de concebir la desobediencia civil en diálogo con los principios constitucionales y no como un mero intento de disolver o destruir el sistema legal. En todo momento, no obstante, parece que la violencia en estas acciones es lo que señala una frontera de justificabilidad, aunque esta demarcación nunca termine de quedar inequívocamente trazada, dada la multiplicidad e indeterminación de lo que se puede interpretar como “acto violento”

En cualquier caso, es importante destacar de modo general que todos estos autores proponen conceptualizar la desobediencia civil como algo que se sitúa *ante* la ley y no sólo *contra* la misma. Para ello, coinciden en deslindar la desobediencia civil del mero desacatamiento a título individual o colectivo, así como en concederle una dimensión simbólico-significativa y unas condiciones para que sea un acto con sentido político. Este sentido político procedería situarlo, como hemos dicho, *ante* la ley, en este caso el ordenamiento constitucional y no solo *frente* a los códigos penales. En otras palabras, situar la desobediencia civil más allá del problema de la transgresión normativa para emplazarla en el terreno de la política.

La autora que quizás ha insistido de modo más enfático en esta interpretación específicamente política de la desobediencia civil es Hannah Arendt (1998) en su célebre ensayo “Desobediencia civil”. Para Arendt, es preciso comprender la potencia y alcance de la desobediencia civil en la vida política frente a otras formas de desacato, caracterizadas por la pura transgresión, como es el caso del criminal o por la opción moral individual en el caso de la objeción de conciencia. Si las minorías disidentes que se expresan a través de la desobediencia civil tienen un papel político constitucional que es compatible con el espíritu de las leyes, no es menos cierto que resulta extremadamente difícil incorporar este fenómeno a la cultura legal, pues falta todavía el lenguaje y la política específicos para ello: “Tal vez se precise una

situación de emergencia antes de que podamos hallar un lenguaje cómodo para la desobediencia civil no sólo en nuestro lenguaje sino también en nuestro sistema político" (Arendt, 1998: 108) En todo caso, para la pensadora alemana cualquier comunidad se vuelve despótica cuando se reprime el derecho de disentir, pues la posibilidad de desobediencia no es ni marginal ni disfuncional sino que es la dimensión estructuralmente constitutiva del consenso. El consenso sólo es posible cuando es voluntario, o sea, cuando existe la posibilidad efectiva de disentir.

Precisamente por este carácter plural y de autonomía restringida y coordinada, que retiene el vínculo mantenido en la comunidad política, la relación con las instituciones políticas no es coactiva sino representativa y la obligación del ciudadano para con la ley excede una mera interpretación en términos de moral individual, para entrar en una dimensión de identificación que sirve de base a una concepción del poder político como poder común. Para la pensadora, el disentimiento presente en la desobediencia civil no es un conflicto individual de conciencias frente a la ley, ni se trata de un enfrentamiento meramente personal con la estructura normativa, sino que es algo de naturaleza política. Por esta razón no puede ser adecuadamente comprendido ni justamente juzgado si nos limitamos a una relación particular del ciudadano con la ley, que constituye "un extraño y no siempre feliz matrimonio teórico, de la moralidad y de la legalidad, de la conciencia y de la ley" (Arendt, 1998: 60).

Desde este punto de vista, la desobediencia civil, que es una acción colectiva llevada a cabo por una minoría, es un instrumento político de primera magnitud frente a las distorsiones y límites de la regla de mayorías. Por eso, frente a un enfoque exclusivamente penal de la desobediencia, Arendt insta a los tribunales a que reconozcan un enfoque político a la hora de juzgar este tipo de acciones. La desobediencia civil entendida como potencial de renovación institucional es expresión de la capacidad común de asociación desde el disentimiento que es constitutiva de una comunidad política libre y la respuesta gubernamental ante ella no puede quedar confinada sólo al plano jurídico. Ha de ser resueltamente política.

Una interpretación igualmente política de la desobediencia civil la encontramos en el que quizás ha sido el abordaje sobre este fenómeno con el que mayor número de interpretaciones posteriores se han tenido que medir o han tenido que desafiar, nos referimos al de John Rawls en *Una teoría de la justicia* (1971). Como es sabido, y plenamente representativo del procedimiento habitual de exposición rawlsiano, el pensador comienza con una restricción del terreno donde propondrá su definición tentativa de desobediencia civil. Tal como afirma, su teoría no es un planteamiento general sino que se circscribe al caso especial de *sociedades casi justas*, esto es, sociedades bien ordenadas en las que se producen sin embargo injusticias, "un Estado cercano al ideal de justicia" que entiende que debe ser un Estado democrático. Por ello su teoría trata sobre "la función y conveniencia de la desobediencia civil frente a la autoridad democrática legítimamente establecida, no es aplicable a otras formas de gobierno y salvo de modo accidental, tampoco a otras clases de disidencia o resistencia" (Rawls, 1991: 319).

Rawls es plenamente consciente de la importancia de no renunciar a los principios liberales en la concepción de un sistema constitucional bajo el imperativo de legalidad, fundamentos que priorizan la aceptación del marco constitucional por razones de principio y no sólo de prudencia u obligación. Por esta razón, su aproximación a la desobediencia civil se construye desde la perspectiva de un conflicto de deberes que se le plantea al ciudadano: en qué punto deja de ser irrevocable el imperativo de legalidad en razón del derecho a defender las propias libertades. Evidentemente esto debe entrañar, también aquí, el problema de la

naturaleza y límites de las mayorías. Para Rawls el problema consiste en justificar este caso excepcional sin el cual fallaría el “fundamento moral” –para entendernos, de legitimidad– de la democracia desde un punto de vista liberal. De lo que se trata es de poder justificar esta acción ilegal en un marco constitucional, y para ello establece una definición de la desobediencia que incluye unas condiciones de justificación destinadas a ofrecer el marco para dicha inteligibilidad constitucional frente a otras formas de contestación: “Debo empezar por definir la desobediencia civil como un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernamental” (Rawls, 1991: 320)

En su propósito de interpelar públicamente el sentido de la justicia de la mayoría de la sociedad, quienes desobedecen muestran una comprensión de los fundamentos morales de la democracia, a los cuales apelan para dar sentido a su acción y se comprometen asimismo a responder de las consecuencias de su acto. Por ello Rawls considera que puede ser un instrumento, aunque ciertamente ilegal, de estabilización de un sistema constitucional, al informar de sus fallos y proporcionar correctivos en la forma de alternativas presentadas a la consideración de sus conciudadanos. Eso sí, Rawls no escribe en ningún momento de una forma entusiasta sobre la desobediencia civil, acerca de la cual aconseja “no esperar demasiado” pese a su prometedor carácter de resistencia a la injusticia y a la que en todo caso aplica una cláusula prudencial al especificar en varios momentos que debe ser utilizada con la debida medida. Queda sin embargo en suspenso el problema de que para juzgar la justificabilidad de esas acciones en el esquema rawlsiano se establecen las condiciones antes de los hechos y no después, con lo cual lo que en realidad aparece para crear nuevos criterios paradigmáticamente se ve constreñido por criterios previos a dicha aparición, criterios necesarios para su reconocimiento como acción normativamente significativa.

Este último problema es quizás mucho más profundizado en la contribución de Habermas a la cuestión de la desobediencia civil, al entroncar con su aguda reflexión sobre los problemas de validez en el ámbito normativo, problemas que trascienden la facticidad de los distintos ordenamientos jurídicos.

A diferencia de Rawls, y aunque coincide en gran medida con varios de los supuestos establecidos por éste, Habermas sí que realiza una defensa mucho más enfática de la desobediencia civil en el ensayo que dedica a la misma calificándola, parafraseando a Rawls, de “piedra de toque del Estado democrático de derecho” (Habermas, 1997). En el momento en el que escribe este ensayo el pensador se sitúa en el marco de una polémica acerca del endurecimiento penal de la regulación del derecho de manifestación en su país, y su reacción se recorta contra la ampliación, a su juicio excesiva, que estaba teniendo lugar en Alemania del concepto jurídico de violencia aplicado a estas acciones. Para Habermas, la desobediencia civil constituye una “forma no convencional de formulación de la voluntad política” (Habermas, 1997: 54) que debe considerarse un elemento central de una cultura política madura: “Todo Estado democrático de derecho que está seguro de sí mismo considera que la desobediencia civil es una parte componente normal de su cultura política, precisamente porque es necesaria” (Habermas, 1997: 54) No obstante, al igual que Rawls, entiende que la identificación con los fundamentos constitucionales es condición necesaria para que, incluso cuando traspase los límites de lo jurídicamente lícito, una acción de protesta tenga un sentido político.

Pero Habermas no sólo establece condiciones a los gobernados, *ex parte principis*, en la forma de esta invocación o referencia obligatoria de la acción a los principios constitucionales, sino que también plantea requisitos o peticiones a la parte

de los gobernantes, desde el punto de vista del *populus*. Se les requiere la aceptación de esta forma de discrepancia bajo condiciones similares señaladas por Rawls, como un procedimiento necesario para la autocorrección de los sistemas legales en virtud de la tensión que todos ellos contienen entre los momentos internos de legitimidad y legalidad. En el trasfondo de la perspectiva habermasiana hay una reacción a la utilización tautológica del principio de legalidad para reprimir la desobediencia civil (“la ley es la ley”), un uso que llega a calificar como “autoritario-legalista”. Para Habermas, la obligación de obediencia tiene que partir de “un reconocimiento reflexivo y por tanto voluntario de aquella aspiración normativa a la justicia que late en todo ordenamiento jurídico” (Habermas, 1997: 55) La norma, desde este punto de vista, no sólo es legal sino que también ha de ser reconocida como legítima, en virtud de una legitimación procedural derivada de un proceso de debate, aprobación y promulgación por los órganos competentes designados constitucionalmente a este efecto. Ahora bien, según señala Habermas, esta legitimación procedural legitima las normas, pero nada dice de cómo se legitima la totalidad del procedimiento legitimador. Para contestar a esta pregunta es preciso apelar a otro nivel, el de la validez de las normas. De ahí la necesidad de considerar la relación dialéctica entre la legitimidad y la legalidad, a partir de la observación de que una constitución no sólo rige desde el punto de vista legal, sino que además debe convencer a sus ciudadanos si quiere representar realmente su voluntad. Para ello, según señala Habermas, “la Constitución ha de justificarse en virtud de unos principios cuya validez no puede depender de que el derecho positivo coincida con ella o no. Por este motivo, el Estado constitucional moderno sólo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley si, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse como legítimo lo que es legal o, en su caso, pueda comprobarse como ilegítimo” (Habermas, 1997: 58)

Se adivinará lo espinoso de la cuestión que propone Habermas, pues es ni más ni menos que la posibilidad de que haya lo que desde una perspectiva exclusivamente legal parecería un oxímoron: legalidades ilegítimas. Si el pensador puede adoptar esta perspectiva es porque, como él mismo se encarga de explicitar al inicio de su ensayo, aborda la cuestión de la desobediencia civil desde una aproximación iusfilosófica y no jurídico positiva. Esto le permite analizar la posibilidad de que se produzca tensión entre la legalidad y la legitimidad. En este nivel de reflexión, las normas fundamentales constitucionales han de fundamentarse en algo más que el derecho positivo y lo hacen sobre la base de su universalización, que es posible sólo en virtud de su capacidad de representar intereses generalizables. Solo así pueden generar aceptación y no sólo acatamiento por parte de quienes se vinculan a ellas:

“únicamente pueden justificarse aquellas normas que expresan un interés susceptible de ser generalizado y que, en consecuencia, contaría con la aprobación voluntaria de todos los afectados. Por ello, esta aprobación aparece vinculada a un procedimiento de formación racional de la voluntad; por ello, también, esta forma de fundamentación excluye el recurso, hoy de moda, a un orden axiológico material experimentado históricamente” (Habermas, 1997: 58).

De ahí que “el Estado democrático de derecho, al no fundamentar su legitimidad sobre la pura legalidad, no puede exigir de sus ciudadanos una obediencia jurídica incondicional, sino una cualificada” (Habermas, 1997: 58) En otras palabras, lo que Habermas está sosteniendo es la idea de una falibilidad normativa, que abre la puerta a que la desobediencia civil pueda justificarse desde situaciones en las que la obediencia a normas ilegítimas se haga insostenible, forzando a una revisión de por qué estas normas han fallado, es decir, a una renovación normativa razonada que dota de sentido y comunicabilidad a la acción transgresora. A esto lo denomina

Habermas “desconfianza” y a su juicio juega un papel central e ineludible en el Estado de derecho. Con el fin de alcanzar estabilidad, y no de desestabilizarse como pudiera parecer, el Estado de derecho debe mantener esta desconfianza ante la posibilidad de “una injusticia que puede manifestarse en formas legales” –aunque Habermas reconoce que esta actitud no puede solidificar en una forma institucionalmente segura. A semejante suplementación por la que el Estado de derecho adoptaría la paradójica tarea de ser vigilante de sí mismo, Habermas le concede un peso incluso mayor de algunos de los mecanismos de control institucionalizados:

“Con esta idea de una desconfianza de sí mismo no institucionalizada, el Estado de derecho trasciende incluso el conjunto de sus propios ordenamientos positivos. Esta paradoja encuentra su solución en una cultura política que reconoce u otorga a las ciudadanas y ciudadanos la sensibilidad, la capacidad de raciocinio y la disposición a aceptar riesgos necesarios que son imprescindibles en situación de transición y de excepción para reconocer las violaciones legales de la legitimidad y, llegado el caso, para actuar ilegalmente por convicción moral”. (Habermas, 1997: 59)

Es importante notar que Habermas no habla en el párrafo citado de mera resistencia a la norma sino de desobediencia civil. Ello es así porque la desobediencia civil requiere de una cultura política que da por cierto que sus ciudadanos poseen capacidad para identificar estas situaciones límites de ilegitimidad y actuar en consecuencia, si bien no deben hacerlo en función de preferencias espurias ni por convicciones puramente dogmáticas. Pero a la vez, y esto es importante, semejante cultura política crítica no sería posible si no se supusiera que estos mismos ciudadanos “reconocen la legalidad democrática del orden imperante” (Habermas, 1997: 60) En otras palabras, los ciudadanos se sitúan ante el imperio de la ley, interpellándolo y no simplemente fuera del mismo o contra él. Podríamos decir que pretenden, en otras palabras, realizar un acto comunicativo. Y un acto de habla con un resultado feliz implica y requiere una respuesta por ambas partes.

3. Protesta y democracia

Precisamente esta capacidad de respuesta, que se efectúa al establecerse una comunicación entre las partes implicadas, es lo que carga de valor democrático a estos fenómenos de discrepancia a primera vista tan inseguros y problemáticos y lo que les dota de un potencial corrector y constructivo políticamente interesante. Como vamos a ver, tanto Habermas como Bobbio insisten justo en este aspecto de interpellación mutua. Una interpellación tal que –esto es importante dejarlo claro– lejos de conducir a la destrucción del orden legal lo fortalecería, al dotarlo de la capacidad de dirigirse y escuchar a los ciudadanos y aprovechar esta información para su propio perfeccionamiento. Una competencia comunicativa que, además de útil, es fuente primordial de la legitimidad tal como la concibe Habermas, producto de la convicción y asentimiento y no sólo de la obediencia a la legalidad.

En el tratamiento que realiza Norberto Bobbio de la cuestión de la resistencia en el marco de una teoría general de la política se encuentra una distinción muy útil para enfatizar este aspecto comunicativo del que hemos pasado a ocuparnos. Bobbio diferencia entre “contestación” y “resistencia”, pese a que ambas constituyen formas de oposición extralegal, con el fin de poner de relieve dos problemas: la cuestión de si se pone en peligro o no el sistema legal al completo (si se pretende deslegitimar una norma o el conjunto normativo como tal) y la cuestión del valor específico que aporta a la cultura política democrática la oposición extralegal. Con el fin de ajustar mejor la diferencia entre resistencia y contestación, Bobbio recurre –aristotélicamente– a contraponer cada uno de estos términos con su contrario, a fin de poder presentar mejor la oposición formada por ambos. El contrario de la

resistencia es la obediencia, mientras que el de la contestación es la aceptación. De este modo se iluminan matices fundamentales que permiten entender que no es lo mismo resistir que contestar, la relación de oposición que mantienen. Así, la resistencia queda elucidada como “cualquier comportamiento de ruptura frente al orden constituido, que pone en crisis al sistema por su sola producción, como sucede en un tumulto (...) Lo pone en crisis pero no necesariamente lo cuestiona” (Bobbio, 2005: 277). La contestación, en cambio, “se refiere más que a un comportamiento de ruptura a una actitud de crítica que pone en cuestión el orden constituido, sin ponerlo necesariamente en crisis” (Bobbio, 2005: 277). Ahora se aprecia mejor el valor de esta distinción para nuestros propósitos, puesto que lo que Bobbio proporciona con ella es la posibilidad de entender, obviamente si hay voluntad política para ello, que la acción de la desobediencia civil no es una acción muda sino elocuente, que no se agota en el momento de la transgresión sino que desencadena un discurso crítico y un debate público.

Este es un valor similar al defendido por Habermas al considerar a la desobediencia civil como un mecanismo de ensayo y error, un laboratorio de experiencia política que construye –y no destruye– el marco legal, y que es prueba de que los avances constitucionales no son procesos que discurren históricamente en línea recta sino a través de errores, resistencias y conflicto. Para Habermas, el que el Estado de derecho esté provisto de una multitud de mecanismos dentro de la legalidad para dar respuesta a estos puntos de fricción no significa que haya que eliminar la consideración de otros mecanismos posibles fuera de la legalidad. De hecho es más bien su prueba, ya que muestra que todos ellos son falibles y perfeccionables. De este modo, concluye Habermas, “son experimentos moralmente justificados sin los cuales una república viva no puede conservar su capacidad de innovación ni la creencia de sus ciudadanos en su legitimidad” (Habermas, 1997: 61) Lejos de ser excepción, la existencia de estas tensiones entre legalidad y legitimidad es un caso normal que se producirá siempre, piensa Habermas. Y dado que la desobediencia civil así considerada no pone en cuestión el conjunto del ordenamiento jurídico como tal, el Estado tiene que prescindir de la tentación de usar contra ella todo su poder punitivo. Esto tampoco quiere decir que se normalice la desobediencia civil como comportamiento generalizado sin responsabilidades ni consecuencias, puesto que sería una situación insostenible. Lo que hace Habermas es un llamamiento a la autocontención de ambas partes, ciudadanos y Estado. El problema surge cuando un Estado de derecho persigue la desobediencia civil como si fuera un delito común, puesto que esto lo sitúa, a juicio del pensador alemán, en la pendiente resbaladiza de un legalismo autoritario (Habermas, 1997: 70) del que nos ocuparemos en último lugar.

4. Castigo o diálogo. Consideraciones finales

Hasta aquí hemos reconstruido la manera en la que diversos autores desplazan la cuestión de la protesta desde la estrecha perspectiva de la transgresión legal a un marco político más amplio, analizando la función y papel democrático de la misma. La protesta se entiende así como un instrumento para extender el alcance y profundidad de la forma democrática. Es hora de concluir pero antes hay que apuntar hacia el proceso inverso de esta voluntad expansiva democrática, esto es, hacia la involución democrática que tiene lugar cuando se interrumpe este circuito de comunicación entre gobernantes y gobernados, entre el orden legal y sus posibles contestaciones. La dinámica político-jurídica se escora entonces hacia la vía punitiva, con el consiguiente menoscabo de la necesaria legitimidad sobre la que se sostienen los siempre frágiles equilibrios democráticos. En suma, cuando no se cultiva un uso dialógico y comunicativo de la legalidad entramos en un enfoque penal monológico y meramente represivo. Con ello se dificulta que la toma de decisiones democrática

tenga un carácter inclusivo, al expulsar a los grupos disidentes al limbo de la extralegalidad.

Para evitar este escoramiento hacia el castigo y la exclusión autores como Gargarella (2014) apuntan a la necesidad de adoptar un enfoque comunicativo o dialógico en el derecho penal aplicable en los casos de protesta. En este enfoque “el proceso penal se considera como si tuviera dos vías: Una parte trata de dirigirse activamente a la otra, recurriendo a su razón, en lugar de a su miedo” (Gargarella, 2014: 14). Este parece ser el único enfoque penal compatible con las condiciones de una democracia deliberativa máximamente inclusiva, pues de otro modo se transforma la cuestión social en una cuestión punitiva. De prevalecer esta estrecha aproximación a la conflictividad social, muchos de los problemas que se adivinan en el horizonte próximo de sociedades conflictivas, desigualitarias y empobrecidas no solo no se resolverán, sino que se agravarán por un uso represivo de las leyes penales. Figuras como Luigi Ferrajoli, en su ensayo “Democracia y miedo”, han advertido de una preocupante tendencia hacia el populismo punitivo en las sociedades contemporáneas, en las que diagnostica un “uso demagógico del derecho penal, tendente a reflejar y a alimentar el miedo como fuente de consenso electoral mediante políticas y medidas antiliberales, indiferentes por un lado a las causas estructurales de los fenómenos criminales e ineficaces para su prevención” (Ferrajoli, 2014: 99)

Este paradigma de conversación racional que hemos descrito en el plano penal presenta no obstante limitaciones en el plano político, estando lejos de ser una panacea. Se puede dar el caso de que quienes deberían ser invitados a esta conversación no cuenten, como señalábamos al principio, con los recursos comunicativos y la agencia política necesarios para participar en tal “intercambio de razones”. Entonces es preciso ir más allá de la democracia deliberativa, en la dirección de un movimiento de democratización de la propia comunicación, tal como reivindica Iris Marion Young (2000). La autora insta a abrir el modelo de comunicación deliberativa a formas expresivas distintas a las caracterizadas usualmente por este paradigma, entre las que podrían mencionarse muchas acciones actuales de protesta que no hacen uso de las reglas de argumentación habituales. Evitando esta exclusión, favoreciendo esta escucha, se prevendría que el mismo paradigma que se presenta como la forma de solución más razonable a los conflictos sociales (la democracia deliberativa) termine por convertirse en fuente de discriminación.

Si, como parece, en la actualidad no estamos avanzando demasiado en la dirección de sociedades bien ordenadas y regidas por una idea de justicia como establecía Rawls para su idea de la desobediencia civil, sino más bien hacia su contrario, la protesta está llamada a constituir un mecanismo aún más fundamental de expresión política y de corrección de esas tendencias corrosivas y deslegitimadoras de nuestros órdenes de convivencia. Es preciso desarrollar los instrumentos y la sensibilidad apropiados para una escucha atenta de lo que necesiten decirnos las voces de la protesta, porque ello supondrá construir cultura legal y política en vez de destruirla.

Bibliografía

- ARENDT, H. (1997), *Crisis de la república*, Taurus, Madrid.
- BOBBIO, N. (1991), “Desobediencia civil”. En: BOBBIO, N., PASQUINO, G. et alii, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, pp. 477-482.
- BOBBIO, N. (2005) *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid.

- FERRAJOLI, L. (2014), "Democracia y miedo". En: BOVERO, M. y PAZÉ, V. (eds.), *La democracia en nueve lecciones*, Madrid, Trotta, pp.99-113.
- GARCÍA RUIZ, A. (2013), *La gobernanza del miedo*, Proteus, Barcelona.
- GARGARELLA R. (2014), "Expandiendo la democracia. Democracia y derecho penal: el caso de las protestas sociales". En: Gargarella, R., Susin, R. et alii *Democracia y protesta*, Zaragoza, Sibirana Ediciones, pp. 6-44.
- GARGARELLA, R. (2005), *El derecho a la protesta. El primer derecho*, AdHoc, Buenos Aires.
- HABERMAS, J. (1997), "La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de derecho". En: HABERMAS, J., *Ensayos Políticos*, Barcelona, Península, pp. 51-71.
- HONIG, B. (1993), *Political Theory and the Displacement of Politics*, Cornell University Press, Ithaca NY.
- RAWLS, J. (1991), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- RORTY, R. (2001), *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid.
- SELLARS, W. (1997), *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge.
- SHKLAR, J. (2010), *Los rostros de la injusticia*, Herder, Barcelona.
- YOUNG, I. M. (2000), "La democracia y "el Otro": más allá de la democracia deliberativa", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, N.1, Palermo, pp. 41-56.
- YOUNG, I. M. (2000), *Inclusion and democracy*, Oxford University Press, Oxford.

Seguridad Internacional

International Security

Thomas Gil
Technische Universität Berlin
thomas.gil@tu-berlin.de

Recibido / received: 13/03/2018
Aceptado / accepted: 25/06/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4351>

Resumen

La seguridad internacional es algo más que la ausencia de inseguridad e inestabilidad en las relaciones entre agentes sociales tanto nacionales como internacionales. Como “bien relacional” presupone una serie de condiciones para poder darse.

Palabras clave

Seguridad, concepciones de la seguridad, seguridad nacional, seguridad militar, seguridad económica, desarrollo humano.

Abstract

Originally, international security was conceived in a restrictive sense as national, state, or military security. Different circumstances, events, and the theorizing about them, however, have led to broaden and to deepen the conception of it.

Keywords

Security, security conception, national security, militar security, economic security, human development.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ampliación del concepto de seguridad internacional. 3. Seguridad internacional como calidad de las relaciones internacionales. 4. ¿Cómo cabe conseguirla?

1. Introducción

La historia de los estudios sobre seguridad internacional –de los que Browning (2013) nos ofrece una útil visión panorámica– nos revela que esta noción tiene muchas más facetas y dimensiones de las que cabría suponer a primera vista. Por de pronto, convendría delimitar su ámbito, distinguiendo la *seguridad internacional* de otros tipos de seguridad, cuál sería el caso de la seguridad *social*, la seguridad *ciudadana*, la seguridad *informática*, la seguridad *jurídica*, la seguridad *laboral*, la seguridad *bancaria*, la seguridad *vial*, etc.



La seguridad internacional abarca muchos y muy diversos aspectos específicos que a lo largo de la historia de los estudios sobre esta materia se han ido poniendo de relieve, al irse convirtiendo en el centro de la atención de los respectivos análisis. Así las cosas, en los años de lo que se dio en llamar “guerra fría”, la seguridad internacional significaba ante todo seguridad nacional, siendo esto algo que se ve muy bien reflejado en los oportunos estudios de la época, dedicados mayoritariamente a las estrategias militares de los Estados Unidos y de la Unión Soviética. En ese contexto, dichos estudios se limitaban al uso de las armas y al papel que debía jugar la fuerza militar en un marco internacional conflictivo, donde primaba la rivalidad internacional de las dos superpotencias mundiales.

La proliferación del armamento nuclear, junto a los peligros y riesgos que los arsenales nucleares conllevaban, pusieron de manifiesto la fundamental interdependencia de la idea de seguridad y problematizaron la hasta entonces aceptada equivalencia entre seguridad y fuerza militar.

Una creciente conciencia crítica con respecto a la perspectiva que vinculaba indisolublemente seguridad con potencia militar y satisfacción de intereses primordialmente nacionales propició una diferenciación de la idea de seguridad en el contexto de las relaciones internacionales, que dejó ver la importancia de los distintos sectores dentro de los cuales se articulaba y realizaba la seguridad.

Posteriormente, la perspectiva del desarrollo económico, en particular, y el desarrollo humano, en general, se convirtieron en el centro de atención de los estudios realizados por autores como Barry Buzan (2009), Fisas Armengol (1987), Johann Galtung (2003), J. Jordán (2013), Dieter Senghaas (2012), Amartya Sen y Martha Nussbaum (1997).

2. Ampliación del concepto de seguridad internacional

Tal como la paz no significa únicamente ausencia de guerras y conflictos bélicos, sino todo un conjunto de coexistencias y cooperaciones pacíficas, la seguridad internacional es algo más que la ausencia de inseguridad e inestabilidad en las relaciones entre agentes sociales tanto nacionales como internacionales.

A Barry Buzan (2009), entre otros muchos autores, le debemos una diferenciación de los distintos sectores y contextos en los que el tan apreciado bien de la seguridad se podría dar como cualidad específica de las relaciones entre agentes sociales, así como de las condiciones de vida y actuación que éstos tendrían. La distinción propuesta por este autor entre sectores o esferas representa una excelente contribución terminológica a la ampliación del concepto de seguridad y, en general, a una concepción positiva (y no simplemente negativa) de la idea de seguridad internacional. Barry Buzan distingue seguridad “militar”, seguridad “política”, seguridad “económica”, seguridad “societal” y seguridad “ecológico-ambiental”.

Con arreglo a esta clasificación, la *seguridad militar* sería el tipo de seguridad en el que se concentraron los análisis tradicionales y abarcaría exclusivamente las capacidades ofensivas y defensivas de los Estados nacionales. Los otros tipos de seguridad rompen con la óptica restrictiva de una exclusiva concentración en la seguridad militar. Así, la *seguridad política* tendría en cuenta la estabilidad de estructuras institucionales y de organización a disposición de los Estados y sus respectivos gobiernos, mientras que la *seguridad económica* acentuaría la importancia del acceso real y efectivo por parte de los miembros de una cierta sociedad a recursos y mercados. La *seguridad societal*, por su parte, incluiría cuestiones de identidad tanto cultural como étnica, acentuando la individualidad de

las trayectorias biográficas de los agentes individuales y colectivos. Por último, *la seguridad ecológico-ambiental* se interesaría por cuestiones y condiciones medioambientales, básicas para toda clase de vida individual y colectiva en nuestro planeta.

Es evidente que una concepción ampliada de la *seguridad internacional*, como la que propone Barry Buzan, acabaría con las restricciones, hoy en día injustificables, de la noción tradicional y exclusivista de la seguridad internacional que, por unilateral e inadecuada, impide el correcto tratamiento de los problemas y retos con los que actualmente nos vemos confrontados.

3. Seguridad internacional como cualidad de las relaciones internacionales

La seguridad es un bien relacional que presupone una serie de condiciones para poder darse. Es un bien relacional, no material, aunque lleve, una vez realizado, a diferentes bienes materiales. Es un bien que se da como consecuencia de ciertas actividades y de ciertos condicionamientos sin que se pueda alcanzar de manera directa.

Ciertamente, la seguridad alcanzable de manera directa imponiendo estrategias de fuerza y violencia no es una seguridad que pueda perdurar, no es estable y tiene tasado su tiempo de vigencia. Al ser un bien relacional, más que algo concreto y material, es una cualidad de algo distinto a ella. Vendría a ser como un modo de relacionarse y de entrar en conexión con el mundo social y práctico, con otros agentes y otros sistemas de acción. Expresado en otros términos, se podría decir que la seguridad es siempre la seguridad de algo: de la nación, del Estado, de los individuos, de ciertos grupos étnicos, del medio ambiente, de la economía.

4. ¿Cómo cabe conseguirla?

Sabiendo qué condiciones propician la realización de la seguridad de los individuos, las instituciones, las relaciones y, en general, de las situaciones y los contextos de las acciones individuales y colectivas, es más fácil indicar en qué consistiría el trabajo de su preparación, realización y fomento. Lo que parece absolutamente claro es que la seguridad internacional no es solamente una cuestión de estrategias de poder, de contención o de disuasión, sino que implica mucho más.

Por otra parte, se requieren toda una serie de cambios y desarrollos que ponen bien de manifiesto la complejidad de los condicionamientos de la seguridad internacional. El *cambio climático*, con todas sus secuelas, puede trastornar algunos de los equilibrios existentes en la actualidad, toda vez que, por mencionar un solo ejemplo, dicho cambio climático puede conllevar una subida del nivel de los mares con las consiguientes inundaciones de núcleos urbanos costeros y las consiguientes migraciones en masa de las poblaciones que ahora habitan el litoral.

La *evolución tecnológica* es asimismo fundamental para la configuración de las condiciones concretas de la seguridad internacional. No solamente el desarrollo de la energía nuclear y la proliferación incontrolable de armas atómicas, sino también la fabricación de soldados y pilotos mecánicos (robots), que está haciendo posible el desarrollo de la ciencia robótica, transforman de manera radical las formas tradicionales de acción y hacen necesarios nuevos planteamientos.

Para la seguridad internacional, la *seguridad humana* resulta fundamental. No sólo Estados e instituciones necesitan el codiciado bien de la seguridad para poder funcionar adecuadamente, sino también lo precisan los individuos para poder

desarrollar sus facultades humanas. Las personas humanas necesitan, para poder vivir dignamente, condiciones estables y seguras, salarios justos, una educación y una formación profesional adecuadas, cuidados médicos y asistencia social, sin olvidar, por supuesto, un medio ambiente no contaminado. Todos estos bienes y servicios integran esencialmente su seguridad. Sin ellos el desarrollo individual de cada ser humano no es posible. Visto esto desde una perspectiva política y social, se podría afirmar que si los individuos no pueden desarrollarse adecuadamente, se generan asimetrías estructurales y anomías disfuncionales que corroen el convivir colectivo y ponen sistemáticamente en peligro todo orden establecido, afectando a las formas de coexistencia pacíficas que, por muy precarias que sean, constituyen la primera condición imprescindible de toda vida digna y humana.

Bibliografía

- BROWNING, C. S. (2013), *International Security: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford.
- BUZAN, B., HANSEN, L. (2009), *The Evolution of International Security Studies*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FISAS ARMENGOL, V. (1987), *Introducción al estudio de la paz y de los conflictos*, Editorial Lerna, Barcelona.
- GALTUNG, J. (2003), *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bakeaz, Bilbao.
- JORDÁN, J. (2013), *Manual de Estudios Estratégicos y Seguridad Internacional*, Plaza y Valdés, Madrid.
- NUSSBAUM, M., SEN, A. (1997), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford.
- SENGHAAS, D. (2012), *Weltordnung in einer zerklüfteten Welt. Hat Frieden Zukunft?*, Suhrkamp, Berlin.

Cultura constitucional

Constitutional culture

Mariano C. Melero De la Torre

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

Recibido / received: 30/07/2018

Aceptado / accepted: 02/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4352>

Resumen

La “cultura constitucional” hace referencia a la Constitución “realizada” o “actualizada” en las prácticas, hábitos y actitudes de los poderes públicos y la ciudadanía en general de una comunidad política. Este artículo trata de explorar las formas de interdependencia de la norma constitucional y la realidad cultural, añadiendo al final algunas reflexiones sobre el papel de los jueces en un Estado constitucional.

Palabras clave

Cultura constitucional, mutación constitucional, cultura de la autoridad, cultura de la justificación, cultura democrática de la justificación.

Abstract

The “constitutional culture” means the “realization” or “actualization” of the Constitution in the practices, habits and attitudes of the public powers and the general citizenship of a political community. This paper tries to explore the forms of interdependence between the constitutional norm and the cultural reality, adding at the end some reflections about the role of judges in a constitutional State.

Keywords

Constitutional culture, living tree, culture of authority, culture of justification, democratic culture of justification.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La interdependencia de la Constitución y la realidad cultural. 3. El papel de los jueces en un Estado constitucional.

1. Introducción

La voz “cultura constitucional” hace referencia a una realidad compuesta de dos elementos en persistente e inevitable tensión: la norma jurídica y la realidad social, el Derecho constitucional y las prácticas, hábitos y actitudes de una comunidad política. La cultura constitucional hace referencia a la Constitución como cultura, es decir,

como el conjunto de prácticas políticas, jurídicas y sociales en que se “realizan” o “concretan” los requerimientos de la Constitución en la sociedad a la que van dirigidos.

Debido a la tensión entre ambos elementos (norma y realidad), la Constitución nunca llega a realizarse del todo, y se requiere mucho tiempo para ver surgir a partir de una Constitución positiva una cultura constitucional razonablemente “realizada”. Pero lo cierto es que una Constitución sin cultura constitucional no es más que “letra muerta”, un documento anacrónico que nada tiene que ver con el régimen político efectivamente existente, o, en el peor de los casos, una “constitución camuflaje” que pretende ocultar el funcionamiento real de un régimen autoritario. Aunque todo régimen político descansa en alguna clase de constitución, la diferencia entre un régimen democrático y un régimen autoritario radica en que este último puede ser perfectamente efectivo sin una cultura constitucional. Un régimen autoritario se caracteriza por “una tremenda distancia entre la constitución *formal* y la constitución *real*” (Lane, 1996: 119, énfasis añadido). Una Constitución democrática, en cambio, no puede existir sin que sus preceptos estén “vivos” en la forma de actuación de los poderes públicos y en las ideas, experiencias y valores de la comunidad política.

Es en este sentido que se habla de “cultura constitucional”, es decir, la clase de cultura política y jurídica existente en un Estado constitucional democrático, en cuyo seno la distinción entre Estado y sociedad pierde todo significado relevante para la teoría de la Constitución (Hesse, 2011: 122-124). La simbiosis del Estado y la sociedad en la cultura constitucional no se produce, como ocurre en los regímenes totalitarios o militarizados, por un proceso de estatalización de la sociedad, sino a la inversa, a través de la socialización del Estado. Mientras que en el siglo XIX, el Estado liberal se “corporizaba” en el Ejecutivo monárquico, desde la segunda mitad del XX el Estado constitucional es un producto social que toma cuerpo exclusivamente en el espacio de la cooperación social, como una parte de la actuación social del ser humano. En el Estado democrático y social (también llamado Estado del Bienestar), los poderes públicos son un componente decisivo en la formación y conformación de la vida social (mediante las medidas de planificación y asistencia social); simultáneamente, los principios y valores que guían la actuación de los poderes públicos son los compromisos morales últimos de la sociedad. La discusión fundamental en el Estado constitucional moderno es precisamente qué tareas de planificación y asistencia previstas en la Constitución no se deberían asumir por el Estado.

2. La interdependencia de la Constitución y la realidad cultural

La Constitución jurídica, o el Derecho constitucional democrático, depende de la realidad cultural en un doble sentido. Por una parte, la fuerza normativa de la Constitución depende de la “*posibilidad de realización*” de sus contenidos, es decir, de que tales contenidos estén conectados o den respuesta a las circunstancias de la situación histórico-concreta, es decir, el estado de desarrollo espiritual, social, político o económico de su tiempo. Para ello, el constitucionalismo emplea la estrategia de la abstracción: como señala Konrad Hesse, el contenido constitucional debe estar “*abierto al tiempo*” (Hesse, 2011: 46), con cláusulas indeterminadas que puedan adaptarse al cambio incesante de las circunstancias históricas. Si la Constitución pretende normar la vida social con demasiado detalle, su vigencia solo se podrá garantizar a costa de una continua reforma constitucional, con el consiguiente deterioro de su fuerza normativa suprema.

Por otra parte, la vigencia efectiva de la Constitución requiere de la “voluntad constante de los implicados en el proceso constitucional de realizar” los mandatos constitucionales –lo que Hesse denomina la “voluntad de Constitución” (Hesse, 2011:

53). La realización o actualización de la Constitución depende, como la mayoría de las normas jurídicas, de la actuación humana. En general, la norma efectiva o vigente es aquella que motiva y determina la conducta humana. Sin embargo, los poderes públicos no pueden garantizar la actualización de la Constitución en la misma medida en que garantizan el resto del sistema jurídico, puesto que la actuación de los poderes públicos presupone ya una Constitución en vigor. En el Estado constitucional, no hay autoridad sin derecho. Según señala Hesse, se confunde la naturaleza y la función del “proceso” o “poder constituyente” cuando se lo concibe como un único acto de voluntad “originario” del que derivan todos los poderes constituidos así como la obligatoriedad misma de los requerimientos constitucionales. En realidad, la vigencia real de la Constitución “es cuestión de *fuerza normativa*, de su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora” (ibíd., 52). Por eso, más que en cualquier otra área del derecho, el derecho constitucional no puede ser desvinculado de la actuación humana. La unidad política del Estado y el mantenimiento del orden jurídico dependen de que la Constitución sea una norma “de letra viva”, o mejor, un “orden vivido, formador y conformador de realidad histórica” (ibíd.: 51).

Esta interdependencia de la Constitución jurídica y la realidad cultural es la idea que está detrás de la metáfora anglosajona de la Constitución como un “*living tree*”, y es la que fundamenta lo que en la doctrina alemana se conoce como la “mutación constitucional” a través de la interpretación. La idea es básicamente que la concreción y realización de la norma constitucional se produce mediante una interpretación “dinámica” o “constructiva” de su texto. Mediante este tipo de interpretación, los resultados de la “concreción” de la norma constitucional pueden variar según los cambios que acontezcan en su “ámbito normativo”, sin tener que modificar el texto de la norma ni los elementos esenciales de su “programa normativo”. En el Estado constitucional, dicha interpretación corresponde potencialmente a todos los poderes públicos y la ciudadanía. La Constitución no puede llegar a ser una realidad cultural si los procesos de la interpretación constitucional no se realizan dentro de lo que Peter Häberle ha denominado una “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Para Häberle (2007: 194), el autor que más pormenorizadamente ha desarrollado el concepto de “cultura constitucional”, este tipo de cultura política y jurídica es “la expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y fundamento de sus nuevas esperanzas”. La cultura constitucional es, pues, una Constitución de “cuño cultural”.

No obstante, la mutación constitucional a través de la interpretación tiene solo unas posibilidades limitadas. En primer lugar, por consideraciones democráticas que tienen que ver con la Constitución como precompromiso (Elster, 1984), en un Estado democrático de derecho cada generación debe estimar la Constitución como suya, no como el compromiso heredado de las generaciones pretéritas, por lo que la reforma constitucional debe considerarse como un proceso normal en el desarrollo existencial de una Constitución (Rubio Llorente, 2012: 132). Además, como señala Hesse, cuando a través de la interpretación se llega a unos contenidos que contradicen el texto de la norma (y con ello su “programa normativo”), no cabe considerar tales contenidos como “realidad constitucional”. No puede haber una realidad constitucional en contra del Derecho constitucional, puesto que estaría otorgándose a esa realidad inconstitucional una fuerza normativa superior a la fuerza normativa de la Constitución y del Derecho. Frente a una realidad inconstitucional incapaz de producir ninguna interpretación conforme a la Constitución vigente, solo es posible salvar la vigencia de la Constitución mediante dos opciones: o bien recurrir a una política constitucional dirigida a crear las condiciones para su realización legítima, o bien reformar la Constitución (Hesse, 2011: 55).

3. El papel de los jueces en un Estado constitucional

Por último, quisiera terminar con una de las cuestiones más controvertidas en el debate contemporáneo de teoría constitucional: ¿cuál debería ser el papel de los jueces (especialmente de los jueces constitucionales) en esa “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”? A mi modo de ver, los jueces tienen y deben tener un papel decisivo en un Estado constitucional, aunque este papel no siempre se estime lo suficiente debido al “déficit democrático” que suele asociarse al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. En mi opinión, la importancia de dicho control radica en que con ello se asegura el carácter justificativo de la Constitución y del sistema jurídico. En efecto, la cultura constitucional es una “cultura de la justificación” en la medida en que incorpora unos jueces (o cualesquiera otros funcionarios independientes) con autoridad suficiente para garantizar (en última instancia) a los ciudadanos que aquellas decisiones del legislador y de los poderes públicos que afectan a sus derechos están razonablemente bien fundadas en los principios constitucionales. Lo que no significa, como hemos dicho, que sean los jueces los únicos capaces de concretar o definir el alcance de tales principios en cada caso, ni que sean los tribunales los únicos encargados de garantizar la compatibilidad de las leyes y decisiones públicas con los derechos protegidos.

Como dijimos al inicio, toda sociedad democrática consolidada tiene una cultura constitucional sobre la que se asientan sus instituciones y normas jurídicas. Ahora bien, la cultura constitucional puede ser una “cultura de la autoridad” o una “cultura de la justificación”. Esta contraposición de culturas constitucionales fue utilizada por el jurista sudafricano Etienne Mureinik en el contexto de la transición democrática de su país. Según Mureinik, la base jurídica de una cultura de la autoridad reside en la doctrina de la soberanía parlamentaria. “Universalmente, esa doctrina enseña que lo que dice el Parlamento es ley, sin necesidad de ofrecer ninguna justificación a los tribunales”. Por el contrario, en una cultura de la justificación, “el liderazgo del gobierno descansa en la contundencia de los argumentos que ofrece en defensa de sus decisiones, no en el miedo que inspira la fuerza de sus órdenes” (Mureinik, 1994: 31, 32). Una cultura constitucional de la justificación es aquella que está basada en la persuasión y no en la coerción; una cultura en la que es costumbre que todo ejercicio del poder se justifique apelando a razones públicamente disponibles cuya compatibilidad con los valores constitucionales se garantiza mediante una supervisión independiente. En este sentido, creo que el control de constitucionalidad no es contrario o no debilita el autogobierno democrático, sino al contrario, sirve para garantizar su integridad al obligar a los poderes públicos a justificar sus decisiones conforme a los compromisos morales últimos de una sociedad democrática.

En la práctica constitucional contemporánea, cabe distinguir tres clases de culturas de la justificación:

- *La cultura de la justificación en el modelo “americano”:* En la teoría constitucional se suele considerar este modelo como el “*clear-cut example*” de la supremacía judicial, y por tanto como una instancia de “cultura de la autoridad”, donde la “soberanía” no pertenece a los legisladores (y, por tanto, al pueblo) sino a la judicatura (y, como titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, a los individuos aisladamente considerados) (Cohen-Eliya y Porat, 2011). Sin embargo, una corriente importante de la teoría constitucional norteamericana describe el trabajo del Tribunal Supremo de los EEUU como una conversación constitucional de larga data con el pueblo (en este sentido, cabe mencionar, entre otros, a Alexander Bickel, Louis Fisher y Barry Friedman).

- *La cultura de la justificación en el modelo “europeo”*: En el constitucionalismo europeo de posguerra, con Constituciones escritas, rígidas y “rematerializadas” (con una pluralidad de valores y principios morales sustantivos), no se produce el mismo “déficit democrático” que en el anterior, puesto que en este modelo el control jurisdiccional de constitucionalidad se concentra en un único tribunal relativamente independiente de los demás poderes del Estado, incluido el poder judicial. Sin embargo, creo que el monopolio de dicho tribunal en materia de interpretación constitucional no puede dejar de deteriorar la deliberación democrática sobre los derechos. A pesar de ello, tampoco faltan lecturas de este modelo desde una clave deliberativa, donde los Tribunales Constitucionales son vistos como un recurso más efectivo que los tribunales ordinarios de justicia (incluido el Supremo) para dinamizar una cultura de la justificación incluso en organizaciones políticas supraestatales (Ferreres, 2011). En este sentido, se suele resaltar el papel de los Tribunales Constitucionales europeos en el proceso de formación del Derecho constitucional común europeo (Häberle, 2007: 161-175).

- *La cultura de la justificación en el modelo “commonwealth”* (Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda): En esta tradición siempre ha existido una “constitución no escrita” (no recogida en un documento canónico) que los jueces se han encargado de deducir y desarrollar a través de la *judicial review*. Hasta la segunda mitad del siglo XX (la llamada “revolución de los derechos”), el control judicial en los sistemas *common law* se reducía a la supervisión de la legalidad de los actos administrativos. A partir de los años sesenta (con la pionera *Bill of Rights* canadiense de 1960) se producen en este contexto una serie de desarrollos constitucionales con una misma finalidad: reforzar el papel de los poderes políticos representativos en la determinación concreta de los derechos humanos, introduciendo de algún modo la posibilidad efectiva para que dichos poderes respondan y contradigan las determinaciones judiciales. Por este motivo, se ha llamado a este tipo de cultura constitucional, “una cultura democrática de la justificación” (Dyzenhaus, 2015; Hunt, 2015).

A mi juicio, la cultura constitucional debe tender a ser lo más posible una cultura *democrática* de la justificación. La supremacía judicial va en contra del principio básico de la “autonomía democrática”: las personas que toman decisiones sobre cómo gobernarnos deben ser elegidas y deben responder ante su electorado. Lo cual no significa tener que asumir una concepción de la autoridad según la cual las consideraciones democráticas operan como “razones de segundo orden” que nos imponen la mera sumisión a las decisiones del legislativo/ejecutivo. Aun así, en una cultura constitucional donde la autoridad deriva principalmente de la calidad de las razones, es preciso, para evitar el riesgo de la supremacía judicial, otorgar algún peso al pedigrí democrático del agente decisor, al grado de participación que hayan tenido los individuos afectados en el proceso que condujo a la decisión, así como a la disponibilidad y efectividad de otras formas de rendición de cuentas. Reconocer que tales consideraciones democráticas deben tener un peso sustantivo no significa, sin embargo, que deban asumirse como razones concluyentes. El objetivo de una “doctrina de la deferencia judicial debida” (es decir, de la autorrestricción de los jueces constitucionales) es tratar de responder precisamente a la difícil cuestión de cuál es el papel que han de jugar tales consideraciones (fundamentalmente, la competencia institucional relativa y la legitimidad democrática) en el control judicial de las decisiones públicas.

La obligación de la autoridad pública de dar razones de sus decisiones es una parte esencial de una cultura de la justificación. Por ello, esta justificación debe tener como principal propósito facilitar a los jueces la base para un “control procesal” (o quasi-procedimental) en el que se evalúa en qué medida la decisión adoptada se sigue de las razones ofrecidas, de tal modo que dichas razones pasan a ser con

frecuencia el elemento decisivo para determinar la legalidad de la decisión. Es cierto que, al revisar la adecuación de las razones, los jueces pueden sentirse tentados de valorar la corrección o los “méritos” de la decisión misma. Sin embargo, como ha señalado Michael Taggart (2008: 463), respaldar las decisiones con explicaciones racionales es “el primer paso de la deferencia como respeto” y una importante barrera contra la determinación inapropiada por parte de los jueces de la intensidad que requiere la supervisión de cada caso. En una cultura de la justificación, las razones ofrecidas por el agente decisor principal (legislativo/ejecutivo) deben considerarse como el punto de partida de la evaluación del juez respecto a cuál ha de ser la intensidad de su escrutinio o, lo que es lo mismo, la deferencia que debe mostrar hacia el agente decisor principal.

Cuando los tribunales insisten en que las decisiones han de tomarse del modo correcto, contribuyen a mejorar el nivel de la toma de decisiones de las autoridades públicas, “introduciendo más firmemente la cultura de los derechos humanos en el proceso público de toma de decisiones” (Beatson *et al.*, 2008: 235). Esta idea tiende a provocar una gran oposición porque supone despojar a los jueces del monopolio de las respuestas correctas cuando las cuestiones tratan sobre derechos fundamentales. Sin embargo, como hemos visto, una cultura constitucional promueve que todos los poderes del Estado participen como socios en el proceso de articulación de tales derechos (es decir, en la determinación de cómo deben interpretarse y aplicarse). Un control judicial basado en el proceso de toma de decisiones, al no estar centrado en el contenido de la decisión, promueve una mayor legitimidad de la intervención de los tribunales en el proceso de toma de decisiones públicas¹. Esta forma de entender el control judicial armoniza mejor con el tipo de deferencia que los tribunales deben mostrar hacia quienes tienen la responsabilidad principal en la toma de decisiones, una posición que a menudo se justifica diciendo que los tribunales no están muchas veces en la mejor situación para valorar la proporcionalidad de las medidas impugnadas en cada caso (Beatson *et al.*, 2008: 235). Si la impugnación ante la justicia tiene éxito, la decisión debe tomarse de nuevo sobre una base adecuada por el órgano responsable. Como afirma David Dyzenhaus (2014: 255), el cambio a una cultura de la justificación, lejos de dar más poder a los jueces, da más poder al Estado administrativo o regulador. En este tipo de cultura política y jurídica, las decisiones de los poderes públicos superan el control judicial en la medida en que tales poderes demuestran que sus decisiones son “justificables”, aunque su contenido no coincide con las conclusiones que los jueces consideran correctas con independencia de las razones aportadas. En este sentido, la cultura de la justificación delinea y refuerza la separación de poderes, exigiendo al legislativo/ejecutivo que justifique el ejercicio de su poder, y requiriendo a los tribunales supervisores que defieran a la justificación razonable.

¹ Un control procesal “permite a los tribunales evaluar la racionalidad de la acción gubernamental, al tiempo que les exime de realizar la ponderación sustantiva de intereses. En su lugar, el tribunal verifica si el legislador ha basado su decisión en una ponderación sólida y amplia de intereses, o si estaban presentes las condiciones para su ejercicio. Lo cual no impone sobre el gobierno el deber de seguir un proceso bien definido, sino que meramente requiere unas garantías mínimas de una toma de decisiones ponderada y basada en evidencias”, Popelier (2013: 252). El control judicial “es menos objetable cuando los tribunales sirven meramente como un árbitro externo e independiente que asegura que se cumplen las reglas del juego, en lugar de participar en el juego mismo dictando sus resultados”, Bar-Siman-Tov (2011: 1971).

Bibliografía

- BAR-SIMAN-TOV, I. (2011), "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", *Boston University Law Review*, 91(6), pp. 1915-1974.
- BEATSON, J. et al. (2008), *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*. London, Sweet & Maxwell.
- COHEN-ELIYA, M. y PORAT, I. (2011), "Proportionality and the Culture of Justification", *The American Journal of Comparative Law*, 59, pp. 463-490.
- DYZENHAUS, D. (2014), "Proportionality and Deference in a Culture of Justification". En: Huscroft, G. et al. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 234-258.
- DYZENHAUS, D. (2015), "What is a Democratic Culture of Justification?". En: Hunt, M. et al. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart, pp. 425-445.
- ELSTER, J. (1984), *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, CUP, Cambridge.
- FERRERES, V. (2011), *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2007), *El Estado constitucional* (trad. esp., H. Fix-Fierro), Astrea, Buenos Aires.
- HESSE, K. (2011), *Escritos de Derecho Constitucional* (trad. esp., P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez), CEPC, Madrid.
- HUNT, M. (2015), "Introduction". En: M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart, pp. 1-25.
- LANE, J. E. (1996), *Constitutions and Political Theory*, Manchester University Press, Manchester.
- MURENIK, E. (1994), "A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights*, 10, pp. 31-48.
- POPELIER, P. (2013), "The Court as Regulatory Watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights". En: P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Intersentia, pp. 249-267.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- TAGGART, M. (2008), "Proportionality, Deference, Wednesbury", *New Zealand Law Review*, pp. 423-481.

Confianza en la administración pública

Trust in the Public Administration

Cecilia Güemes

Universidad Carlos III de Madrid

cguemes@clio.uc3m.es

Recibido / received: 15/05/2018

Aceptado / accepted: 15/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4353>

Resumen

En esta voz se buscará: 1) destacar la importancia de la confianza en la Administración Pública; 2) arribar a una definición y caracterización de la confianza en la Administración Pública; 3) analizar las causas y factores que explican su presencia/ausencia en determinadas sociedades, 4) sistematizar diferentes propuestas que se debaten actualmente con el objetivo de crear, reconstruir y/o recuperar la confianza institucional.

Palabras clave

Confianza, Administración Pública, Procesos Imparciales y Justos, Resultados, Imaginarios Sociales.

Abstract

The aims of this study are: (1) to highlight the importance of trust in the Public Administration; (2) to arrive at a definition and characterization of trust in the Public Administration; (3) to analyze the causes and factors that explain its presence/absence in certain societies; and (4) to systematize different proposals that are currently being debated with the objective of creating, rebuilding and/or recovering institutional trust.

Keywords

Trust, Public Administration, Fair Processes, Output, Social Imaginaries.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Definición y caracterización. 3. Causas y factores. 4. Crear o reconstruir confianza.

1. Introducción

¿Por qué hablar de la creación y promoción de la confianza en sociedades donde la clave de su sistema político liberal presupone la desconfianza ciudadana en los gobernantes? Sin desconfianza no hay vigilancia, control, pedido de rendición de cuentas, ni transparencia. Los desconfiados serían ciudadanos críticos, insatisfechos con el funcionamiento democrático que con base en una saludable precaución,

vigilan, se quejan y terminan impulsando reformas institucionales que profundizan la democracia (Norris, 1999). Sin embargo, en escenarios donde domina la desconfianza los actores sociales se resisten a pagar impuestos, obedecer la ley o entrar en relaciones con otros, priorizan beneficios inmediatos y prefieren actitudes oportunistas y de aversión al riesgo. Esto, incrementa la necesidad de monitorizar y reforzar los sistemas de cumplimiento de la ley (Offe, 1999; OECD, 2013; Herreros, 2002).

La razón principal para hablar de la confianza no son los fallos o problemas que pueda tener el modelo liberal en la práctica; para que la desconfianza sea sinónimo de vigilancia se demanda ciudadanos informados, educados y con tiempo suficiente para ejercer labores de control y reclamo. Tampoco la garantía de que el cumplimiento de la ley ahorre costes en vigilancia social. La confianza es relevante en tanto nuestros sistemas políticos apuestan por la gobernanza como modelo de gestión social. Si la gobernanza se realiza a partir del codiseño, codecisión, coproducción, coimplementación y coevaluación, la coordinación entre actores diferentes es la piedra de toque de la misma y la confianza un asunto de gran relevancia. Sin confianza la colaboración se antoja improbable y, en el caso de que exista, dicha colaboración será episódica o coyuntural y no un elemento que permita pensar en la participación ciudadana en la cogestión de lo público.

La confianza institucional (y la confianza en la Administración Pública) es fundamental para el funcionamiento y eficiencia de nuestros sistemas políticos en tanto principios liberales se combinan (queriendo o sin querer) con principios republicanos en el diseño de los sistemas actuales (Wences y Güemes, 2016). Esto también explica porque organismos internacionales promotores de la democracia liberal se preocupan en los últimos años por incorporar a la confianza entre sus objetos de análisis (OECD, 2013 y 2017; OGP, 2017).

¿Y por qué ocuparnos de la confianza en la Administración Pública? Porque es una institución que perdura con los cambios de gobiernos y es quien coordina el ejercicio de la gobernanza. Aunque la burocracia es algo feo de lo que nadie quiere hablar, (salvo que esté uno enojado y quiera usar la palabra para insultar) es algo que, incluso a los liberales económicos, preocupa. Los servidores públicos son esas personas que educan en escuelas, que curan en los hospitales, que recogen la basura de las calles, que se desplazan a los barrios y ayudan a resolver cuestiones familiares, que hacen posible que usted tenga un pasaporte o DNI para poder ejercer derechos como el voto, que controlan y previenen la violencia en las calles, que investigan en las universidades... Son aquellas personas que prestan lo que llamamos servicios públicos y garantizan que se hagan realidad los derechos consagrados en nuestras constituciones y leyes. Si la ciudadanía está llamada a colaborar con el quehacer de las administraciones públicas y participar en las decisiones que las afectan, la confianza en la administración pública y de esta en la ciudadanía es un elemento que predice la cooperación (Güemes, 2016 y 2017).

2. Definición y caracterización

En una voz previa consideramos a la confianza social como una percepción sobre los otros y el contexto, que se construye en el marco de ciertas estructuras e imaginarios sociales como subproducto de experiencias cotidianas, aprendizajes informales e información disponible (Güemes, 2016).

En dicha oportunidad, sugeríamos que la confianza, a veces entendida como una actitud, otras veces como una percepción, era un proceso dinámico asentado en un análisis del pasado pero también en expectativas sobre el futuro. Lo mismo sucede

con la confianza en las instituciones y, más específicamente, con la confianza en la Administración Pública. La confianza tiene un correlato cognitivo/racional (que implica evaluar información pasada y presente del entorno), otro afectivo/emocional (vinculado a socialización primaria y secundaria, a las expectativas de futuro y a la suspensión de la duda sobre aquello en lo que se confía) y otro sociológico/rutinario (basado en la presuposición de que los otros actuarán de modos correctos) (Lewis y Weigert, 1985; Möllering, 2006).

En el caso de la confianza en la Administración Pública (AP), tema que nos ocupa ahora, diremos que a veces sirve para expresar la satisfacción que los ciudadanos tienen respecto a la democracia y la provisión de bienes y servicios; otras veces para referir al afecto u orgullo que despierta una organización; otras veces se confunde con la confianza en el gobierno. En este trabajo definiremos a la confianza en la AP como una expectativa positiva de los ciudadanos (residentes de una comunidad) respecto a las intenciones y comportamiento de los funcionarios y empleados públicos que descansa en aspectos racionales, afectivos y sociales y que facilita la interacción entre ambos en el desarrollo de procesos colaborativos y participativos.

3. Causas y factores

Esquemáticamente, las investigaciones se reparten entre aquellas que sostienen que la confianza en la AP tiene una explicación procesal y las que enfatizan en los resultados de la gestión pública (Güemes, 2015).

Las “procesalistas o procedimentales”, sugieren que la confianza que se da a la institución expresa un apoyo difuso al sistema en que está basado. Lo importante es que el proceso se identifique como adecuado; esta caracterización supone una evaluación retrospectiva de la calidad de los procesos democráticos (justicia de las elecciones, rendición de cuentas de los representantes electos, honestidad y probidad de los funcionarios públicos, baja corrupción, *rule of law*, libertad de prensa, empoderamiento de las mujeres, etc.). En esta línea, estudios comparados como el que lleva adelante Norris (2011) llegan a la conclusión de que el desempeño procedural dibuja y da forma a la satisfacción pública. En igual sentido, el trabajo de Tyler y Hou (2002) comprueba cómo, a corto plazo, la confianza se genera a partir del trato que reciben los ciudadanos de las autoridades que ejecutan la ley como son los policías y jueces. Cuando los ciudadanos creen sus comportamientos son acorde a un proceso justo y los motivos de dichas autoridades son confiables aumenta la cooperación con ellas y, a largo plazo, se van configurando orientaciones sociales favorables a las autoridades legales y a los miembros de la comunidad que refuerzan la legitimidad de las instituciones.

Por su parte, las que desarrollan un enfoque “basado en resultados”, sostienen que son los “*output*” o la calidad de los servicios públicos lo que determina la satisfacción y confianza en una institución como la burocracia. El pionero trabajo de Parry (1976) sugería que la incapacidad del Estado para proveer a sus ciudadanos de bienes y servicio y desempeñar sus funciones exitosamente eran las causas de la desconfianza en los gobiernos. En igual sentido los resultados que cita Sims en Canadá (2001: 21-22) donde un 43% de los encuestados cree que los servicios públicos que ha recibido recientemente son buenos, pero solo el 25% creía que el rendimiento del gobierno en general fuera bueno. Levi y Stoker (2000) argumentan que la desconfianza y desafección no son consecuencia directa de un descontento con la gestión, sin embargo, los efectos de la evaluación negativa de la gestión a largo plazo serían importantes para explicar un sentimiento negativo hacia cargos políticos y a las instituciones.

A modo de sincretismo, Del Pino (2005) sugiere que los ciudadanos evalúan la AP de acuerdo con los resultados de su actividad, pero también con los valores y las metas de dichas instituciones. En España, cuando se interroga a la ciudadanía, las evaluaciones en general suelen ser muy negativas, en cambio cuando se les pregunta en concreto por los servicios públicos y las diferentes organizaciones e instituciones que conforman la AP las respuestas son muy positivas. La explicación a este “cinismo estatista” radicaría en que en el primer caso se activan los estereotipos burofóbicos y en el segundo es la experiencia concreta la que determina la opinión.

La última de las interpretaciones daría paso a un tercer enfoque que reivindicaría el papel de los imaginarios y los determinantes culturales en la construcción de la confianza (Van de Walle et. al. 2008; Bouckaert, 2012). Dentro de este enfoque cobran interés, por un lado, la construcción histórica de una identidad social: como se imaginan, piensan y sienten los conciudadanos en tanto sociedad y respecto a sus instituciones y, por el otro, los prejuicios y estereotipos que se tienen sobre las instituciones o sus miembros. El trabajo de Rothstein (2000 y 2005) demuestra cómo la confianza es una creencia que, por un lado, deriva de la definición del “nosotros” y valoraciones morales que se van construyendo acerca de los “otros” y, por otro, está estrechamente ligada a las memorias históricas colectivas. La confianza necesita una idea de “nosotros” que articule el relato y suerte individual con la social. Asimismo, si consideramos a la confianza en el servicio civil como una actitud que se basa en sentimientos y que es primordialmente afectiva, también deberían tener un fuerte peso las ideas de patriotismo o identidad cultural (Norris, 2011: 189) e incluso el legado y las orientaciones autoritarias podrían jugar un rol más importante que el desempeño para explicar la confianza en países asiáticos (Ma & Yang, 2014).

En suma, los resultado de las investigaciones citadas generan elementos para creer que, si reformamos el proceso y lo hacemos más legítimo, transparente y equitativo (profesionalidad de los funcionarios, digitalización de la AP, orientación hacia el cliente, etc.) o si incrementamos la calidad de los productos y servicios que ofrece el Estado (más cobertura, mejor accesibilidad, mejor trato al ciudadano, etc.) aumentará la satisfacción con los mismos y, por ende, la confianza en el proveedor, pero también es preciso crear imágenes y relatos sobre las instituciones que nos afecten emocionalmente antes que racionalmente.

Dicho todo esto, la pregunta que surge es: cómo cambiar estados de desconfianza en confianza, para aceitar las relaciones entre ciudadanía e instituciones y fomentar la cooperación entre ellas que la gobernanza demanda.

4. Crear o reconstruir confianza

Si bien es cierto que allí donde no hay confianza normalmente es porque hay una profunda desconfianza, creemos analíticamente relevante distinguir dos escenarios diferentes. El primero refiere a la pérdida de confianza, lo que presupone que antes existía confianza pero por alguna razón ésta se fue deteriorando, desgastando o perdiendo. El segundo es propio de un clima de desafección institucional y ausencia crónica de confianza social e institucional, en estos casos nunca existió confianza o siempre existió poca confianza. La diferencia estaría dada no solo en el grado o intensidad del problema sino en la construcción histórica e institucional de cada tipo de sociedad y en las memorias y relatos preexistentes.

En el primer tipo de escenario encajan mejor los casos europeos, donde la crisis económica y la emergencia de escándalos flagrantes de corrupción han sido determinantes en la pérdida de confianza en las instituciones y en el enojo ciudadano.

En el segundo se pueden ubicar los países latinoamericanos, donde la baja eficacia estatal y debilidades de la propia administración, sumadas a la complicada relación que históricamente se establece entre las instituciones de gobierno y los ciudadanos, marcan y dan forma a relaciones apáticas y a la indiferencia.

En cualquiera de los casos la desconfianza es una actitud estable en el tiempo y que se resiste a la nueva información que podría contradecirla, que suscita sospecha y cinismo. Aquellos que han aprendido a desconfiar se reafirman en sus creencias de que el riesgo de la confianza es demasiado alto de asumir y la desconfianza se auto-refuerza. Por ello, el proceso en virtud del cual una sociedad pasa de ser desconfiada a ser confiada supone cambios profundos en los estados mentales y en las creencias cognitivas de los sujetos. Sin embargo, consideramos que los hechos, razones y emociones que hay detrás de cada tipo son diferentes y por ello la comprensión reclama distinciones. En donde la confianza no existía la desconfianza es más profunda y carece de referencias o asidero. Pensando en Latinoamérica ello probablemente responda a que las instituciones no han logrado consolidarse como tales en el sentido weberiano, como actores imparciales, de acceso meritocrático, que aplican leyes generales y procedimientos estandarizados de modo igualitario. También porque otras instituciones informales basadas en confianzas personalizadas regulan la vida social en paralelo y en competencia con las instituciones formales. Las reglas del juego no las marcan principalmente las instituciones formales como la ley sino también las instituciones sociales informales y la moral individual. Construir confianza en instituciones en estos escenarios es mucho más complejo que en los otros casos y requiere esfuerzos en varias dimensiones (Güemes y Wences, próximamente).

Por el contrario, en los casos donde la confianza ha sido dañada, la literatura insiste en las dificultades de su restauración pero las vías son menos complejas y cuando los individuos observan una serie de acciones consistentes la confianza puede recrearse. En casos de eventos anti-éticos o escándalos de corrupción, las respuestas inmediatas y de rechazo contundente son el primer paso. Luego debe indagarse lo sucedido para poder explicarlo hacia dentro de la organización y comunicarlo hacia fuera. Sobre las herramientas a implementar, dependerá del caso de que se trate. Pero debe estar claro que las disculpas y compensaciones no alcanzan si no hay cambios estructurales y culturales y el establecimiento de controles formales e informales que prevengan hechos futuros. Las medidas de apertura y transparencia podrían ser útiles para reconducir el camino y recomponer el lazo dañado (Kramer y Lewicki, 2010; Gillespie, Diez y Lockey, 2014).

Por su parte, existen cuasi nulas referencias de cómo proceder cuando se parte de niveles de apatía o desconfianza generalizada o crónica hacia las instituciones. El trabajo de Berman (1997) analiza las actitudes de los ciudadanos y el cinismo respecto a una serie de estrategias de información, participación y reputación que implementan los gobiernos. Sus conclusiones destacan: a) las estrategias que se asocian con la disminución del cinismo, como son la realización de grupos de discusión con ciudadanos, las respuestas inmediatas a preguntas y quejas ciudadanas, las encuestas para identificar preferencias de los ciudadanos y reuniones regulares con activistas; b) la importancia de las condiciones sociales y económicas sobre el cinismo. Ciudades con poblaciones más educadas, altos niveles de riqueza y baja delincuencia tienen menos cinismo.

En términos operativos, asumir las dificultades de la potenciación de la confianza y la necesidad de respuestas integrales (racional, emocional y social) debería ser el primer paso para pensar en crear confianza. Lo segundo, es definir qué organización pública es con la que tratamos, que historia y régimen burocrático

domina (meritocrática, clásica o clientelar), su ámbito de actuación (si es nacional, regional o local), si presta servicios tangibles o intangibles (sanidad o defensa), si se relaciona con los ciudadanos o no (si media atención al público o no), etc. Fomentar la confianza demanda delinear previamente y con el mayor detalle posible el objeto de estudio, para ello urge, tanto una arqueología de la institución que nos arroje información sobre su configuración histórica, como una investigación profunda sobre su desempeño y caracterización actual.

Hechas estas aclaraciones, recuperamos cuatro ámbitos de acción que las Administraciones no deberían perder de vista para mejorar la confianza ciudadana en ellas (Güemes y Brugué, 2017).

1) Información sobre el desempeño y acción de las administraciones. Muchas veces la desconfianza en la institución responde a que los ciudadanos no saben muy bien qué es lo que hace la organización ni su rendimiento efectivo y se guían por alguna anécdota que escucharon o lo que los medios dicen. En dichos casos, las campañas de rendición de cuenta y comunicación institucional suelen ser muy efectivas para sensibilizar a la población sobre la importancia de la organización pública y su vocación de servicio. Si se sostiene en el tiempo y se articula debidamente, los relatos basados en información pueden ir creando nuevos imaginarios.

2) Productos de calidad. La insatisfacción con los servicios y bienes recibidos o la baja cobertura de los mismos, suele también ser un factor de relevancia a partir del cual se evalúa a la administración pública, aunque no sea el más importante. Las reformas en la gestión, orientadas a mejorar el rendimiento de las organizaciones, y las políticas sociales suelen ser la clave en este aspecto.

3) Procesos imparciales y abiertos. Cuando los ciudadanos visualizan cómo algunos de sus compatriotas acceden de modo más rápido y fluido a ciertos servicios como obtener una cita médica o un documento, la sensación de injusticia bloquea cualquier afecto hacia la institución. Igualmente, cuando la posibilidad de dialogar o participar en decisiones públicas que afectan a los ciudadanos está vedada a la intervención ciudadana. Fomentar procesos justos e imparciales, atacar la corrupción e introducir herramientas de participación son vías privilegiadas para crear confianza.

4) Imaginarios y Prejuicios. Las ideas que nos forjamos del mundo en el que vivimos, de las otras personas y de las instituciones están claramente influidas por los imaginarios sociales. En la configuración de estos últimos, influyen las acciones políticas que apuntan al desarrollo del orgullo por lo público o su negación frente a lo privado. Recrear un mundo simbólico alrededor de las organizaciones públicas es algo difícil pero sumamente necesario para desarrollar respeto, afecto y confianza en las organizaciones.

Bibliografía

- BERMAN, E. (1197), "Dealing with Cynical Citizens", *Public Administration Review* 57, nº 2, p. 105.
- BOUCKAERT, G. (2012), "Trust and Public Administration", *Administration*, 60 (1), pp. 91–115.
- DEL PINO, E. (2005), "Attitudes, Performance and Institutions: Spanish Citizens and Public Administration", *Public Performance & Management Review*, 28 (4), pp. 512–531.
- GILLESPIE, N., DIETZ, G., & LOCKEY, S. (2014), "Organizational Reintegration and Trust Repair after an Integrity Violation: A Case Study", *Business Ethics Quarterly*, 24 (3), pp. 371-410.
- GÜEMES, C. (2015), "(Des) Confianza en el Sector Público: ¿síntomas de un bajo rendimiento de los gobiernos y las burocracias latinoamericanas?". En: L. Paramio (coord.), *Desafección política y gobernabilidad: el reto político*, Madrid, Marcial Pons, IELAT-CAF, pp. 109-125.
- GÜEMES, C. (2016), *Confianza*, Revista Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, pp. 132-142.
- GÜEMES, C. (16 de marzo de 2017), *La confianza, ese factor silencioso que nos permite cooperar con las instituciones*, Obtenido de Tribuna en SomosIberoamerica.org (SEGIB), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://somosiberoamerica.org/tribunas/la-confianza-ese-factor-silencioso-que-nos-permite-cooperar/>
- GÜEMES, C.; BRUGUÉ, Q. (2017), Confianza y Gobierno Abierto en América Latina. En: A. Nasser, & A. R. Ramírez- Alujas, *Desde Gobierno Abierto al Estado Abierto en América Latina y el Caribe: hacia una nueva arquitectura para enfrentar los desafíos de la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), pp. 253-282.
- GÜEMES, C.; WENCES, I. (próximamente), "Comportamientos incumplidores, reflexiones sobre las emociones, motivos y contextos que hay detrás y los posibles remedios políticos", Aceptado para su Publicación en Revista Paper (Barcelona).
- HERREROS, F. (2002), *¿Por qué confiar? El problema de la creación de capital social*, Madrid, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, CEACS.
- KRAMER, R., LEWICKI, R. (2010), "Repairing and Enhancing Trust: Approaches to Reducing Organizational Trust Deficits", *The Academy of Management Annals*, 4 (1), pp. 245-277.
- LEVI, M., & STOKE, L. (2000), "Political Trust and Trustworthiness", *Annual Review of Political Science*, 3 (1), pp. 475-507.
- LEWIS, D., & WEIGERT, A. (1985), "Trust as a Social Reality", *Social Force*, 63 (4), pp. 967-985.
- MA, D., & YANG, F. (2014), "Authoritarian Orientations and Political Trust in East Asian Societies", *East Asia*, 31 (4), pp. 323-341.
- MÖLLERING, G. (2006), "Trust beyond risk: The leap of Faith", Oxford, Elsevier.
- NORRIS, P. (2011), "Democratic Deficit. Critical Citizens Revisited", New York, Cambridge University Press.
- OECD. (2013), "Governance at Glance", Paris, OECD Publishing, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/governance-at-a-glance-2013_gov_glance-2013-en
- OECD. (2017), "Trust and Public Policy: How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust", Paris, OECD Publishing.
- OFFE, C. (1999), "How can we Trust our Fellow Citizens?" En: M. Warren, *Democracy and Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 42-87.
- OGP. (2017), "Trust: the fight to win it back", O. G. Partnership (Ed.).

- PARRY, G. (1976), *"Trust, distrust and consensus"*, British Journal of Political Science, 6, PP. 129-142.
- ROTHSTEIN, B. (2005), *"Social Traps and the Problem of Trust"*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ROTHSTEIN, B. (2000), *"Trust, social dilemmas, and the strategic construction of collective memories"*, Journal of Theoretical Politics, 12, pp. 477-501.
- SIMS, H. (2001), *"Public Confidence in Government, and Government Service Delivery"*, Ottawa, Canadian Centre for Management Development.
- TYLER, T. R., & HUO, Y. J. (2002), *"Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with the Police and the Courts"*, New York, Russell Sage Foundation.
- VAN DE WALLE, S. V. (2008), *"Trust in the public sector: Is there any evidence for a long-term decline?"*, International Review of Administrative Sciences, 74 (1), pp. 45-62.
- WENCES, I., & GÜEMES, C. (2016), *"Democracia republicana y confianza en América latina: la esperanza que no llega, que no alcanza"*, Andamios, Revista de Investigación social, 13 (30), pp. 13-38.

Buenas Prácticas (Códigos de) Best Practices (Codes of)

Txetxu Ausín*

Instituto de Filosofía, CSIC

txetxu.ausin@cchs.csic.es

Recibido / received: 17/04/2018

Aceptado / accepted: 30/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4354>

Resumen

Los códigos de buenas prácticas recogen de manera ordenada y sistemática aquellas experiencias que resultan aconsejables en un determinado ámbito porque han arrojado resultados positivos y han demostrado su éxito y utilidad, de modo que merece la pena que se repitan y sean compartidas. Especialmente relevantes en el ámbito de las organizaciones del sector público, se mueven entre la tradición y la innovación y entre sus funciones están el reconocimiento de la misión de la actividad, la generación de conocimiento, el aprendizaje e innovación sobre la misma, la protección frente a presiones externas, la prevención de malas prácticas, la confianza y la ejemplaridad. Hay discusión sobre su valoración pero, como mínimo, deberían responder a un serie de requisitos: participación, flexibilidad, adhesión, accesibilidad, monitorización y difusión.

Palabras clave

Buena práctica/mala práctica, modelo, ética, innovación, cultura organizacional.

Abstract

The codes of best practices collect in an orderly and systematic way those experiences that are advisable in a certain field because they have yielded positive results and have shown their success and usefulness so that they are worth repeating and sharing. Especially relevant in the realm of public sector organizations, they move between tradition and innovation and among their functions are the recognition of the mission of the activity, the generation of knowledge, learning and innovation about it, protection against external pressures, the prevention of bad practices, trust, and exemplariness. There is discussion about their assessment but, at a minimum, they should respond to a series of requirements: participation, flexibility, adhesion, accessibility, monitoring and dissemination.

Keywords

Best practice/bad practice, model, ethic, innovation, organizational culture.

SUMARIO. 1. Definición. 2. Tradición e innovación. 3. Funciones. 4. Valoración. 5. Requisitos. 6. Conclusiones.

* Este trabajo se realiza en el marcos de los proyectos de investigación KONTUZ! “Responsabilidad causal de la comisión por omisión” (MINECO FFI2014-53926-R) y NEW TRUST-CM “Programa interuniversitario en cultura de la legalidad” (CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, COMUNIDAD DE MADRID S2015/HUM-3466).

1. Definición

Las “buenas prácticas” se refieren a aquellas experiencias, procesos y actividades que resultan aconsejables en un determinado ámbito porque han arrojado resultados positivos y han demostrado su éxito y utilidad en un contexto concreto, de modo que merece la pena que se repitan y sean compartidas por el mayor número de implicados que puedan adoptarlas. Una definición estándar utilizada en el ámbito de la Unión Europea es la siguiente:

“[Buenas prácticas son] Fórmulas que han demostrado, por medio de la investigación y la evaluación, su eficacia y sostenibilidad, que producen resultados sobresalientes y que pueden ser aplicables y adaptables a otras situaciones” (Comisión Europea, 2004: 13).

El concepto de “buenas prácticas” se utiliza en una amplísima variedad de ámbitos y contextos para referirse a las formas óptimas de realizar un proceso o actividad y que, por ello, constituyen un modelo. En este sentido de “modelos”, son prototipos¹, que pueden ser sistematizados en códigos, a los que se les confiere un valor porque permiten aprender de las experiencias previas y aprendizajes en ese determinado ámbito.

La búsqueda de “buenas prácticas” se relaciona con el planteamiento de criterios de calidad y excelencia en las organizaciones y sus actividades, y remiten no solo a la gestión y los procedimientos, sino también a la satisfacción de los implicados y al más elevado cumplimiento de los bienes internos (principios) que caracterizarían dicha actividad.

En resumen, las “buenas prácticas” incluyen los siguientes atributos:

- Desarrollan soluciones positivas y de mejora de una actividad.
- Parten de una evaluación cuidadosa basada en evidencias y del análisis de los valores y principios de la actividad.
- Actúan como modelos y guías.
- Se sistematizan a través de su formulación en códigos u otros documentos, propiciando su institucionalización y sostenibilidad (manteniéndose en el tiempo y produciendo efectos duraderos).
- Generan un conocimiento compartido que implica su difusión y réplica.

En el contexto de la ética pública, de la ética de las organizaciones y actividades del sector público (Ausín, 2012; Villoria & Izquierdo, 2015), los códigos de buenas prácticas son un instrumento fundamental de la infraestructura ética que persigue fomentar estándares de excelencia y calidad en dichas actividades. Los códigos de buenas prácticas en el sector público son declaraciones sobre valores, principios y conductas deseables y exigibles en las organizaciones del sector público, que presentan diferentes niveles de generalidad y de especificidad. Se proponen como prototipos de buena conducta y buenos procedimientos en dicho ámbito y promueven la excelencia profesional y los bienes internos (principios) de la actividad, como son la integridad, la honestidad, la imparcialidad y el respeto, entre otros. Los códigos de buenas prácticas en el ámbito del sector público recogen valores,

¹ Los códigos de buenas prácticas remiten a la idea de “prototipo social”, en tanto en cuanto son abiertos, experimentales y recursivos (basados en el método “ensayo-error”). Sobre qué es un prototipo social y cómo se desarrolla, véase (Lafuente y Horrillo, 2017).

responsabilidades, roles, obligaciones y restricciones aplicables en las organizaciones del sector público y lo hacen con un carácter eminentemente orientador (OCDE, 1997, 2000).

Los códigos se caracterizan porque no pretenden regular conductas legalmente estipuladas; va de suyo el cumplimiento de la ley y de los reglamentos aplicables a cada actividad del servicio público. Su pretensión es la de incidir en el *ethos* del servidor público, generando hábitos, convicciones y cambio de cultura institucional que, en última instancia, impregna a la misma sociedad, favoreciendo la confianza en las instituciones sociales.

2. Tradición e innovación

Aunque pueda parecer un contrasentido, los códigos de buenas prácticas se mueven entre la tradición y la innovación. Vamos a explicarnos.

Por un lado, existe una larguísima tradición histórica en el desarrollo y formulación de códigos éticos y de conducta en muchas actividades y ámbitos profesionales. Es bien conocido el caso del “Juramento Hipocrático”, que orienta a los médicos en su actividad profesional y que se atribuye a Hipócrates o a un discípulo suyo en el siglo V a. C. Los así llamados “códigos deontológicos” definen los principios y conductas de actividades profesionales como la medicina, el periodismo, la ingeniería, la abogacía, etc. El término “deontología” remite a Jeremy Bentham y hace referencia al conjunto de principios y reglas de carácter no técnico que rigen el ejercicio de una profesión y que determinan, por tanto, la pertenencia a un grupo profesional; de ahí la estrecha vinculación de los códigos deontológicos con los colegios y agrupaciones profesionales. No deja de ser compleja la relación de los códigos deontológicos con la ética y, muy especialmente, con el derecho (Líbano, 2011). Sobre todo cuando van más allá de su carácter orientador y se convierten en obligaciones de necesario cumplimiento para los profesionales sometidos a las mismas (sobre esto volveremos al final del artículo).

En el ámbito de la función pública podemos encontrar también un precedente de los códigos de buenas prácticas en los llamados “Tribunales de Honor”². Los Tribunales de Honor son unas instituciones típicamente españolas, sin parangón en el Derecho extranjero, que nacen en el ámbito castrense para juzgar oficiales (Real Decreto de 3 de enero de 1867). Se extienden luego a la Administración pública (en la legislación de funcionarios civiles de 1918) y más tarde a la esfera privada, en especial a los colegios profesionales. Estaban formados por los pares del encausado y tenían por finalidad juzgar la dignidad de éste para pertenecer al cuerpo o profesión de la que era miembro. De resultar declarado indigno, el sujeto era expulsado del cuerpo, sin que pudiera interpone recurso alguno. Estos tribunales no jugaban actos aislados, sino conductas y estados de opinión acerca de la dignidad de un individuo para formar parte de un cuerpo. El bien jurídico protegido no era el honor del enjuiciado, sino el del cuerpo al que pertenecía. El procedimiento era sencillo, se daba audiencia al interesado y se mantenía casi clandestina la tramitación que concluía con la absolución o la separación del servicio y la consiguiente propuesta a la autoridad correspondiente. El artículo 95, párrafo último, de la Constitución española de 1931 abolió todos los tribunales de honor “tanto civiles como militares”. Tras la Guerra Civil se repusieron con la Ley de Tribunales de Honor, de 17 de octubre de 1941. El sistema

2 Agradezco a Ángel Zurita, Letrado del Ayuntamiento de Bilbao y Vicepresidente de la Asociación de Letrados de Entidades Locales, su observaciones y comentarios sobre los Tribunales de Honor y la jugosa y larga charla mantenida acerca de la ética pública y los valores municipales, en un larguísimo y accidentado viaje que compartimos.

se completó con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964. El artículo 26 de la Constitución española de 1978 prohibió los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (y posteriormente se hizo lo mismo en el ámbito militar con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que en su artículo 21.2 establece que quedan prohibidos los Tribunales de Honor en el ámbito militar).

Frente a este “peso” de la tradición con relación a los códigos de buenas prácticas, también hay que decir que, por otro lado, tienen un innegable carácter de innovación social en la medida en que desarrollan soluciones nuevas o creativas, aportan mejoras e incorporan capacidad de cuestionamiento, retroalimentación y reorientación de las actividades a las que se refieren. Recuérdese que las innovaciones se caracterizan por ser procesos interactivos que generan algo nuevo, transformador y valioso en sistemas y entornos determinados (Echeverría, 2017). Las innovaciones alteran los sistemas y entornos donde se producen. En este sentido, los códigos de buenas prácticas suscitan no pocas veces rechazo y resistencias (sin oposición, no hay innovación), precisamente porque conllevan cambios y a veces transformaciones profundas. Pensemos en el nuevo paradigma de gobierno abierto, de transparencia y de acceso a la información, considerado uno de los elementos fundamentales de las buenas prácticas de la administración pública contemporánea. O en el valor de la participación ciudadana desde una perspectiva de administración relacional (Alguacil, 2012). Y es que los códigos de buenas prácticas en el ámbito de las organizaciones del sector público adquieren el carácter de innovación social que surge de la experiencia, el uso y la interacción entre los servidores públicos y la ciudadanía, en el sentido de la “democratización de la innovación” Von Hippel (2005).

Podemos mencionar códigos de buenas prácticas en el ámbito de la función pública que van desde el Informe *Northcote-Trevelyan* de 1854 en Reino Unido al *Civil Service Code* (1996) del mismo país, pasando por la Ley de Ética en el Gobierno de USA (1978), la *Public Service Act* de Australia (1999) o el Código Ético y de Valores para el Sector Público de Canadá (2003), aparte de los códigos-tipo desarrollados por organizaciones internacionales como la ONU, la OCDE, el Consejo de Europa, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) o la Comisión Europea, entre otros (Diego, 2013). En 2005, en España se aprobó el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado –derogado expresamente por la Ley 3/2015 de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la AGE, disposición derogatoria c)– y posteriormente el Estatuto Básico del Empleado Público (2007). También ha habido un importante desarrollo reciente de códigos de ética y buenas prácticas en el ámbito autonómico y municipal (Longo y Albareda, 2015; Jiménez, 2017b) –siendo el Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa el más avanzado hasta el momento, pues incluye no solo un código para altos cargos sino otros tres: uno para el empleo público foral, otro en materia de contratación pública y uno próximo para subvenciones: <https://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-de-integridad>³.

3 Además, otra de las singularidades de este Sistema de Integridad Institucional es que el órgano de garantía, la Comisión de Ética Institucional, está formada por tres miembros externos al gobierno foral, mientras que los internos con voz y voto se reducen a dos.

3. Funciones

A la luz de todo lo anterior, cabe establecer algunas funcionalidades básicas de los códigos de buenas prácticas.

3.1 Reconocimiento e identidad:

Los códigos y documentos de buenas prácticas constituyen un reconocimiento público de la misión de una determinada actividad y, en el caso que nos ocupa, la caracterización de los valores, principios y prácticas que definen a las organizaciones del sector público. Remiten a una toma de conciencia de los compromisos no solo técnicos sino también morales en este ámbito, que no se reducen al combate contra la corrupción económica sino que también se refieren a otros valores y anti-valores implicados en el servicio público, como el abuso de autoridad, el acoso, la falsedad, el nepotismo, etc. Los códigos de buenas prácticas contemplan tanto valores morales indispensables, como el respeto, la honestidad o la integridad, como un conjunto de exigencias y competencias técnicas y organizativas. La “bondad” de las prácticas recogidas remiten a un principio ético básico de beneficencia, que se interpreta como hacer bien las cosas (eficiencia) para hacer el bien a los demás (ética).

Como poco, los códigos de buenas prácticas introducen reflexividad en la actividad a la que se refieren, constituyendo una meditación en voz alta, pública, sobre las dimensiones morales de esta actividad, sobre qué prácticas ayudan a alcanzar las metas de la misma y sobre qué valores y principios se consideran necesarios para proporcionar a la sociedad el bien interno que le incumbe, lo que le es intrínsecamente propio, su misión. De este modo, favorecen asimismo el sentimiento de pertenencia a una organización o institución, creando “identidad”.

3.2 Pedagogía

Al establecer normas, obligaciones y buenas prácticas, los códigos funcionan como guías de conducta de la actividad. En este sentido, tienen una triple función: informativa, argumentativa y de aprendizaje. Generan un conocimiento compartido sobre la actividad, sirven como argumento en la discusión y reflexión sobre la misma y permiten el intercambio y la difusión de experiencias exitosas para su réplica. El objetivo último de los códigos de buenas prácticas es impulsar el cambio en la cultura de una determinada organización o servicio, de ahí su carácter innovador, como hemos dicho, forjando hábitos y convicciones y favoreciendo la interiorización de estas buenas prácticas, más allá de los controles. En definitiva, se trata de desarrollar un *ethos* profesional, un carácter que se adentre en la lógica propia de la actividad. Recuérdese que en el caso de los servicios públicos, éstas son actividades cooperativas, recurrentes e institucionalizadas y donde, en consecuencia, la cultura institucional ejerce una enorme influencia en las percepciones y elecciones de los servidores públicos. Así, el entorno de expectativas y roles afecta y explica una parte importante de las conductas finales de los implicados (*stakeholders*).

3.3 Protección y prevención

Los códigos de buenas prácticas contribuyen a defender la actividad y los bienes internos que la caracterizan frente a presiones externas (económicas, mediáticas...). Constituyen por ello mecanismos protectores de la actividad que, en el caso de las organizaciones del sector público, operan como garantía de imparcialidad. Asimismo, son un valioso instrumento de prevención de malas prácticas, abusos y corrupción pues cuando intervienen los tribunales de justicia, el daño a la organización y al servicio público ya está hecho y es muy difícil revertirlo (Jiménez, 2017a). Los códigos son

instrumentos de autorregulación con una dimensión eminentemente preventiva, frente al carácter represivo o disuasorio de los marcos jurídicos. Ya hemos hablado del carácter básicamente orientativo de los códigos de buenas prácticas dentro del conjunto de instrumentos y herramientas para fomentar la excelencia y unos altos estándares de conducta en el seno de las organizaciones del sector público (infraestructura ética).

3.4 Ejemplaridad

Los códigos de buenas prácticas acrecientan el prestigio de una actividad, dignificándola socialmente y estableciendo condiciones de ejemplaridad (la fuerza de lo que es como debería ser). Por ello, estos códigos son modelos, patrones, que marcan pautas deseables en la configuración y desarrollo de una actividad. De aquí que necesariamente los códigos hayan de ser públicos, proporcionando información no solo a los profesionales sino también a la sociedad. Sin duda, la ejemplaridad constituye uno de los valores esenciales para la dignificación de las actividades del servicio público y la restauración de la confianza entre ciudadanos y servidores públicos. Al gobernante y al gestor público solo le cabe practicar con el ejemplo (Gomá, 2009).

3.5 Confianza

Los códigos de buenas prácticas, en tanto que elementos fundamentales de la infraestructura ética de las organizaciones y, muy en particular, de las del sector público, contribuyen al control social de las actividades profesionales, políticas y de la administración, estableciendo prácticas y pautas de conductas deseables y, a contrario, señalando y censurando la mala praxis en dichos ámbitos. Pero además, como hemos dicho, contribuyen a generar hábitos, convicciones y cambio de cultura en las organizaciones, mediante la replicación y repetición de experiencias positivas, lo que genera confianza, capital social e incentivos para cooperar. No es posible mantener una sociedad compleja sin la confianza y, por tanto, una función fundamental de los códigos de buenas prácticas es la de generar y restaurar confianza entre los ciudadanos y las organizaciones, especialmente las instituciones políticas, en un momento de máximo descrédito de las mismas (Ausín, 2015).

4. Valoración

Acabamos de presentar una serie de importantes funciones que los códigos de buenas prácticas pueden ejercer con respecto a diferentes actividades y contextos y, en concreto también, en lo que se refiere a las organizaciones del sector público: el reconocimiento de la misión de la actividad, la generación de conocimiento, aprendizaje e innovación sobre la misma, la protección frente a presiones externas, la prevención de malas prácticas, la confianza y la ejemplaridad. Todos estos elementos tienen un innegable carácter positivo con relación a la actividad y abundan en una consideración favorable hacia los códigos de buenas prácticas.

Sin embargo, en muchas ocasiones se han percibido estos instrumentos como la defensa de unos privilegios de grupo, que refuerzan el poder de determinadas actividades o agrupaciones profesionales. Y es que la innegable función de protección de la actividad a la que nos hemos referido no debería eludir el sometimiento de la misma a las normas jurídicas legítimamente establecidas. Así, en el debate en la II República española sobre la abolición de los Tribunales de Honor se adujo que, por principio, en un Estado de Derecho no era aceptable el mantenimiento de una justicia privada de carácter gremial –a lo que se añadía el irregular procedimiento que normalmente seguían estas instituciones y la falta de equidad derivada tanto de la imprevisión de las causas como de la no posibilidad de recurrir contra sus decisiones. Nicolás Pérez Serrano decía, por su parte, con respecto a los Tribunales de Honor:



“... nacidos para velar por el honor profesional, degeneraron muchas veces, sirviendo su secreto y las escasas garantías de sus procedimientos para satisfacer pasiones políticas, rencores de Cuerpo o estímulos de codicia. Justo es reconocer también que en ocasiones sirvieron para librarse a verdaderos delincuentes de las penas que su conducta merecía. En general, pues, eran instrumentos de inmenso peligro y de harto discutible provecho: muy pocos sentirán su desaparición” (tomado de Domínguez-Berrueta, 1992). Más recientemente, Alejandro Nieto ha criticado la falta de precisión de los códigos de ética y de conducta, que supondrían una quiebra del principio de legalidad en tanto en cuanto pueden dar lugar a expedientes disciplinarios o evaluaciones desfavorables (Nieto, 2008).

En esta línea crítica, también se ha aducido que el concepto de “buenas prácticas” remite a una estrategia de despolitización y a un enfoque pragmático, científico, basado en la experiencia y que reniega de la política (Hammersley, 2013). Un enfoque que supone un modo de capturar la realidad de una actividad obviando consideraciones políticas y de poder⁴, subrayando la pertinencia de prescindir de los prejuicios, separando lo técnico de lo político y defendiendo la aplicación de las “buenas ideas”, vengan de donde vengan ideológicamente, en lo que Bourdieu (2001) llama “políticas de despolitización”. Para esta crítica del concepto de “buenas prácticas” hay preguntas previas ineludibles que han de responderse: ¿Qué es una “buena práctica”? ¿Para quién? ¿Quién evalúa y decide su bondad? ¿Cómo? (Shore y Wright, 2015).

Asimismo, una sombra de desconfianza y escepticismo cae sobre los códigos de buenas prácticas, dado que en muchas ocasiones han tenido un carácter meramente retórico y vacío, cuando no descaradamente publicitario, pero sin ningún impacto sobre la calidad y excelencia de la actividad. Peor aún, este tipo de códigos meramente programáticos, que conciben la ética como mera cosmética, han generado mayor frustración y desconfianza y han ejercido como coartada, en muchos casos, de malas prácticas (un sector con un amplio elenco de códigos de buenas prácticas es el de la banca, por ejemplo).

5. Requisitos

Si los códigos de buenas prácticas aspiran a realizar las relevantes funciones que hemos formulado (reconocimiento, pedagogía, protección, prevención, confianza y ejemplaridad), evitando las críticas a las que también nos hemos referido (gremialismo, científico, despolitización y desconfianza), habrán de satisfacer una serie de requisitos mínimos que explicitamos a continuación:

5.1 Participación

Los códigos se han de desarrollar e implementar desde las propias organizaciones, desde quienes llevan a cabo la actividad, con todo el asesoramiento externo que se precise y, si fuera posible, con la intervención de los legos, de la ciudadanía. En el caso de los códigos de buenas prácticas para el sector público, todos los actores de las políticas públicas (políticos, técnicos, asociaciones, individuos) definirían sus necesidades, reconociendo las necesidades de los demás, cooperando en el establecimiento de los satisfactores, compartiendo soluciones e implicándose, en última instancia, en la acción, –interviniendo en el balance social de los resultados (co-responsabilidad, co-gestión). Desde esta estrategia de abajo-arriba (*bottom-up*) se

4 Según Alejandro Nieto, este tipo de instrumentos puede permitir a determinados agentes sociales con poder hacerse resistentes a la influencia política e incluso dominarla (Nieto 2008: 272).

evitaría la crítica de la “despolitización” y de la reducción de las “buenas prácticas” a consideraciones meramente técnicas y quasi-científicas (tecnocráticas), favoreciendo la aceptación e interiorización de las mismas, por mor de su mayor legitimidad (Schwenke, 2007). Preguntas como las mencionadas (¿Qué es una “buena práctica”? ¿Para quién? ¿Quién evalúa y decide su bondad? ¿Cómo?) deberían ser respondidas desde procesos con la máxima participación y transparencia.

En todo caso y como mínimo, no habría que “importar” documentos ajenos, elaborados por otras organizaciones, para otros contextos, o por comisiones ajenas al propio entramado de la organización, como ha ocurrido en algunos de los llamados “procesos de modernización” de las administraciones públicas.

5.2 Flexibilidad

Los códigos han de ser documentos abiertos y flexibles (Verbos et al., 2007). No son las tablas de la ley inmutables y fijas. La evolución de las demandas de la sociedad, las nuevas exigencias, circunstancias y comportamientos, hacen que los códigos se vayan reformando y modificando, convirtiéndose en un instrumento “vivo” para la mejora continua de los estándares éticos del servicio público y el fortalecimiento de la confianza pública. Esta concepción flexible de los códigos de ética pública implica procesos de evaluación de su despliegue y aplicación, tanto evaluación interna, a través de su organismo de monitorización (véase más adelante), como externa, a cargo de instituciones evaluadoras.

5.3 Adhesión

Debe quedar claro a quién afecta el código y cómo se establece la fuerza vinculante del mismo, pues no se deriva del cumplimiento de las leyes (como se ha dicho, va de suyo la obligación de cumplir las leyes). Por ello son necesarios mecanismos de adhesión al código que sean sencillos, transparentes y públicos de modo que, además, queden claros los compromisos y responsabilidades que se asumen al adoptar un código de buenas prácticas.

5.4 Canales

Se precisan procedimientos, medios y protocolos accesibles tanto para las denuncias como para las consultas relativas a los códigos de buenas prácticas. Para ello, se garantizará la confidencialidad, cuando sea necesario, y se atenderá especialmente a la protección de los denunciantes (*whistleblowers*).

5.5 Monitorización

Es imprescindible la existencia de un sistema de seguimiento de los códigos que, además, ofrezca información pública y accesible sobre la actividad desarrollada en torno a estos documentos. Esto es fundamental para evitar la acusación de gremialismo. Para ello, se establecen comisiones o comités de ética que impulsan, coordinan y realizan el seguimiento de los códigos de buenas prácticas en las organizaciones y que actúan como órganos de garantía del cumplimiento y desarrollo de los códigos. En este punto, no es baladí la cuestión sobre cómo se configuran estos instrumentos de seguimiento: ¿Cuál es la composición de las comisiones? ¿Cómo se escoge a sus miembros? ¿Cuáles son sus atribuciones?

Entre sus cometidos concretos están el atender quejas y denuncias, resolver consultas y dilemas que se presentan a los concernidos en la actividad, formular propuestas y recomendaciones (ya hemos dicho que los códigos son instrumentos vivos

y flexibles) y promover la difusión y la formación a través de cursos, seminarios, conferencias, etc. En algunos casos, se incluyen entre sus cometidos el de sancionar en caso de incumplimiento del código. Este es un asunto muy debatido con relación a los códigos de buenas prácticas, pues implica traspasar su carácter orientador y entrar en su valor disciplinario. La pregunta clave es si los códigos de buenas prácticas necesitan sanciones por incumplimientos para cambiar conductas y malas prácticas⁵.

5.6 Difusión

Para que los códigos de buenas prácticas contribuyan efectivamente al cambio de cultura institucional en una determinada organización o servicio público ha de promoverse no solo su conocimiento y difusión entre los directamente implicados por el mismo (y la sociedad en su conjunto), sino que se debe profundizar en la formación y comprensión de sus valores, principios, procedimientos y desarrollo a fin de favorecer la interiorización de los mismos para la mejora continua del clima ético en las instituciones y organizaciones. Cursos, seminarios, conferencias y el uso de tecnologías de la información y la comunicación –como páginas web, apps, redes sociales y otros recursos electrónicos– son fundamentales para esta extensión de la cultura ética y de las buenas prácticas.

6. Conclusiones

Como hemos dicho, las “buenas prácticas” se refieren a aquellas experiencias, procesos y actividades que resultan aconsejables en un determinado ámbito, público o privado, porque han arrojado resultados positivos y han demostrado su éxito y utilidad en dicho contexto, de modo que merece la pena que se repitan y sean compartidas por el mayor número de implicados que puedan adoptarlas, para lo cual se sistematizan a través de su formulación en códigos u otros documentos. Tienen la pretensión de incidir en el *ethos* (carácter) de la actividad, generando hábitos, convicciones y cambio de cultura organizacional. Los códigos de buenas prácticas se mueven entre la tradición y la innovación y muchas veces se han podido percibir como instrumentos de defensa de unos privilegios de grupo o gremio, favoreciendo una estrategia de despolitización de las actividades implicadas y adoptando un carácter meramente retórico y vacío. Sin embargo, los códigos de buenas prácticas ejercen una serie de importantes funciones: el reconocimiento de la misión de la actividad, la generación de conocimiento, aprendizaje e innovación sobre la misma, la protección frente a presiones externas, la prevención de malas prácticas, la confianza y la ejemplaridad. Para satisfacer estas importantes tareas, los códigos de buenas prácticas deberán cumplir una serie de requisitos mínimos: participación, flexibilidad, canales de comunicación, sistemas de adhesión y monitorización y una estrategia de difusión y formación. Por ello, los códigos de buenas prácticas suponen un notable compromiso para su correcta y eficaz implantación en las organizaciones.

5 Esta cuestión remite a los dos tipos de estrategias que se distinguen a la hora de abordar procesos de mejora y excelencia en las organizaciones del sector público: la “ruta fácil” (*low roads*) y la “ruta difícil” (*high roads*). La primera atiende a los controles externos y sancionadores de las conductas, estableciendo normas y procedimientos detallados para reducir las malas prácticas. La “difícil” se centra en la autorregulación, los controles internos, la formación y el cambio de cultura organizacional (OCDE 1997). Una distinción similar es la que establece Rafael Jiménez Asensio al hablar de dos caminos para luchar contra la corrupción: el “rápido”, mediante leyes represivas, y el “lento”, a través de la autorregulación y de marcos de integridad institucional (Jiménez, 2017a). Para este autor, “... las consecuencias traumáticas de la gestión de los códigos deben ser una excepción. Lo habitual es que las políticas de integridad se construyan en clave positiva y siempre con carácter preventivo.” (Jiménez, 2017a: 93).

Bibliografía

- ALGUACIL, J. (2012), "Administración relacional", *Eunomía*, 2, pp. 152-160.
- AUSÍN, T. (2012), "Ética de las administraciones", *Eunomía*, 1, pp. 141-147.
- AUSÍN, T. (2015), "Ética pública para generar confianza", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 9(2015), pp. 30-39.
- BOURDIEU, P. (2001), "Contra la política de despolitización", *Ecología política*, 21, pp. 99-102.
- COMISIÓN EUROPEA (2004), *Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales*, Comunidades Europeas, Bruselas.
- DIEGO BAUTISTA, O. (2013), *Ética para gobernar*, Senado de la República, México.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. (1992), "De nuevo sobre los Tribunales de Honor", *Revista Vasca de Administración Pública*, 33, pp. 27-90.
- ECHEVERRÍA, J. (2017), *El arte de innovar*, Plaza y Valdés, Madrid.
- GOMÁ, J. (2009), *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid.
- HAMMERSLEY, M. (2013), *The myth of research-based policy & practice*, Sage, London.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017a), *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*, La Catarata, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017b), "Una mirada 'comparada' sobre algunas experiencias de códigos éticos y de conducta en la función pública", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 13, pp. 58-79.
- LAFUENTE, A., & HORRILLO, P. (2017), "Cómo hacer un prototipo", EducaLab, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://laaventuradeaprender.educalab.es/guias/como-hacer-un-prototipo> (fecha de consulta: 13 de abril de 2018).
- LÍBANO BERISTAIN, A. (2011), "Códigos deontológicos". En: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Granada, Comares, pp. 375-380.
- LONGO, F. y ALBAREDA, A. (2015), *Administración pública con valores. Instrumentos para una gobernanza ética*, INAP, Madrid.
- NIETO, A. (2008), *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona.
- OCDE (1997), *La ética en el servicio público*, MAP, Madrid.
- OCDE (2000), *Confianza en el gobierno. Medidas para fortalecer el marco ético en los países de la OCDE*, París.
- SCHWENKE, C. (2007), *Formulating and Implementing Effective Code of Ethics: Guidance Manual for Public Institutions*, Inter-American Development Bank, Washington DC.
- SHORE, C. y WRIGHT, S. (2015), "Governing by numbers: audit culture, rankings and the new world order", *Social Anthropology*, 23(1), pp. 22-28.
- VERBOS, A.K. et al. (2007), "The Positive Ethical Organization: Enacting a Living Code of Ethics and Ethical Organizational Identity", *Journal of Business Ethics*, 76(1), pp. 17-33.
- VILLORIA, M. & IZQUIERDO, A. (2015), *Ética pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid.
- VON HIPPEL, E. (2005), *Democratizing Innovation*, MIT Press, Cambridge MA.

Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)

Plain Language (the right to understand the Law)

Germán Jair Arenas Arias
Cámara de Representantes de Colombia
gj.arenas75@uniandes.edu.co

Recibido / received: 17/04/2018
Aceptado / accepted: 26/06/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4355>

Resumen

Desde hace algunos años se está promoviendo el uso de un *lenguaje claro* en los textos legales y formales para fortalecer el acceso a la información pública, la confianza en las instituciones, los mecanismos de control social y la certidumbre jurídica. Diferentes asociaciones internacionales y redes nacionales de lenguaje claro se han comprometido con lo que denominan el derecho a comprender la ley y la justicia. Este artículo reseña la construcción conceptual del lenguaje claro, sus orígenes en la teoría de la legislación moderna, su incidencia en las democracias contemporáneas y en las comunicaciones del Estado con sus ciudadanos.

Palabras clave

Lenguaje jurídico, claridad, confianza, comunicación, transparencia, información pública.

Abstract

For some years, the use of plain language has been promoted in legal and formal documents for strengthen access to public information, trust in institutions, social control mechanisms and legal security. Different international associations and national plain language networks have committed themselves to what they call the right to understand the law and justice. This article reviews the conceptual construction of plain language, its origins in the theory of modern legislation, its impact in contemporary democracies and in the communication between State and citizens.

Keywords

Legal language, clarity, trust, communication, transparency, public information.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos y conceptuales del lenguaje claro. 3. Tendencias actuales. 4. Principales asociaciones internacionales de lenguaje claro. 4.1. Clarity. 4.2. Plain. 5. Redes nacionales de lenguaje claro. 5.1. Chile. 5.2. Argentina. 5.3. Colombia. 5.4. España. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Domingo, 2 de octubre del año 2016: día del Plebiscito por la Paz en Colombia. Más de 34 millones de ciudadanos estaban habilitados para votar. El mundo entero esperaba una abrumadora mayoría a favor del Sí para la pregunta *¿Apoya usted el Acuerdo para poner fin al conflicto armado y construir una paz estable y duradera?*

El nivel de abstención superó el 62%, el más alto de los últimos 20 años de procesos electorales en Colombia. Solamente se depositaron 12,8 millones de votos válidos, y ganó el No, con el 50,21% de los votos¹.

Podría decirse que la pregunta del plebiscito era clara y sencilla. Pero, ¿y el Acuerdo sobre el que los colombianos tenían que manifestar su apoyo u oposición?

El Acuerdo tal vez no era tan claro. Consistía en un extenso documento de más de 300 páginas, sumamente complejo en su lenguaje y lo suficientemente técnico como para evitar que todos los colombianos, a lo largo y ancho del país, pudieran leerlo y comprenderlo en su totalidad.

La falta de claridad y la extensión desmedida que caracterizó ese documento y, en general, el hermetismo que rodeó gran parte del proceso de paz, generó una suerte de confusiones sobre uno de los asuntos de mayor relevancia nacional. Encendió, además, una grave crisis de polarización política sin precedentes.

Vale advertir que la falta de claridad no fue el único factor que determinó el resultado del plebiscito. Discutir sobre un tema tan delicado como el Acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC, sigue despertando un profundo problema de entendimiento, por sus causas tanto como por sus consecuencias. Sin embargo, su referencia aquí y ahora representa un ejemplo valioso a la luz del objetivo de este artículo: resaltar la importancia que reviste el uso de un lenguaje claro, directo y comprensible en todos los ámbitos de la esfera pública, dominada principalmente por la política y la justicia.

Durante las últimas décadas, el lenguaje claro se ha convertido en la herramienta de trabajo de un conjunto de actores gubernamentales y no gubernamentales, quienes creen que los sistemas democráticos pueden fortalecerse en función de los mecanismos que hacen de la información pública una información clara, veraz, oportuna y confiable.

De manera muy especial, ha sido en el mundo del derecho donde la necesidad de usar y promover el lenguaje claro se ha hecho cada vez más evidente. Entre otras cosas, porque como lo sintetiza el Informe de la *Comisión de Modernización de Lenguaje Jurídico de España* del año 2010, “el derecho tiene que hablar como lo hace la gente (...). Si el ciudadano no entiende lo que hacemos, tampoco sabrá valorar los cambios que se efectúan en la justicia (...). Una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender” (Ministerio de Justicia, 2010: 2).

Este trabajo se propone realizar una radiografía conceptual del lenguaje claro como una voz que ya se considera imprescindible en la comunicación del Estado con sus ciudadanos.

El contenido del texto se presenta en dos planos diferenciados que nos pueden ofrecer una visión de conjunto de lo que hoy constituye el movimiento por un

¹ Cifras de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia.

lenguaje claro, fundamentado en el derecho que tiene todo ciudadano a comprender la ley y la justicia.

En una primera parte, desde una perspectiva de historia de las ideas, ofreceré un breve recorrido por algunos antecedentes en la ciencia de la legislación clásica. Se podrá comprobar cómo la reivindicación de un lenguaje claro en las leyes se remonta a épocas pretéritas. A continuación, con el ánimo de presentar el estado actual de la cuestión, haré referencia a las principales asociaciones que a nivel internacional se dedican a promover este lenguaje claro (selecciono los modelos más desarrollados de Clarity y Plain). También se estudiará el ejemplo que nos brindan algunos países (Chile, Argentina, Colombia y España) que incentivan el uso de un lenguaje claro en aras de la transparencia, el aumento de la confianza institucional, la garantía de los derechos fundamentales y el fomento de la participación ciudadana.

2. Antecedentes históricos y conceptuales del lenguaje claro

Desde Erasmo de Rotterdam, en la *Educación del príncipe cristiano*, venimos leyendo sobre la necesidad de que las leyes que rigen una ciudad o un reino sean claras y muy bien conocidas por el pueblo. Las leyes, según Erasmo, deben formularse en términos claros, sin asomo alguno de ambigüedad (Castán Vásquez, 1977).

Los problemas vinculados con la creación y aplicación de las leyes se convertirán en un asunto de mayor importancia a partir de mediados del siglo XVIII, especialmente por la influencia del *L'Esprit des Lois*, obra del barón de Montesquieu. El propósito de Montesquieu no se limitaba a una pura descripción de los condicionantes de las decisiones legislativas (clima, ritos, costumbres y religión) sino que pretendía orientar al legislador en su tarea:

“El estilo de las leyes ha de ser sencillo; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión redundante. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso se consideran como obras de ostentación. Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. Si la ley expresa las ideas con firmeza y claridad, no hay por qué volver sobre ellas con expresiones vagas” (2000: 399).

En dicha obra, Montesquieu denunciaba los males que ocasionan la oscuridad e imprecisión de las leyes y avanzó un catálogo sistematizado de criterios para la redacción de los textos legales. El libro XXIX o *De la manière de composer les lois* constituye, a juicio de Virgilio Zapatero, “un claro antecedente del moderno legal drafting” (2000: XXXIII).

Condorcet, en las *Observaciones* que hizo sobre este capítulo del Espíritu de las Leyes, le remarcaba a Montesquieu la idea de que “no basta con que las leyes sean claras sino que es menester que no se sirvan más que de palabras que tengan un sentido claro y determinado (...) de modo que sea fácil de comprender el todo y seguir las partes de él” (1877: 275).

La obra del pensador italiano Gaetano Filangieri, *La ciencia de la legislación*, estará fuertemente comprometida con los postulados de Montesquieu. Ya desde su introducción no dudaba en proclamar que “las buenas leyes son el único apoyo de la felicidad nacional” (1821: 2-3). En un sentido similar, Federico II de Prusia encontraba en la claridad y en la precisión, las claves para que las leyes sirvieran a la felicidad pública.

El penalista Marqués de Beccaría, por su parte, consideraba que la mejor manera de evitar los delitos consistía en dictar leyes claras y simples (1968: 105). En

el capítulo 5, sobre la oscuridad de las leyes, de su obra *De los delitos y las penas*, podemos leer:

“Cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el sacro códice de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos; porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones” (1968: 33-34).

La ciencia de la legislación también tuvo sus cultivadores anglosajones y Jeremy Bentham fue, quizás, el que más se haya ocupado de la importante conexión entre ley y lenguaje. En sus *Tratados de legislación civil y penal* se encuentra la esencia de su argumento:

“El arte de legislar precisa un estricto dominio del lenguaje pues, al fin y al cabo, las leyes son palabras y la vida, libertad, propiedad, honor, todo lo más precioso que tenemos depende de la elección de las palabras (...). La claridad y la brevedad son las dos cualidades primarias o principales del estilo de las leyes (...). La propiedad de las palabras, la armonía, todas las bellezas del estilo deben sacrificarse a la claridad (...). Lo esencial es que la voluntad del legislador se manifieste de modo que no pueda haber duda ni disputa sobre ella, y que pueda entenderla cualquier hombre dotado de una razón común” (1822: 340-346).

La elaboración de las leyes debía hacerse de tal modo que fueran comprensibles, que la “sencillez domine en el estilo”, puesto que “la ley debe ser el manual de instrucción de cada ciudadano, y es necesario que él mismo pueda consultarla en sus dudas, sin tener necesidad de intérprete” (1822: 161).

Será en *Nomografía o el arte de redactar leyes* donde Bentham nos ofrezca valiosas pistas para que “las palabras de la ley se pesen como diamantes” (1822: 344). Por esa razón, Bentham formuló una serie de recomendaciones para mejorar el estilo de las leyes. Los primeros atributos que resaltó fueron la claridad, la brevedad y el uso de un lenguaje ordinario pues el destinatario de las normas es el ciudadano.

Más aún, Bentham dedica todo el capítulo VII a resaltar la importancia del lenguaje. Igual que existe un lenguaje técnico en otras ramas del saber, como en la medicina, el ámbito jurídico también tendrá el suyo propio. Pero al igual que el lenguaje médico tiene como fin sanar al cuerpo natural, “el lenguaje aplicado a los desórdenes del cuerpo político, debe ser elevado a la misma altura en la escala de dignidad”. De ahí que no dude Bentham en apelar a que “todas las personas deseosas de mejorar las instituciones legales deban también estar deseosas de mejorar el lenguaje legal” (2000: 92). Y postula el filósofo utilitarista:

“Que se acuñen y acepten todas las palabras y frases nuevas que sean necesarias para la sustitución del error por la verdad, de la oscuridad o la ambigüedad por la claridad, de la charlatanería por la concisión.

Que la mayor felicidad, la razón y la utilidad sean el troquel donde se acuñen” (2000: 93).

Todos los elementos anteriores, rescatados aquí de una manera muy breve, consolidaron lo que Zapatero denominó *el canon de legislar en la Ilustración*, caracterizado por “la necesidad de un lenguaje claro, preciso y conciso” (2000: XXXVI).

No obstante, Zapatero también señala que no se ha sabido gestionar la herencia de los ilustrados y que hemos olvidado sistemáticamente la importancia de un lenguaje cuidado y preciso en los textos legales.

3. Tendencias actuales

En el ámbito anglosajón contemporáneo no han faltado estudiosos que han manifestado un profundo interés por temas relacionados con la claridad de las leyes. Es de destacar como Lon Fuller, en su conocido test de moralidad que debían superar las leyes del Estado democrático para considerarse justas, incluía como uno de los condicionantes de dicho examen la claridad de las leyes, pues resulta “evidente que una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible” (1967: 75).

En el ámbito de la doctrina española, García Amado mostró su preocupación por el lenguaje y estilo de las leyes denunciando que deben “las normas hacerse del modo más manejable y claro” (1994: 302). A José Juan Moreso, por su parte, no le cabía duda de que “el lenguaje de los juristas depende del lenguaje natural” (1996: 114). Calsamiglia (1986 y 1996), Atienza (1997) o Laporta (2004) sugirieron también hace algunos años reavivar una teoría de la legislación que estudie sistemáticamente los problemas del lenguaje con relación a los textos jurídicos.

Gema Marcilla (2005) nos ha mostrado cómo fenómenos como la desregulación y el neoconstitucionalismo han venido a cambiar el paradigma de la tradicional ciencia de la legislación. Las consecuencias nefastas de todo ello son bien conocidas:

“Tal vez la primera que salta a la vista es la inflación legislativa que, desmintiendo el ideal ilustrado que recomendaba la mayor economía y claridad en la producción del Derecho, supone no sólo la multiplicación de las normas en las áreas más insospechadas de la vida humana y de las relaciones sociales, sino también su creciente complejidad e imperfección lingüística y sistemática, el desplazamiento de los valores de generalidad y abstracción en beneficio de la intervención singular y en ocasiones hasta irrepetible, el sacrificio del ideal de la estabilidad y perdurabilidad ante lo urgente y lo efímero, y quizás sobre todo el desconocimiento de la igualdad formal en nombre de la diferenciación, de la especialidad, cuando no directamente del privilegio. Más leyes, pero sobre todo peores leyes” (Prieto Sanchís, 2013: 182-183).

Santiago Muñoz Machado también se ha ocupado de la necesidad de un lenguaje claro en la ley. Así lo pone de manifiesto cuando se refiere a las numerosas quejas recibidas por el *Servicio de Atención al Ciudadano* del Consejo General del Poder Judicial de España, motivadas la mayoría de ellas por el uso de un lenguaje jurídico críptico y oscuro (Muñoz Machado, 2017). Según el *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico*², emitido por el Ministerio de Justicia de España en el año 2010, hasta un 82% de los ciudadanos considera que el lenguaje jurídico es excesivamente complicado y difícil de entender.

En el ámbito colombiano, por su parte, los estudios no arrojan mejores resultados. De acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación de Colombia, 9

² La *Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico* fue constituida mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2009. Estuvo presidida por el Secretario de Estado de Justicia de España y el Director de la Real Academia de la Lengua Española ejercía de vicepresidente. Estuvo integrada por ocho vocales provenientes de diversas disciplinas, profesiones e instituciones, elegidos por razón de su dilatada experiencia y sus conocimientos en los ámbitos jurídico y lingüístico. El Informe se encuentra disponible en línea: <http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf> (fecha de consulta: 22 de junio de 2018).

de cada 10 colombianos creen que los funcionarios públicos no hablan de forma clara³.

Si hemos conocido la importancia que tuvo el arte de legislar para los ilustrados, esta preocupación, en cambio, no se volverá a recuperar en la escena política hasta pasados dos siglos. Habrá que esperar hasta la década de 1960 para volver a discutir sobre la pertinencia de usar un lenguaje claro, y esta vez, no solamente dirigido a los textos legales sino, en general, a cualquier comunicación de la administración que tenga como destinatario al ciudadano:

“Entre los años 1960 y 1970 algunas asociaciones de consumidores en Estados Unidos advirtieron que para defender a sus asociados era importante comprender los textos que afectaban a los ciudadanos: leyes, pólizas de seguros, contratos, sentencias, garantías, reglamentos, etc. Empezaron a exigir que esta documentación se escribiera en estilo llano, comprensible para todos” (De Cucco Alconada, 2016: 128).

Fueron tales los avances que hasta el Gobierno de Richard Nixon (1969-1974) ordenó a las principales agencias estadounidenses utilizar un lenguaje claro en los documentos públicos. Seguidamente, los Gobiernos de Jimmy Carter (1977-1981), Bill Clinton (1993-2001) y Barack Obama (2009-2017) hicieron lo propio.

También en la década de 1970 en el Reino Unido se daba inicio a la iniciativa de clarificar el lenguaje, impulsada por organizaciones sociales que protestaban por la información incomprensible que entregaba el gobierno (Richardson, 2015).

Mientras tanto en la Unión Europea (UE), debido a la existencia de casi tantos idiomas como países pertenecientes, las necesidades de traducción tomaron una importancia especial. Por eso, “desde 2010 se publica un cuadernillo en todos los idiomas oficiales que es parte de un programa para redactar claramente, denominado “*How to write clearly*” (Richardson, 2015: 9). Aunque el avance en el ámbito europeo venga marcado por la necesidad de traducir los textos a las lenguas oficiales de los países miembros, “lo cierto es que sirve de muestra para apreciar las políticas de la UE, que, desde hace muchos años se han centrado –entre otros aspectos–, en la claridad del derecho” (Carretero, 2018: 3).

Con todo lo anterior, se ha ido trazando todo un marco teórico y referencial que ha logrado la consolidación del lenguaje claro en los contextos legal, administrativo y judicial, como “una condición para que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales y, de esa forma, quieran y puedan participar de la vida política” (Poblete y Fuenzalida González, 2018: 124).

Y es que la claridad, argumenta Muñoz Machado en el *Libro de estilo de la justicia* (2017), ha acabado consagrándose como un requisito de validez de las normas y no como una simple cortesía.

4. Principales asociaciones internacionales del lenguaje claro

A día de hoy hay una gran cantidad de profesionales de muy diversas disciplinas defendiendo la idea de que es un error pensar que el derecho, la política, o incluso la economía, para revestirse de autoridad, deben hablar un idioma ajeno al de la

³ Estadística según una encuesta hecha por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) cuya conclusión fue que el lenguaje jurídico técnico, rimbombante o simplemente enredado, impide que la comunicación entre los ciudadanos y los servidores públicos sea óptima. Como resultado, se instauró un curso virtual sobre lenguaje claro, dirigido a todos los servidores públicos del país.

ciudadanía. Diferentes asociaciones internacionales trabajan con el convencimiento de que el uso del lenguaje claro en las leyes, en las resoluciones administrativas y en las sentencias, tiene un impacto positivo en los sistemas democráticos porque mejora la confianza del ciudadano en sus instituciones; simplifica la operación de las entidades; reduce la corrupción, y fomenta la transparencia y la rendición de cuentas.

La tesis defendida por estas asociaciones es que la tecnificación del léxico no debe estar reñida con la claridad. Apuestan por construcciones lingüísticas más modernas y accesibles (Muñoz Machado, 2017).

4.1 Clarity

Una de estas asociaciones es Clarity International, fundada en el Reino Unido en 1983. Hoy en día se ha configurado en una red que reúne a más de 650 profesionales comprometidos con la promoción del lenguaje claro en 50 países.

De acuerdo con su acta de constitución, la misión de Clarity es mantener una red global de personas interesadas en utilizar lenguaje sencillo en textos legales y formales; facilitar el acceso a la información, y promover altos estándares para el uso de un lenguaje claro en diferentes textos⁴.

Desde su consolidación, los miembros de Clarity se reúnen cada dos años para presentar los avances del lenguaje claro en sus países y resaltar de manera específica un área determinada donde este tipo de lenguaje tiene especial relevancia.

Por ejemplo, la Conferencia de Bolonia en 2005, denominada “*Clarity and obscurity in legal language*”, puso el foco de atención sobre la necesaria superación de la incomprensión tan debatida en los textos legales (Engberg, 2005) para generar ambientes de confianza y certidumbre jurídica.

La reunión de México, en 2008, resultó clave para los países latinoamericanos porque empezaron a tener presencia en la conferencia. El tema central fue “*Legal language: transparent and efficient*”, que permitió hacer énfasis en la idea de que el lenguaje claro contribuye a la transparencia en la información pública y con ello es posible superar la corrupción (Clarity, 2009).

“*The business of clarity. A plain language conference for law, business, and government*” fue el lema de la conferencia de noviembre de 2016 realizada en Wellington, Nueva Zelanda. De todas las sesiones registradas en esa reunión vale la pena rescatar la intervención de Sara McCoubrey:

“El lenguaje claro ofrece un potencial revolucionario para cambiar la forma en que la sociedad entiende los conflictos. Pasar de la experiencia legal en la resolución de disputas a la gestión ciudadana de las interacciones cotidianas minimizará la ansiedad, el costo y las consecuencias de los problemas legales. (...) los abogados que utilizan un lenguaje sencillo en sus relaciones con los clientes rompen la intimidación y la confusión que causa la terminología legal. Desarrollando la capacidad de los clientes para comprender y participar con confianza en asuntos legales, los abogados capacitan a las personas para tomar medidas simples y tempranas para reducir el conflicto y eliminar el miedo y la vergüenza de las disputas legales”⁵.

⁴ Traducción libre, a partir de <http://www.clarity-international.net/wp-content/uploads/2014/10/Clarity-Constitution-050314-Final1.pdf> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2018).

⁵ Traducción propia, a partir de <http://www.clarity2016.org/can-plain-language-change-our-approach-to-conflict/> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2018).

Las referencias anteriores muestran la capacidad que tiene el lenguaje claro de transformar las visiones que los ciudadanos tienen de los conflictos sociales y la forma en que la sociedad habla de ellos abriendo nuevas posibilidades de resolución.

4.2 Plain

Plain Language Association International, PLAIN, es otra de las asociaciones más destacadas. Su sede se encuentra en Canadá y, según sus estatutos, cuenta con miembros en una veintena de países. Su objetivo principal es aumentar el interés sobre el lenguaje claro como un medio para hacer que las comunicaciones del gobierno, las empresas, la industria, las profesiones (incluidas las profesiones médicas, legales, de gestión de la información, educación y comunicaciones) y comunitarias sean accesibles internamente y para una audiencia pública más amplia⁶. Igual que Clarity, PLAIN mantiene conferencias cada dos años desde 1997.

Dentro de PLAIN es importante mencionar a Claro, un movimiento originado en Portugal que aboga por la claridad en escenarios tan diversos como el financiero. Sandra Fisher-Martins (2011) es quien lidera esta iniciativa y trabaja para garantizar que las personas no queden privadas de sus derechos por lo que ella llama un “apartheid de información”, lo que impide a su vez que la mayoría de ciudadanos comprendan completamente los documentos que necesitan para su vida cotidiana.

5. Requisitos

Aprovechando el impulso y el apoyo que representan las anteriores asociaciones, ciertos países se han animado a crear sus propias estructuras para buscar la claridad en la ley, en las sentencias judiciales y en los actos administrativos, y así afianzar la comprensión y el conocimiento de los ciudadanos.

5.1 Chile

Partiendo de la idea de que “el lenguaje utilizado en los textos legales no siempre es claro para la ciudadanía y que poder entender el contenido de las leyes nunca ha sido una cosa simple” (Bermúdez, 2015: 16), la Biblioteca del Congreso de Chile diseñó e implementó el programa Ley Fácil en el año 2003⁷.

Por su parte, el Poder Judicial chileno lanzó una propuesta interna de proyecto de “*Simplificación de resoluciones judiciales*” que se concretó en una Comisión de Lenguaje permanente en la Corte Suprema (Poblete, 2017). Tras el éxito de esta Comisión y la buena acogida del programa *Ley Fácil*, siete instituciones públicas de Chile se animaron a crear una red a nivel nacional que trata de impulsar el lenguaje claro como fórmula que se necesita para profundizar la democracia y para aumentar la confianza de las personas en sus instituciones (Poblete, 2017).

La Biblioteca del Congreso, la Cámara de Diputados, el Consejo para la Transparencia, la Contraloría General de la República, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y el Poder

⁶ Traducción propia, a partir de <http://plainlanguagenetwork.org/plain/who-we-are/> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2018).

⁷ El objetivo es facilitar la comprensión de las leyes por parte de la ciudadanía para que ésta pueda ejercer sus derechos de manera efectiva y también cumplir con sus obligaciones, sin necesidad de intermediarios. Para lograrlo, el programa presenta, en un lenguaje sencillo y en distintos formatos, explicaciones de las leyes aprobadas por el Congreso y, a través de esa vía, permite su conocimiento a los ciudadanos. Para ampliar información y ver ejemplos prácticos se recomienda visitar la página web <https://www.bcn.cl/leyfacil/>.

Judicial son las entidades que suscribieron un Acuerdo de Colaboración en marzo de 2017. De acuerdo con Claudia Poblete, cofundadora de la Red y representante de Clarity en Chile, el Acuerdo fue posible gracias a un convencimiento personal que llevó a dar pasos institucionales.

El objeto del Acuerdo es generar iniciativas, proyectos y medidas que promuevan, difundan y faciliten el uso del lenguaje claro al interior de sus respectivas instituciones, constituyéndose en una Red de Lenguaje Claro. Con esta iniciativa se trazó el compromiso de promover y difundir el uso del lenguaje comprensible al interior de las entidades firmantes, así como en otras instituciones públicas con las cuales se relacionen.

5.2 Argentina

De forma similar a la experiencia chilena, Argentina ha creado muy recientemente una red de lenguaje claro que cuenta con la colaboración de los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial–. Fue impulsada desde el Senado de la Nación y en ella participan también miembros de la Cámara de Diputados. La red pretende lograr que la información que interesa a la ciudadanía sea efectivamente accesible (Graiewski, 2018).

El objetivo del acuerdo que se firmó en Argentina también es la implementación de una red de instituciones públicas comprometidas con la transmisión clara y sencilla del contenido de los documentos que generan, en particular las leyes, como una forma de facilitar su comprensión y acceso universal para todos los ciudadanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017).

Ahora, en la nueva Red, se encuentran involucrados el Ministerio de Justicia de la Nación, el Senado, la Cámara de Diputados, el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Secretaría Legal y Técnica de Nación, la de la Ciudad de Buenos Aires y la de la Provincia de Buenos Aires y, finalmente, la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor.

5.3 Colombia

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274/13, el derecho de acceder a la información pública debe cumplir con tres funciones esenciales: garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos; permitir el conocimiento de las condiciones necesarias para la realización de otros derechos constitucionales, y garantizar la transparencia de la gestión pública, constituyendo un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal.

Pero además, como enfatiza la Corte, no basta sólo con informar. A los sujetos que deben brindar información de interés público se les impone la obligación de hacer un esfuerzo por centralizarla y unificarla, transformándola a un lenguaje sencillo y comprensible para los ciudadanos.

En ese sentido, el Congreso de Colombia ha querido recoger diversos esfuerzos y arreglos institucionales orientados hacia la renovación y modernización de la administración pública, introduciendo por vía legal una estrategia de lenguaje claro.

Por ese motivo, actualmente cursa en la Cámara de Representantes de Colombia el proyecto de ley estatutaria No. 063 “por medio de la cual se modifica

parcialmente la ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones" (*Ley de Lenguaje Claro*)⁸.

Además, la Universidad de Los Andes desarrolla actualmente el proyecto de investigación *El Derecho a Comprender: Creación y desarrollo de una red de lenguaje claro en Colombia para facilitar el acceso a la justicia y fortalecer la democracia*. Los resultados del equipo investigador permitirán próximamente formalizar una red nacional que trabaje por el lenguaje claro en la ley y en la justicia.

5.4 España

España todavía no cuenta con una red nacional de lenguaje claro ni tampoco con una normativa concentrada en la materia. Sin embargo, sí han existido instancias de enorme trascendencia como la *Comisión de Modernización de Lenguaje Jurídico*, que ha reivindicado el derecho que tiene todo ciudadano "a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico" (Ministerio de Justicia, 2010).

El *Plan de Transparencia Judicial* que data del año 2005, según su punto IV.7, aspira a "obtener una Justicia comprensible, tanto en las comunicaciones escritas como en las vistas o comparecencias y en las propias resoluciones judiciales". Ello requerirá "desechar fórmulas y expresiones anacrónicas o vacías de contenido que no proporcionan ninguna información" a los ciudadanos, quienes en abundante número manifiestan "que no entienden el lenguaje jurídico que los tribunales emplean".

Cristina Carretero, profesora en ICADE y representante de Clarity en España, argumenta que es importante imitar la experiencia chilena para crear una red española de lenguaje claro. Mientras eso ocurre, es importante destacar el trabajo que de manera particular han desplegado organizaciones como el *Instituto Lectura Fácil*⁹ en Andalucía que, en conjunto con la Federación Española de Municipios y Provincias, ha impulsado buenas prácticas de accesibilidad cognitiva y lenguaje claro en las administraciones locales. Así mismo, otras instituciones similares en el País Vasco, Extremadura y Cataluña presentan proyectos destacables.

6. Conclusiones

El lenguaje jurídico caracterizado tradicionalmente por el excesivo tecnicismo, arcaísmo y de abundantes construcciones explicativas está abocado a desaparecer.

⁸ Importante resaltar que en julio de 2015 se publicó la "Guía de Lenguaje Claro para Servidores Públicos colombianos", tal vez el documento más importante en materia de lenguaje claro en Colombia y de donde se nutre en gran medida el proyecto de ley. El objetivo de la guía es que las entidades del Estado utilicen un lenguaje claro y efectivo en sus mensajes a la ciudadanía. La publicación estuvo a cargo del Programa Nacional de Servicio al Ciudadano que lidera el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y da pautas sobre el manejo adecuado del lenguaje para comunicar de manera clara y efectiva las tareas que adelantan las distintas entidades públicas.

⁹ Merece la pena diferenciar en este punto el lenguaje claro de la lectura fácil. Un documento estará en lenguaje claro si su audiencia puede encontrar lo que necesita, entender la información de manera rápida y usarla para tomar decisiones y satisfacer sus necesidades. La lectura fácil, por su parte, está dirigida al conjunto de la ciudadanía, pero tiene especial incidencia en colectivos en situación o riesgo de exclusión social (personas mayores, personas con discapacidad intelectual, personas con baja cualificación o poco conocimiento del idioma, etc.). Su objetivo es crear entornos comprensibles para todos y eliminar las barreras para la comprensión, fomentar el aprendizaje y la participación.

En su lugar, debemos abogar por el uso de un lenguaje claro, sencillo y de fácil comprensión. Desde la Ilustración hasta nuestros días muchos autores han manifestado su preocupación por un lenguaje legislativo plagado de ambigüedades, oscuridades e imprecisiones.

Pero no solamente el lenguaje de la ley ha de ser claro. También la justicia debería gozar de un estilo mucho más directo y comprensible. Desde luego, las administraciones públicas en todos los niveles deben modernizarse y hacerse más accesibles.

Las asociaciones internacionales y las redes nacionales de lenguaje claro que hoy existen en el mundo defienden un derecho a comprender la ley y la justicia. Y es que el tipo de lenguaje que promueven hace realidad, en todo su significado constitucional, el derecho de acceso a la información pública. Entre otras cosas porque incentiva la participación, involucrando activamente a los ciudadanos en los procesos sociales, políticos y judiciales, ni qué decir de los electorales.

Si esto es verdad, entonces el lenguaje claro debe convertirse en una exigencia dentro de nuestro modelo actual de Estado social y democrático de Derecho.

Formularios cotidianos como los de la seguridad social, contratos bancarios, pólizas de seguros, sentencias judiciales e, incluso, documentos de gran trascendencia política como por ejemplo el Acuerdo de paz en Colombia merecen estar expresados en un lenguaje accesible para que todos, sin excepción, podamos comprenderlos. El fortalecimiento democrático también depende de la claridad y la comprensión de las reglas del juego y sólo en esa medida, los ciudadanos podremos tomar decisiones informadas y acertadas.

Bibliografía

- ATIENZA, M. (1997), *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Cívitas, Madrid.
- BECCARIA, C. (1968), *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial.
- BENTHAM, J. (1822), *Tratados de legislación civil y penal*, tomo IV, trad. y comentarios de Ramón Salas, Imprenta de D. Fermín Villalpando (impresor de Cámara de S.M.), Madrid.
- BENTHAM, J. (2000), *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. de Cristina Pabón y pról. de Virgilio Zapatero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BERMÚDEZ, R. (2015), “Programa Ley Fácil de la Biblioteca del Congreso Nacional: Una forma para facilitar la comprensión de las leyes”. En: *Lenguaje Parlamentario, Lenguaje Jurídico y Lenguaje Claro*, Santiago de Chile, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, pp. 15-21.
- CALSAMIGLIA, A. (1996), “Ciencia Jurídica”. En: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11: El derecho y la justicia, Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), Madrid, Trotta.
- CALSAMIGLIA, A. (1986), *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA (2018), *Proyecto de Ley Estatutaria No 063 de 2018 Cámara “por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones” (Ley de Lenguaje Claro)*. Gaceta del Congreso.
- CARRETERO, C. (2017), *¿Qué quiere decir usted, Señoría?*, disponible en la

- siguiente dirección electrónica:
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/03/21/economia/1490115296_787162.html (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018).
- CARRETERO, C. (2018), *La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46190.pdf> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2018).
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1977), "Las leyes y su reforma según Erasmo y Vives". En: *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, (Eds.) pp. 81-93. Valencia.
- CLARITY INTERNATIONAL (2009), *Journal of the international association promoting plain legal Language*, núm. 61, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.clarity-international.net/wp-content/uploads/2015/05/Clarity-no-61-bookmarked.pdf> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2018).
- CONDORCET, M.N. (1877), "Observaciones de Condorcet sobre el Libro XXIX del Espíritu de las leyes". En: DESTUTT DE TRACY, A., *Comentarios sobre el Espíritu de las Leyes*, Imprenta, Lib y Lit. del Diario de Córdoba.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-274 de 2013*, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.
- CUCCO ALCONADA, M. C. (2016), "¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 14, número 28, Buenos Aires, pp. 127-144.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DE COLOMBIA, DNP (2015), *Guía de Lenguaje Claro para Servidores Públicos de Colombia*. Bogotá.
- ENGBERG, J. (2005), "Clarity and Obscurity in Legal Language – a conference report", *LSP & Professional Communication*, vol. 5, núm. 2, pp. 97-102.
- FILANGIERI, G. (1821), *La ciencia de la legislación*, trad. de Don Juan Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando (impresor de Cámara de S.M.), Madrid.
- FISHER-MARTINS, S. (2011), *The right to understand*, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.ted.com/speakers/sandra_fisher_martins (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018).
- FULLER, L. (1967), *La moral interna del Derecho*, trad. de Francisco Navarro, Trillas, México.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2000), "Razón práctica y teoría de la legislación", en *Derechos y libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 9, pp. 299-318.
- GRAIEWSKI, M. (12 de mayo de 2018), "El lenguaje como herramienta para superar la oscuridad", *Clarín*, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.clarin.com/opinion/lenguaje-herramienta-superar-oscuridad_0_HJSVuXAz.html (fecha de consulta: 25 de junio de 2018).
- LAPORTA, F. (2004), "Teoría y realidad de la legislación: una introducción general": En: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Aurelio Menéndez (ed.), Thomson Civitas, Madrid, pp.29-88.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005), *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MCCOUBREY, S. (2016), *Can plain language change our approach to conflict*, intervención en Clarity 2016, Wellington, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.clarity2016.org/can-plain-language-change-our-approach-to-conflict/> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2018).
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (2010), *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de España*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlij-recomendaciones.pdf> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2018).
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE ARGENTINA (2017), Se

- acordó formar la primera Red Nacional de Lenguaje Claro, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-acordó-formar-la-primer-red-nacional-de-lenguaje-claro> (fecha de consulta: 25 de junio de 2018).
- MORESO, J.J. (1996), "Lenguaje Jurídico". En: GARZÓN VALDES, E. y LAPORTA, F. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11: El derecho y la justicia, Madrid, Trotta, pp. 105-116.
- MONTESQUIEU, (2000), *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introd. de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2017), *Libro de estilo de la justicia*, Espasa, Madrid.
- PLAIN, Qué es el lenguaje claro, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2018).
- POBLETE, CLAUDIA (2017), *Lenguaje claro en Chile: de intenciones particulares a un acuerdo y política pública*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.lenguajejuridico.com/lenguaje-claro-chile/> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018).
- POBLETE, C. y FUENZALIDA GONZÁLEZ, P. (2018), "Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano", en *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 69, pp. 119-138.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.
- RICHARDSON, J. (2015), "Lenguaje claro: orígenes, historia y un caso de estudio", en *Lenguaje Parlamentario, Lenguaje Jurídico y Lenguaje Claro*. En Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Revista Hemiciclo, número 12. Santiago de Chile, pp. 7-9.
- ROTTERDAM, E. de (1996), *Educación del principio cristiano*, estud. prelim. De Pedro Jiménez y trad. de Pedro Jiménez y Ana Martín, Tecnos, Madrid.
- WALDRON, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, estud. prelim. de Roberto Gargarella y José Luis Martí, Marcial Pons, Madrid.
- ZAPATERO, V. (2000), "El arte ilustrado de legislar", prólogo a BENTHAM, JEREMY, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Terrorismo individual

Individual terrorism

Alejandro Coteño Muñoz
Universidad Carlos III de Madrid
acoteno@pa.uc3m.es

Recibido / received: 29/06/2018
Aceptado / accepted: 16/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4356>

Resumen

Los atentados perpetrados por actores solitarios en los últimos años han despertado el interés del legislador por la figura del terrorismo individual. No obstante, aunque este se regula en las últimas reformas penales, no se ha dispuesto una definición del mismo en términos positivos, sino que ésta únicamente se dispone en términos negativos con respecto al terrorismo colectivo. Así las cosas, en este trabajo se delinean los criterios para determinar cuándo un acto de terrorismo entra dentro del terrorismo individual y se aplican estas herramientas en tres casos paradigmáticos de lo generalmente conocido como “lobo solitario”. Por último, se aportan tres clasificaciones diferentes del terrorista individual a fin de apuntalar una base sólida que permita una aproximación a sus distintos niveles de peligrosidad criminal.

Palabras clave

Terrorismo individual, organización terrorista, grupo terrorista, lobos solitarios, pertenencia.

Abstract

The attacks perpetrated on recent years by lone actors have aroused the interest of the lawmaker for the concept of individual terrorism. However, although it has been regulated in the last criminal reforms, a definition of it has not been positivized, a definition of it has not been provided in positive terms, but only in negative terms regarding collective terrorism. In this context, this study outlines the criteria to determine when an act of terrorism falls into individual terrorism and these tools are applied to three paradigmatic cases of what is generally known as lone wolves. Finally, three different classifications of the individual terrorist are provided to underpin a solid basis for an approach to their different levels of criminal dangerousness.

Keywords

Individual terrorism, terrorist organization, terrorist group, lone wolves, membership.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen y evolución del terrorismo individual. 3. El terrorismo individual como diferencia. 4. El terrorismo individual a través del fenómeno de los *Lone wolves*. 5. Tipos de terrorista individual, 5.1. La clasificación unifactorial de Pantucci, 5.2. La clasificación bifactorial del NSCITF, 5.3. La clasificación multifactorial de Bates. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La regulación penal del terrorismo ha pivotado tradicionalmente sobre la idea de la comisión de una serie de delitos con una finalidad política en el seno de un colectivo. De esta manera, se estimaba que los delitos terroristas únicamente podían ser perpetrados a través de una organización o banda armada. Debido a que el terrorismo es una de las mayores, sino la mayor, amenazas al Estado de Derecho a causa de su objetivo de subversión del orden constitucional, se consideraba que su especial peligrosidad radicaba, además de en su carácter político, en la actuación colectiva¹.

Sin embargo, en los últimos veinte años, el Legislador, tanto nacional como internacional, ha comenzado a mostrar una gran preocupación por el terrorismo en su vertiente individual y así lo ha proyectado en su tipificación junto al terrorismo de carácter colectivo. Por un lado, en España, la sanción del terrorismo individual se plasmó en el art. 577 CP², de forma excepcional y con el objetivo de poder penar como terrorismo los desórdenes públicos realizados por la *Kale Borroka*, dado que su finalidad era coincidente a la de ETA (Cancio Melia, 2010: 263-266). Por otro lado, desde hace diez años, también se viene haciendo referencia a este tipo de terrorista, en su proyección yihadista, en los distintos textos penales en la materia³.

Como de estos dos ámbitos legales se deduce únicamente que el terrorismo individual está constituido por aquel terrorismo que no es en grupo, deviene inexcusable realizar un estudio detallado del concepto de “terrorismo individual”. Así, a partir de este análisis se podrá establecer una base concreta para posteriores estudios donde se evalúe la capacidad de este tipo de terrorismo no organizado de lesionar y/o poner en peligro el bien jurídico protegido por este tipo de delitos.

Con este fin, en primer lugar, este trabajo estudia la evolución del terrorismo desde la Revolución Francesa hasta nuestros días, haciendo especial hincapié en la historia del terrorismo individual desde la “Propaganda por el hecho” anarquista. Posteriormente, se examina el significado penal del término a partir de la diferencia con respecto al terrorismo colectivo. De esta manera se consigue determinar qué casos podrán ser tratados como terrorismo colectivo y cuáles habrán de ser incardinados dentro del terrorismo individual.

Entonces, una vez que se hayan determinado los criterios para diferenciar estos dos tipos de terrorismo, se analiza el fenómeno de los “lobos solitarios”. Para ello, se estudian las diferencias entre los casos que comúnmente son englobados dentro de este término, a saber: i) el caso del terrorista individual propiamente dicho; ii) el del terrorista individual táctico; y iii) el del lobo solitario yihadista. Además, con el

¹ Esto es así porque la adicional peligrosidad se justifica en el hecho de que lo injusto de la conducta colectiva supera a la mera suma de los injustos de las acciones individuales (Lampe, 2003).

² Este tipo rezaba lo siguiente en su versión de 1995: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o lleven a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los art. 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior”.

³ Dos ejemplos al respecto pueden hallarse en la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 (2014), donde se hace referencia al riesgo que plantean los combatientes individuales procedentes de Oriente Medio, y en la DM 2008/919/JAI, en la que se destaca la necesidad de modificar las legislaciones nacionales a fin de hacer frente a los “nuevos grupos semiautónomos ligados entre sí con flexibilidad”, en clara referencia a las células yihadistas, las cuales no parecen ostentar las relaciones de jerarquía del terrorismo colectivo. Estas células serán estudiadas más adelante dentro del terrorismo individual.

objetivo de ahondar aún más en el análisis del terrorismo individual, se examinan los diferentes tipos de terroristas individuales que pueden existir según su conexión con diferentes grupos, su autonomía ideológica, su motivación, su modo de radicalización y su forma de actuar.

En último lugar, se aportan una serie de conclusiones que contribuyen a la formación de un concepto de “terrorismo individual”, el cual supera su previa caracterización como diferencia respecto del terrorismo grupal o colectivo. De esta manera, el concepto adquiere una nueva dimensión positiva que permite incluir ciertas consideraciones sobre su peligrosidad criminal.

2. Origen y evolución del terrorismo individual

Aunque los expertos en la materia suelen hacer referencia a la “propaganda por el hecho” anarquista como origen del terrorismo individual, es necesario realizar una breve reflexión sobre la evolución del terrorismo desde su surgimiento, al menos terminológicamente, en la Revolución Francesa. Este reducido análisis histórico permitirá comprender tanto la creciente utilización de la violencia como herramienta de emancipación de las masas, como la perpetración de ataques de manera individual.

El concepto de terrorismo encuentra su punto de partida en la identificación del terror con la virtud y, por ende, en la utilización del terror como método expeditivo de justicia revolucionaria realizada por Robespierre⁴⁵. De esta revolución surge la declaración del derecho de asilo para quienes huían “por defender la libertad y no a los tiranos” positivizado en la Constitución Francesa de 1793, pues ante los poderes absolutos del Antiguo Régimen, la figura del delincuente político adquiere un aura de nobleza y heroísmo que lo hacía merecedor no del castigo, sino de honores y del reconocimiento general (Montoro Ballesteros, 2000: 139).

Así las cosas, en el año 1815 el Reino Unido rechaza la extradición pasiva de delincuentes políticos (Jiménez de Asúa, 1958: 185)⁶. Más tarde, en 1831, Francia publica una Circular en la que se declara que los delitos políticos están excluidos de la extradición, a lo que le sigue la Ley Belga de 1833 consolidando esta doctrina. Esta cláusula sería incluida a partir de este momento en numerosos tratados franceses con otros Estados (Kinneally III, 1987: 207). En vista de ello, el delincuente político era considerado más un luchador por la libertad que un terrorista.

Sin embargo, esta postura sufriría un primer cambio mediante la Cláusula Belga del Atentado, incluida en el Tratado de Extradición suscrito por Francia y Bélgica en 1856. A causa de la negativa por parte de Bélgica a entregar a Felice Orsini, supuesto autor del atentado contra Napoleón III, se establece que no se excluirán de la extradición los delitos políticos de atentado contra el jefe de un Estado

⁴ Robespierre (1794: 7-8) afirma que “si la fuerza del Gobierno popular es, en tiempo de paz, la virtud, la fuerza del Gobierno popular en tiempo de revolución es, al mismo tiempo, la virtud y el terror. La virtud, sin la cual el terror es cosa funesta; el terror, sin el cual la virtud es impotente. Es mucho menos un principio contingente, que una consecuencia del principio general de la democracia aplicada a las necesidades más urgentes de la patria”. A mayor abundamiento, véase Perceval Verde (2017: 119-152) y Aguilar Blanc (2012).

⁵ Si bien el terrorismo como concepto surge con la Revolución Francesa, el uso de la violencia con fines políticos tiene su origen muchos siglos antes. En este sentido, Miller (1995: 29) cita como ejemplos los tiranicidios y regicidios en la Antigua Grecia y Roma.

⁶ La promulgación de esta Ley tiene su origen en el escándalo que provocó en el Reino Unido la extradición a España de varios emigrados políticos contrarios al rey Fernando VII. Para más información véase Orchard (2014: 85), Pyle (2001: 80) o Prakash Sinha (2013: 172).

extranjero o su familia, siempre que éste revista la forma de homicidio, asesinato o envenenamiento (Capella i Roig, 2014: 12).

Este primer cambio de postura halla otra de sus justificaciones en el ascendente terrorismo nacionalista ejercido por los Carbonari en Italia⁷, como movimiento de liberación nacional italiana, a partir de 1807 (Miller, 1995: 32-34), y más tarde por los Fenianos en Irlanda, como autoafirmación gaélica, a partir de 1858 (Burleigh, 2013: 7-44).

Más allá de estos episodios de terrorismo con tintes nacionalistas, a partir de mediados del Siglo XIX se empieza a popularizar la concepción del empleo de la violencia como medio para conseguir la revolución popular. El primer exponente de esta postura es la obra *Murder and Liberty* (Asesinato y Libertad) de Heinzen. En ella, el autor expone que emplear la violencia para conseguir justicia no es moral, si bien en un mundo de opresión ésta se convierte, al fin y al cabo, en una herramienta de defensa propia⁸.

Al hilo de esta idea de la violencia como herramienta de emancipación surgen dos estrategias terroristas diferentes dentro de los movimientos revolucionarios. Por un lado, se encuentra el terrorismo socialista de carácter colectivo representado en una primera época por *Narodnaya Volya* (Voluntad del Pueblo) y, más tarde, por la facción de combate del Partido Socialdemócrata de Rusia. Este terrorismo tiene un carácter espontáneo, aspecto por el que ha sido ampliamente criticado desde las filas bolcheviques (Lenin, 1902: 150-155; Trotsky, 1935: 63-73), al igual que por su carácter minimizador de la lucha de clases y por su estímulo a la represión desde el poder gubernamental (Trotsky, 1914: 2-4).

Por otro lado, en contraposición al terrorismo de carácter grupal surgido en Rusia, nace la “propaganda por el hecho” anarquista, que constituye la primera teorización profunda del terrorismo individual. Es ampliamente aceptado que la esencia de esta utilización de la violencia como herramienta de emancipación social se halla en Nechaev y Bakunin⁹, si bien, Kropotkin (1914: 10 y ss.) también aporta un razonamiento muy claro al respecto, cuando afirma que un primer acto violento sirve de inspiración al resto debido a que el Gobierno lo reprimirá con dureza y será esta grave represión, efectivamente, la que dará alas al pueblo.

En relación con la noción del atentado político como estímulo para la reacción social, dos son las causas que expresan el motivo del nacimiento de esta propaganda por el hecho anarquista. En primer lugar, se consideraba que, ante la exacerbada analfabetización de las masas, era necesario algún acto concreto que, sin la necesidad de profundas teorías, permitiera demostrar al conjunto de la población que se podía y se debía luchar contra aquellos que les oprimían. A este respecto, el acto violento se manifiesta como propaganda y ejemplo de la validez y actualidad del ideario anarquista (Iviansky, 1977: 44-48).

En segundo lugar, las mejoras e innovaciones en el ámbito de la comunicación y el transporte permitían una mayor difusión de los hechos acaecidos en los grandes

⁷ El propio Felice Orsini era miembro de la organización nacionalista italiana “Joven Italia” creada por Giuseppe Mazzini, antiguo miembro de los Carbonari.

⁸ Citado en Miller (1995: 36-37).

⁹ La vinculación de Nechaev (1868: 1-6) con el terrorismo se percibe por su defensa de la destrucción completa de todo el sistema, incluyendo obviamente a sus dirigentes. Bakunin (1870), por su parte, llama a los campesinos a levantarse contra todas las instituciones pues tanto su ejemplo como la posterior reacción represora del Estado crearán las condiciones para el surgimiento de mayores y más numerosas iniciativas de emancipación.

núcleos de población. Así, en este momento, los ataques contra personalidades poderosas podían llegar a casi todo el país en unos pocos días (Rapoport, 2004: 48-49). Por todo ello, este terrorismo anarquista funcionaba como estímulo a la actuación individual y como prueba de que una sola persona podía infiligr un gran daño al sistema.

Este terrorismo individual de carácter anarquista sigue vigente en España durante las dos primeras décadas del siglo XX a través de grandes atentados, entre los cuales se pueden citar el perpetrado por Mateo Morral contra Alfonso XIII (1905), el atentado contra Canalejas (1912) y el perpetrado contra Eduardo Dato (1921). Así las cosas, tras este último atentado y debido a la represión practicada por la dictadura de Primo de Rivera la violencia anarquista decae, aunque sin llegar a desaparecer durante la década de los años veinte. Posteriormente, con la proclamación de la Segunda República, la acción anarquista pasa a orientarse hacia "huelgas revolucionarias" y no tanto hacia atentados contra la autoridad. Sin embargo, tanto la no aceptación de las propuestas de la CNT y la FAI, como el golpe de Estado de julio de 1936 y la posterior guerra civil, provocan la reaparición de la violencia revolucionaria anarquista (Casanova Ruiz, 2005: 89-96).

No obstante, este terrorismo anarquista poco a poco irá debilitándose, lo cual se debe, en España, a una mayor represión, y en el resto del mundo, a una más profunda reflexión estratégica dentro del anarquismo, a la victoria política del marxismo dentro de la izquierda y al reforzamiento de un anarquismo no violento gracias al Estado del bienestar (García Moriyón, 2017: 130 y ss.).

No será hasta los años 60¹⁰, y ya fuera del anarquismo, cuando vuelva a resurgir el terrorismo individual gracias a la teoría de la *Leaderless Resistance* (Resistencia sin Líderes). Este renovado terrorismo individual se integra dentro de la lucha anticomunista en Estados Unidos y en sus países aliados, y no se organiza de manera grupal debido a la enorme dificultad de la actuación colectiva ante la superioridad policial (Nesser, 2012: 1 y ss.). Como es obvio, la táctica de luchar de manera solitaria para no ser capturado existía desde mucho tiempo antes, pero es a partir de este momento cuando comienza a plantearse de forma explícita.

Esta teoría se populariza en las dos últimas décadas del Siglo XX en la lucha de los supremacistas estadounidenses contra las leyes antirracistas. Especialmente destacable por la claridad de su exposición es la afirmación de uno de sus ideólogos, Louis Beam (1992), relativa a que se deberá actuar mediante pequeñas células fantasma de como mucho seis miembros o de manera individual, sin un liderazgo central, pero siguiendo una ideología común.

Este mismo razonamiento será posteriormente seguido por Setmarian tras los atentados del 11-S para afirmar que, debido al incremento de la vigilancia estadounidense tras los mencionados ataques, se hacía necesaria una nueva estrategia basada en pequeñas células desconectadas o, incluso, en actores solitarios (Pérez Ventura, 2014: 23). No obstante, este ideólogo y líder yihadista identificó también la flexibilidad y el potencial captador de nuevos miembros como ventajas adicionales del terrorismo individual (Cruickshank y Ali, 2007: 9).

Finalmente, y aunque con el auge de DAESH el terrorismo de carácter colectivo ha afirmado de nuevo su ineludibilidad, el aumento de la vigilancia policial a

¹⁰ En este periodo intermedio resulta realmente complejo encontrar ejemplos de terrorismo individual. Quizá el más destacado sea, aunque a finales de la década de los treinta, concretamente en 1938, el asesinato de Ernst vom Rath, diplomático alemán en París, a manos de Herschel Grynszpan (Associated Press, 2017: 26).

nivel global y la pérdida de territorios por parte de éste en Siria e Irak están revitalizando la amenaza siempre presente del terrorismo individual. A este respecto, la gran mayoría de los expertos en la materia advierten del muy probable aumento del número de ataques realizados por lobos solitarios en Europa y Norteamérica¹¹.

3. El terrorismo individual como diferencia

De este aumento de la vigilancia policial y de las predicciones de aumento del terrorismo individual surge la necesidad de definir este concepto desde el ámbito penal y, a partir de ahí, comenzar a evaluar diferentes aspectos tales como su potencialidad lesiva o su relación con el fenómeno de los lobos solitarios.

Para este propósito, toda vez que ni el Código Penal ni ningún texto penal internacional relativo al terrorismo ofrecen una definición del mismo que vaya allá de la mera referencia a la comisión del acto terrorista por una sola persona, debemos utilizar los conceptos que sí son definidos en estos textos a fin de realizar una primera aproximación a la modalidad individual de comisión de estos delitos.

Esta se va a llevar a cabo a partir del estudio de los conceptos de “organización terrorista” y “grupo terrorista”, con el objeto de aportar una primera descripción del término desde la diferencia que mantiene con la modalidad colectiva de comisión de estos delitos. En otras palabras, todo lo que no sea cometer un delito de terrorismo como miembro de un grupo u organización será considerado como cometerlo de manera individual.

De acuerdo con el art. 570 bis CP se entiende por “organización criminal” la “agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparte tareas o funciones a fin de cometer delitos”. Asimismo, en el art. 571 CP se especifica que serán consideradas organizaciones terroristas aquellas que cuenten con las características del art. 570 bis CP y tengan por finalidad las comprendidas en el art. 573.1 CP relativas a los delitos terroristas.

Por otro lado, el art. 570 ter 1 CP dispone que el “grupo criminal” se caracteriza por estar formado por más de dos personas, tener como fin la comisión de delitos y por no gozar de la permanencia y/o división de tareas de las que goza la organización criminal. A mayor abundamiento, el art. 3 de la Convención de Palermo define al “grupo estructurado” (para nosotros, grupo criminal) como un “grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”. Análogamente al caso de la organización terrorista, el grupo terrorista será aquel que cuente con todas las características del grupo criminal y cometa delitos con una finalidad terrorista.

Del estudio de ambos términos se percibe que el grupo criminal se define eliminando la concurrencia de algunas de las características de la organización criminal. Es por ello que la definición de terrorismo individual debe derivarse de la supresión de algunos de los rasgos del grupo. Así, a simple vista se puede determinar que ningún colectivo formado únicamente por dos personas puede ser considerado ni organización ni grupo criminal, de manera que sus miembros deberán ser catalogados como terroristas individuales. Sin embargo, se deben estudiar los colectivos terroristas formados por más de dos personas a fin de determinar si se trata

¹¹ Véase Toboso Buezo (2017) y EUROPOL (2016), entre otros.

de una organización, un grupo o un simple supuesto de codelincuencia, según las circunstancias del caso.

Aunque, como ya hemos visto, el Código Penal define con aparente claridad el grupo criminal a partir de la organización, cuando la Jurisprudencia se plantea la diferencia entre el grupo y la codelincuencia, la caracterización del grupo ubicada en el art. 570 ter 1 CP deviene demasiado simple y contradictoria. En este sentido, tres son los factores problemáticos que se han identificado a la hora de establecer esta diferenciación: i) la pluralidad delictiva; ii) la permanencia; y iii) la estructura del grupo criminal.

Para comenzar, la pluralidad delictiva se contempla en la propia definición de “organización criminal” al exigirle a ésta el fin de “cometer delitos”. En este sentido, ante las divergencias que han surgido a la hora de interpretar esta finalidad, la Jurisprudencia mayoritaria¹² ha afirmado que es ineludible que se cometan dos o más delitos, o que se pretenda su comisión, para que se pueda hablar de grupo criminal.

Sin embargo, la Jurisprudencia minoritaria¹³ ha entendido la pluralidad del término “delitos” del art. 570 ter 1 CP como la posibilidad de comisión de diferentes delitos. Dicho de otro modo, entiende la pluralidad en su carácter cualitativo y no cuantitativo. Esta argumentación gana peso si se atiende a una pequeña modificación del Código Penal realizada en la última reforma de 2015, a saber, la eliminación de la referencia a la “comisión reiterada de delitos”, dejando simplemente el término “delitos” en plural. No obstante, esta interpretación teleológica no ha sido seguida por la Jurisprudencia tras dicha reforma, pues en las SSTS 277/2016 de 6 de abril (RJ 10714/2015, FJ 5º) y 607/2017 de 15 de septiembre (RJ 10792/2016, FJ 3º), entre otras, se exige explícitamente una pluralidad en sentido cuantitativo.

Entonces, ahora que ha quedado demostrado que la pluralidad delictiva ha de entenderse de forma cuantitativa, resta analizar los otros dos factores problemáticos, así como la relación entre ellos, pues, aunque el texto penal permite incluso la no concurrencia de ambos para hablar de grupo criminal, la realidad resulta algo más complicada¹⁴.

En cuanto a la permanencia, primero se necesita definir qué se entiende por “fortuito”, pues numerosas sentencias hacen referencia a la necesaria concurrencia de una “mínima permanencia” del grupo criminal a fin de poder afirmar su necesario carácter no fortuito, todo ello de acuerdo con el art. 3 de la Convención de Palermo¹⁵. Así las cosas, aunque la Doctrina y la Jurisprudencia suelen echar mano de este concepto sin concretarlo, existe una resolución donde se le define, la STS 798/2016 de 25 de octubre (RJ 10224/2016, FJ 1º). Esta sentencia caracteriza el término

¹² Véase SSTS 798/2016 de 25 de octubre (RJ 10224/2016, FJ 1º), 714/2016 de 26 de septiembre (RJ 1951/2015, FJ 12º), 277/2016 de 6 de abril (RJ 10714/2015, FJ 5º), 576/2014 de 18 de julio (RJ 10028/2014, FFJJ 2º, 3º y 6º) y 577/2014 de 12 de julio (RJ 10071/2014, FJ 7º), entre otras.

¹³ Véase SSTS 289/2014 de 8 de abril (RJ 2158/2013, FJ 8º) y 445/2014 de 29 de mayo (RJ 11106/2013, FJ 14º), entre otras.

¹⁴ En este sentido, la apreciación únicamente de pluralidad delictiva resulta insuficiente para caracterizar al grupo criminal al no permitir esta, por si sola, la diferenciación de este respecto de la codelincuencia, dado que cabe concebir un colectivo formado fortuitamente que comete en un lapso breve de tiempo una serie de delitos en concurso real.

¹⁵ Véase SSTS 576/2014 de 18 de julio (RJ 10028/2014, FFJJ 2º, 3º y 6º), 577/2014 de 12 de julio (RJ 10071/2014, FJ 7º), 309/2013 de 1 de abril (RJ 11151/2012, FJ 2º), 714/2016 de 26 de septiembre (RJ 1951/2015, FJ 12º), 277/2016 de 6 de abril (RJ 10714/2015, FJ 5º), 719/2013 de 9 de octubre (RJ 10566/2013, FJ 28º), 289/2014 de 8 de abril (RJ 2158/2013, FJ 8º), 445/2014 de 29 de mayo (RJ 11106/2013, FJ 14º), 271/2014 de 25 de marzo (RJ 10892/2014, FJ 4º).

“fortuito” como un “suceso inopinado o casual, fruto de una decisión inmediata, repentina o proyectada a la comisión de una acción concreta”.

Por tanto, de acuerdo con el razonamiento expresado repetidamente por el Alto Tribunal, el carácter fortuito operaría como el contrario a la permanencia, siendo así que se acreditaría la existencia de una mínima permanencia en el momento en el que la comisión de los delitos requiera cierta planificación y no se trate de una decisión inmediata o repentina.

Finalmente, la Jurisprudencia ha identificado en varias sentencias la referencia a la perpetración “concertada” de delitos del art. 570 ter 1 CP como la necesidad de que el grupo criminal goce de una mínima estructura¹⁶. En este sentido, cabe destacar la SAN 70/2013 de 20 de diciembre (RJ 5522/2013, FJ 2º) que, ubicando al grupo criminal en un estadio intermedio entre la organización criminal y la codelincuencia y tomando como requisito la pluralidad delictiva, afirma que es necesario una mínima estructura que permita, al fin y al cabo, proyectar esa pluralidad delictiva más allá del mero consorcio fortuito entre más de dos personas.

Dicho esto, surge una contradicción. Mientras que el Código Penal no exige ni una mínima permanencia ni una mínima estructura, pues con la concurrencia de más de dos personas y la finalidad de comisión de delitos se podría hablar de grupo criminal, la Jurisprudencia afirma la necesidad de una mínima permanencia y de una mínima estructura. En otras palabras, mientras que el texto penal permite obviar dos de los requisitos de la organización criminal, la Jurisprudencia parece exigirlos, aunque en un nivel inferior al de la organización.

Al fin y al cabo, una interpretación gramatical nos llevaría a aceptar la previsión del último párrafo del art. 570 ter 1 CP, si bien, ésta entraría en contradicción con la referencia del Legislador expresada en el Preámbulo de la LO 5/2010 de modificación de la LO 10/1995 del Código Penal relativa al plus de peligrosidad del grupo criminal con respecto a las acciones individuales de sus miembros, entendida ésta mayor peligrosidad como esencia del mismo. Y es que este plus al que apuntamos hace referencia a la creación de sinergias de peligrosidad y no parece posible afirmar esta peligrosidad no exigiendo una mínima permanencia y/o estructura. Son estos dos factores los que permiten elevar una asociación de personas por encima de una simple unión fortuita.

En todo caso, y alejándonos de una interpretación gramatical a fin de poder establecer una diferencia clara entre el grupo criminal y la codelincuencia, resta examinar la forma de exigencia tanto de la mínima permanencia como de la mínima estructura, esto es, determinar si han de concurrir juntas o si, por el contrario, basta con la concurrencia de una de ellas para afirmar la existencia de un grupo criminal.

Con este objetivo, en primer lugar, y pese a que en la mayoría de los casos los conceptos “fortuito”, como negación de la mínima permanencia, y “consorcio”, como contrario a la mínima estructura, parecen encontrarse muy cercanos, no podemos determinar que la permanencia y la estructura deban concurrir juntas para hablar de grupo criminal. Esto es así por dos razones.

Por un lado, es perfectamente concebible un caso de comisión de delitos de manera reiterada por más de tres personas sin una distribución de tareas mínima, es

¹⁶ Véase SSTS 445/2014 de 29 de mayo (RJ 11106/2013, FJ 14º) y 289/2014 de 8 de abril (RJ 2158/2013, FJ 8º). Aunque estas resoluciones acuden a la estructura habiendo negado previamente el requisito de la pluralidad, resultan de interés en atención al razonamiento sobre la necesaria mínima estructura.

decir, realizándose las tareas organizativas de manera indistinta por los diversos coautores. En este caso, resulta claro que es esa mínima permanencia la que afirma el plus de peligrosidad necesario para hablar de grupo criminal y no de codelincuencia.

Análogamente, la estructura no siempre conlleva una mínima continuidad, por cuanto se puede imaginar el caso de un conjunto de personas que cometen dos delitos en un lapso breve de tiempo, bajo una estructura determinada y más o menos férrea. Aquí, entonces, es la propia estructura, la división de tareas, la que aporta el plus de peligrosidad requerido.

En consecuencia, es la necesidad de diferenciar el grupo criminal de la codelincuencia de acuerdo con su ubicación en un punto medio entre esta última y la organización criminal la que permite afirmar que el grupo criminal exige una mínima permanencia y/o estructura, siempre, como es lógico, en un nivel inferior a la organización criminal y sin que éstas deban concurrir de forma conjunta¹⁷.

Por tanto, hablaremos de terrorismo individual en los siguientes casos. Primero, siempre que se trate de un colectivo formado por menos de tres personas, pues con menos de este número no se alcanza a integrar la colectividad terrorista. Segundo, cuando el colectivo, goce del número de miembros que goce, busque cometer un solo delito terrorista. Tercero, cuando el colectivo de más de tres personas busque cometer una pluralidad de delitos sin mostrar ninguna estructura ni continuidad¹⁸. Por el contrario, en el momento en que un colectivo de más de dos personas, buscando cometer más de un delito, proyecte una mínima estructura o permanencia en el tiempo, nos hallaremos ante un grupo terrorista.

4. El terrorismo individual a través del fenómeno de los *Lone wolves*

Ahora que ya se ha determinado en qué casos se puede hablar de terrorismo individual, se van a analizar las diferentes situaciones que generalmente se incluyen dentro de los casos de *lone wolves* o “lobos solitarios”, lo cual nos servirá para profundizar algo más en el concepto de “terrorismo individual”. En este epígrafe se determinarán las diferencias penales entre los tres casos paradigmáticos dentro de este fenómeno, a saber: i) el terrorista individual propiamente dicho; ii) el terrorista individual táctico; y iii) el comúnmente conocido como lobo solitario yihadista¹⁹. Además, para ello se repasarán los conceptos de pertenencia y colaboración.

Dentro de todo este fenómeno, el primer problema con el que nos encontramos es la confusión entre el “terrorista individual propiamente dicho” y el terrorista que actúa solo por motivos operativos o estratégicos pero que realmente pertenece o colabora con una organización, el cual ha venido a denominarse “terrorista individual táctico” (Toboso Buezo, 2014b: 101).

Esta confusión se produce debido al ya referenciado cambio de estrategia adoptado por el terrorismo yihadista tras los atentados del 11-S como consecuencia de la defensa que realiza Setmarian de la acción solitaria e individual. De esta manera, el terrorismo yihadista pasa a la orientarse hacia la lucha individual, provocando que

¹⁷ Todo ello teniendo en cuenta que de acuerdo con el texto penal en su literalidad no se exige ni permanencia ni estructura.

¹⁸ En este caso, nos encontraremos, casi con toda seguridad, ante un supuesto de delito continuado.

¹⁹ El término “lobo solitario”, como a continuación se va a explicar, es usado por la doctrina anglosajona para referirse al terrorista individual puro. No obstante, aquí se usa la expresión “lobo solitario yihadista” para referirse a este tercer supuesto, aunque pueda crear confusión, debido a que así es como periodísticamente se le ha denominado ante la ausencia de otras denominaciones.

la línea entre el terrorista individual y el terrorista que actúa en solitario por meras razones operativas se haga cada vez más difusa.

Debido a la escasez de estudios en el Derecho penal sobre esta específica modalidad de comisión de delitos terroristas, resulta necesario acudir a perspectivas policiales y securitarias a fin de examinar qué criterios son válidos para definir al terrorista individual propiamente dicho y así poderlo distinguir con claridad del terrorista individual táctico.

Para ello, se debe acudir a lo que la mayoría de los expertos anglosajones han denominado *lone wolf*. A este respecto, una de las definiciones más completas es la aportada por Spaaij (2010: 856), quien afirma que las características de este son las siguientes: i) opera individualmente; ii) no pertenece a ningún grupo, organización o red terrorista; y iii) su *modus operandi* es concebido por él mismo y no acata jerarquías, ni órdenes directas. Asimismo, también es citada por muchos la propuesta de Burton y Stewart, que dispone que el lobo solitario (para nosotros, el terrorista individual en términos estrictos) es “aquella persona que actúa por su cuenta sin recibir órdenes o siquiera tener conexiones con una organización” (2008: 5).

Si bien el requisito de la actuación individual, en el sentido de no organizada, se puede eliminar fácilmente por la posibilidad de actuación conjunta de dos personas sin que se pueda considerar organización o grupo terrorista, la ausencia de conexiones con una organización merece una reflexión más profunda. A este respecto, dos son las interpretaciones mayoritarias. De una parte, Toboso Buezo (2014a: 10) afirma que el terrorista individual no puede haber mantenido ningún contacto, siquiera histórico, con una organización terrorista, sino que debe haberse autorradicalizado. De otra parte, el Comité de Expertos en Terrorismo del Consejo de Europa (en adelante, CODEXTER) (CODEXTER, 2015: 3 y ss.) afirma que la clave se halla en la ausencia de recepción por parte del terrorista individual de órdenes directas de la organización o grupo criminal.

Para optar por una interpretación u otra resultan muy útiles los criterios expresados por la Jurisprudencia, concretamente en la STS 886/2007 de 2 de noviembre (RJ 10272/2007, FJ 1º), a la hora de determinar la pertenencia de un sujeto a una organización o grupo. Dichos criterios son: i) existencia objetiva de una organización o banda armada existiendo entre los miembros una coincidencia ideológica y un sometimiento a relaciones jerárquicas y de subordinación²⁰; ii) una voluntad de pertenencia a la organización por parte del integrante con carácter permanente o indefinido, pero nunca de manera episódica; y iii) la realización o posibilidad de realización de actividades propias de la banda armada.

En este sentido, hemos de optar por el criterio mantenido por CODEXTER. En esencia, si no se reciben órdenes es porque no se está sujeto a ninguna jerarquía o subordinación, con lo que no puede apreciarse pertenencia. Si los contactos han sido mantenidos en el pasado, pero en el momento de comisión del delito terrorista no se aprecian, no se dan las condiciones necesarias para afirmar que el sujeto terrorista pertenezca a un colectivo terrorista.

Es más, aun cuando el contacto fuera actual, deberá estudiarse caso por caso si se cumplen los requisitos de la pertenencia. Esto es, se deberá comprobar si el sujeto se halla subordinado a los líderes o mandos intermedios de la organización, si

²⁰ Por esta razón, el terrorismo anarquista no puede llegar nunca a ser colectivo. Al fin y al cabo, no existe jerarquía en su actuar.

su integración es permanente o indefinida y si, además, se encuentra en condiciones de realizar actividades propias de la banda.

Por el contrario, el terrorista individual táctico, de acuerdo con Pantucci, quien para el caso hace referencia al terrorismo yihadista y lo denomina *lone attacker*, será “aquel individuo que opera solo, pero que demuestra claramente que sigue órdenes o que está sometido a nexos de control por parte de la matriz de Al Qaeda o de otros grupos afiliados a esta” (2011). De esta manera se puede ver cómo, a través de las órdenes y del control por parte del colectivo terrorista, este sujeto sí que manifiesta pertenencia a la organización por lo que no puede ser, en ningún caso, considerado terrorista individual.

En conclusión, el aspecto clave que diferencia al terrorista individual propiamente dicho del terrorista individual táctico es el hecho de que el segundo sí que forma parte de una organización o grupo terrorista y actúa en soledad únicamente debido a razones operativas y/o estratégicas. Así, este está sujeto a una jerarquía y a una permanencia a las que el terrorista individual no tiene que hacer frente.

Entonces, ahora que ya se ha determinado que el primero de los casos a estudiar debe categorizarse como terrorismo individual, mientras que el segundo entra dentro del terrorismo a nivel colectivo, resta analizar un caso intermedio, el del lobo solitario yihadista.

Este es el caso de aquel terrorista que perpetra un atentado siguiendo la finalidad política de una determinada organización terrorista, en este caso DAESH, y obedeciendo, además, a una serie de directrices dictadas por los líderes de la misma a todos los potenciales individuos que pudieran ayudarles con sus propósitos. Se trata de un supuesto donde los líderes de la organización llaman a atentar contra Occidente a todos los comprometidos con la causa y, como consecuencia de ello, una persona que no tiene ninguna vinculación con el colectivo terrorista lleva a cabo un ataque.

Tal y como se percibe a primera vista, nos hallamos ante un supuesto intermedio entre el terrorista individual puro que atenta de acuerdo con sus propios objetivos políticos y el terrorista individual táctico que actúa en solitario únicamente por razones tácticas u operativas. Para determinar su inclusión dentro del terrorismo individual o del terrorismo colectivo, se analizará su relación con la organización terrorista subyacente a través de los conceptos de pertenencia y colaboración.

En primer lugar, para constatar su no pertenencia a la organización, es necesario acudir de nuevo a la STS 886/2007 de 2 de noviembre (RJ 10272/2007, FJ 1º). Para comenzar, fácilmente se verifica la existencia de una organización terrorista, en este caso DAESH, que es quien realiza dichos llamamientos a atentar en Internet. También se afirma sin mayores dificultades la posibilidad del lobo solitario de realizar acciones propias de la banda armada, entendiendo el asesinato de infieles como una actividad ordinaria de la organización en aras a la consecución de sus fines políticos.

Sin embargo, no es posible determinar la existencia de una relación jerárquica o de subordinación entre el lobo solitario y el líder o los mandos intermedios de la organización, ya que la única indicación o pauta que recibe el individuo es la de matar personas en países occidentales, sin mediar ninguna instrucción concreta para la realización de dicha actuación terrorista, y siendo además una directriz dirigida a un público de potenciales yihadistas amplísimo.

De la misma manera, el lobo solitario tampoco tiene, debido a las circunstancias de su actuación, una voluntad de actuar para la organización más allá

de en un episodio concreto. Al tratarse de operaciones de inmolación o con un alto riesgo de ser asesinado por la Policía, el individuo terrorista no puede orientar su voluntad, de facto, a la realización de acciones de la organización de modo reiterado.

En segundo lugar, tampoco es posible afirmar la colaboración como criterio explicativo de la actuación de los lobos solitarios en relación con la organización terrorista DAESH. En este sentido, la negación de la existencia de colaboración, tanto en su vertiente material como en relación con las finalidades de la banda, tiene su origen en el hecho de que la actuación llevada a cabo por el lobo solitario no puede ser considerada periférica.

A efectos de determinar las actuaciones que deben ser consideradas periféricas dentro de una organización terrorista, se ha de acudir, en primer lugar, al art. 577 CP, donde se enumeran las siguientes a modo de ejemplo: “información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior”.

Esta equivalencia a la que se refiere el legislador debe ser interpretada teleológicamente a fin de incluir dentro de la colaboración únicamente las actividades que contribuyan a reforzar las actuaciones de la organización y excluir, por otra parte, la comisión de delitos graves, que debe ser considerada la actividad principal a través de la que la banda armada intenta causar terror y subvertir el orden constitucional²¹.

La misma interpretación se realiza por la Audiencia Nacional en su SAN 28/2000 de 10 de julio (RJ 4836/2000, FJ 3º) al disponer que el delito de colaboración solo podrá apreciarse cuando la actividad realizada sea autónoma e independiente de cualquier otra actividad delictiva a la que haya contribuido, siendo así que la colaboración exige que el acto en sí de colaborar no se halle causalmente conectado a la producción de un resultado delictivo concreto.

Por tanto, la comisión de un delito grave, al constituir el medio principal de la organización terrorista para la consecución de sus fines políticos, no podrá ser considerada constitutiva de un delito de colaboración con organización terrorista. En cierto modo, esta actuación se hallaría más cerca de la pertenencia, si bien, esta queda excluida, como se ha explicado previamente, por la actuación esporádica del lobo solitario y por el desconocimiento de su integración en la banda armada por parte de los integrantes de la misma.

Por todo ello, se determina que la conducta del lobo solitario yihadista se debe incardinrar dentro del terrorismo individual. La ausencia de conexiones, en el sentido de recepción de órdenes, al tiempo de comisión del delito con colectivos terroristas y el vínculo ideológico como único enlace con estos eliminan cualquier posibilidad de que se trate de un caso de pertenencia o colaboración.

²¹ En este sentido se expresan Capita Remezal (2008: 143) y Cancio Melia (2010: 240) al afirmar que las conductas de colaboración son actividades que se identifican en esencia con comportamientos propios de la complicidad, es decir, de actuación para la organización y no de intervención en la misma. A mayor abundamiento, comparto también en su totalidad lo defendido por Lamarca Pérez (1985: 282) relativo a que los colaboradores favorecen la acción organizativa y no la comisión de delitos, aunque en la práctica resulte harto difícil probar la diferencia.

En conclusión, tanto el terrorista individual propiamente dicho como el lobo solitario yihadista se incluyen en el terrorismo individual. Por contra, el terrorista individual táctico sí que cumple con los requisitos expresados por la Jurisprudencia para pertenecer a una organización terrorista, por lo que se trata de un caso de terrorismo colectivo.

5. Tipos de terrorista individual

Más allá del estudio de la regulación penal relativa al terrorismo colectivo y del fenómeno de los lobos solitarios, y con el objeto de comprender todas las aristas del terrorismo individual, deben analizarse algunas de las clasificaciones que diferentes expertos han propuesto al efecto. Estas permitirán sentar las bases para la realización, en otros trabajos, de una evaluación del riesgo que cada uno de estos actores individuales representan y, con ello, de su potencialidad lesiva²².

Aunque la Doctrina no les ha otorgado las denominaciones que a continuación se utilizan, el hecho de que a medida que se avanza en el texto se vayan incluyendo nuevos factores o variables a tener en cuenta ha determinado que las diversas clasificaciones se nombren según el número de variables que incluyan. Así, en primer lugar, se analizará la clasificación unifactorial de Pantucci; después, la bifactorial del National Security Critical Issues Task Force (en adelante, NSCITF); y, en último lugar, la multifactorial de BATES²³.

5.1 La clasificación unifactorial de Pantucci²⁴

La primera de las clasificaciones a analizar es la postulada por Pantucci (2011). Es la más sencilla de comprender debido a que únicamente trata el nivel de adscripción o conexión del actor solitario con un colectivo terrorista, siendo este de ideología yihadista. Así, los tipos de terrorista individual propuestos por este autor son los siguientes: i) *loner*; ii) *lone wolf*; iii) *lone wolf pack*; y iv) *lone attacker*. A continuación, se realizará un análisis de cada de ellos.

El primero de ellos, el *loner*, es un actor solitario que, bajo el paraguas de la ideología yihadista, pero sin mantener ningún tipo de contacto con ningún miembro de ningún colectivo terrorista, ni siquiera con un simple extremista, perpetra un atentado. En este sentido, tres son sus rasgos característicos: i) se trata de un actor completamente solitario; ii) se halla ideológicamente fanatizado; y iii) no mantiene ningún vínculo con terceros.

En segundo lugar, elevando el nivel de contacto con un colectivo terrorista, se encuentran los *lone wolf*. Pantucci los define como “actores individuales que, mientras que parece que llevan a cabo sus acciones solos y sin ninguna conexión externa, de hecho, muestran cierto nivel de contacto con extremistas operativos” (ibídem: 22). En todo caso, para considerar que son terroristas individuales y no miembros de una organización terrorista, dichas conexiones no deben implicar, en modo alguno, jerarquía. De esta manera, si dichos vínculos únicamente se proyectan en inspiración

²² Es necesario apuntar que estas clasificaciones se han realizado desde fuera del derecho penal, pues dentro de esta rama del Derecho únicamente se concibe al terrorismo individual como el opuesto al terrorismo colectivo.

²³ Las denominaciones que cada uno de estos autores otorgan a los diferentes tipos de terrorista individual no han sido traducidas debido a que solo causarían confusión, dada su cercanía lingüística, así como debido a la usual confusión en torno al término “lobo solitario”.

²⁴ Aunque este autor sólo hace referencia al terrorista yihadista, su clasificación puede proyectarse al común de los terroristas individuales.

y adiestramiento o entrenamiento pasado, el *lone wolf* podrá ser considerado terrorista individual.

Tercero, como proyección de la unión de varios *lone wolf*, se hace referencia a los *lone wolf pack*. En palabras del autor, estos son “grupos de individuos que se autorradicalizan usando la narrativa de Al-Qaeda” (ibídem: 24). Las características del *lone wolf* son perfectamente aplicables a este grupo debido a que sus conexiones con colectivos yihadistas no podrán implicar pertenencia o colaboración.

En este ámbito, surge la duda de si todos los *lone wolf pack* pueden ser considerados ejemplos de terrorismo individual. Aunque Pantucci los cataloga como una simple extensión del *lone wolf*, en aplicación de lo explicado en el epígrafe tercero, únicamente podrá ser incluidos dentro del terrorismo individual si se hallan formados por dos personas, o incluso tres, siempre que se orienten a la comisión de un único delito o no muestren ni una mínima continuidad ni una mínima estructura.

Finalmente, como máxima expresión de la conexión con un grupo terrorista, el autor hace referencia al *lone attacker*. Como se ha explicado en el epígrafe anterior, éste es perfectamente equiparable con lo que en la doctrina española se ha venido a denominar “terrorista individual táctico”. En este sentido, como sigue órdenes y/o se halla controlado por el colectivo terrorista, se entiende que se trata de un ejemplo de pertenencia y no de terrorismo individual.

En consecuencia, gracias a los diferentes niveles de conexión con colectivos terroristas que estos tipos de terrorista individual muestran, se puede afirmar que el que proyecta una mayor peligrosidad, exceptuando al *lone attacker*, es el *lone wolf pack*, debido a la pluralidad de sujetos implicados y por contar con cierto contacto con una organización o grupo terrorista. Por otro lado, debido también a este superior contacto con un colectivo del *lone wolf* con respecto al *loner*, es lógico pensar que el primero representa una mayor peligrosidad, pues se hallará en unas condiciones más favorables a la creación de un estado de terror en la población objetivo, ya que puede beneficiarse de cierto grado de conocimiento que le aporte el grupo subyacente.

5.2 La clasificación bifactorial del NSCITF

Ahora que ya se ha analizado la clasificación dispuesta por Pantucci, resulta más sencillo comprender la catalogación bifactorial del terrorismo individual propuesta por el NSCITF (2015). Esto es así debido a que utilizando la variable de la conexión con el grupo ya manejada en el apartado anterior, se suma una variable adicional: la autonomía ideológica del grupo. Esto permite establecer una mayor diferenciación entre terroristas individuales que manifiestan el mismo nivel de conexión con un colectivo terrorista.

Así, las dos variables que se utilizarán para este estudio serán las siguientes: i) la competencia social del terrorista, es decir, su capacidad para actuar dentro de un grupo o mediante vinculaciones con el mismo, análoga a la anterior conexión con colectivos terroristas; y ii) la autonomía ideológica del atacante, esto es, la defensa o no de ideas y programas propios de un determinado grupo terrorista.

Como primer grupo de sujetos, se encuentran los *lone followers*, los cuales muestran niveles bajos de autonomía ideológica y de competencia social. Por esta razón, tienden a defender los programas y objetivos de un determinado colectivo terrorista. Sin embargo, su escasa competencia social les impide entrar a formar parte de este.

En segundo lugar, con un alto nivel de competencia social, pero manteniendo un nivel bajo de autonomía ideológica, aparecen los *lone soldiers*. Estos defienden la misma ideología y objetivos que un colectivo terrorista y, aunque como terroristas individuales tienden a actuar en solitario, son los más proclives a establecer conexiones con grupos terroristas.

Tercero, en el lugar directamente opuesto a los *lone soldiers*, se encuentran los *loners*, los cuales gozan de un alto grado de autonomía ideológica y un bajo nivel de competencia social. Su diferencia ideológica respecto a los colectivos terroristas y sus problemas para actuar en grupo los llevan a actuar siempre en solitario.

Por último, ya mostrando niveles altos tanto de competencia social como de autonomía ideológica, aparecen los *lone vanguards*. Aunque disponen de una gran capacidad para el trabajo en el grupo, su autonomía ideológica les impide actuar en el seno de un colectivo. Esta alta competencia social se manifiesta en la posibilidad de identificación con los valores de un grupo determinado, si bien, el *lone vanguard* suele aportar sus propios matices y desviaciones a dicha ideología.

Por todo ello, lo que en esencia realiza el NSCITF es una ampliación de la distinción dispuesta por Pantucci. Sin embargo, el hecho de que se añada una variable adicional provoca que los ejemplos que se determinan para el primero de los análisis no coincidan para el segundo de los mismos. Esto se percibe claramente en los ejemplos que ambos autores aportan para los *loners* y para los *lone vanguards*. Mientras que dentro de la primera diferenciación tanto el caso de Anders Breivik²⁵ como el de Theodore Kaczynski²⁶ entran dentro de la categoría de *loner* (Pantucci, 2011: 14-19), en la segunda clasificación, el primero es incluido en los *lone vanguards* debido a su posibilidad de relación o influencia de y hacia terceros, y el segundo es catalogado como *loner* al no identificarse con ninguna opción concreta ni ideológica ni operacionalmente (NSCITF, 2015: 30-31).

Por otro lado, en cuanto a su peligrosidad, tanto los *lone followers* como los *lone soldiers*, gracias a reducida autonomía ideológica, muestran una mayor capacidad de crear un estado de terror entre la población, ya que sus acciones se identifican con las realizadas por un determinado colectivo terrorista. Análogamente, los *loners* son los que menos peligro representan debido a su reducido nivel de competencia social y su alto grado de autonomía ideológica. Finalmente, los *lone vanguards* merecen un análisis más detallado y enfocado al caso concreto puesto que muestran perfiles de liderazgo que podrían derivar en la ulterior formación de un colectivo.

5.3 La clasificación multifactorial de Bates

En último lugar, resulta también útil la clasificación postulada por Bates (2012). Esta amplía el número de variables utilizadas hasta cuatro, no coincidiendo ninguna de ellas con las utilizadas por Pantucci y el NSCITF. Sin embargo, esto no impide que, tras su análisis, se puedan identificar algunas similitudes entre las tres categorizaciones.

²⁵ Anders Breivik es el autor de la denominada Masacre de la Isla de Utoya y del atentado con bomba en el centro de Oslo, ambos perpetrados en fecha 22 de julio de 2011 y con un resultado de 79 muertos. Para conocer con mayor profundidad su ideología y su motivación para perpetrar estos dos ataques, véase BREIVIK (2011).

²⁶ Theodore Kaczynski, más conocido como *Unabomber*, fue declarado autor del envío de 16 cartas bomba entre los años 1978 y 1995 con un resultado de 3 muertos y 23 heridos, todo ello como protesta contra el desarrollo tecnológico. Véase <http://paralibros.com/passim/p20-soc/pq2095ub.htm>.

Bates hace referencia en primer lugar a la radicalización. Así, diferencia entre aquellos terroristas individuales que se han autorradicalizado, normalmente a través de internet, y los que han recibido instrucción y entrenamiento de parte de un colectivo o de un tercero terrorista. En segundo lugar, añade la variable de la motivación. Esta permite distinguir entre aquellos individuos que se proyectan por encima de la comunidad y promueven su propia ideología política de quienes se pliegan a los programas y objetivos de una determinada organización. Como tercera variable, hace referencia a la extensión de los actos del atacante, la cual permite establecer la diferencia entre el terrorista "de carrera", esto es, el que pretende atacar varias veces, y el terrorista caótico, a saber, el que pretende ejecutar un único y grave ataque. Finalmente, como última variable, plantea el grado de riesgo aceptable por el sujeto, siendo que, por un lado, se encuentra el terrorista averso al riesgo, el cual, normalmente, realizará ataques que permitan una huida más fácil; y, por otro lado, el terrorista amante del riesgo, que no otorga tanta importancia a poder huir del lugar del ataque.

En aplicación de dichas variables, el autor identifica cuatro posibles tipos de terrorista individual. En primer lugar, sitúa al *lone wolf avenger*, el cual se caracteriza por haberse autorradicalizado, no plegarse a los objetivos de un colectivo, tener una estrategia concreta a realizar en una pluralidad de ataques y ser contrario al riesgo. En este grupo se incluye el caso de Theodore Kaczynski, ya que defendía su propia ideología, realiza una pluralidad de ataques y media con exactitud la gravedad de los mismos para asegurarse no superar un determinado riesgo de ser capturado.

Con caracteres similares, a excepción del grado de aversión del riesgo, se encuentran los *lone wolf vigilante*. Al igual que el *lone wolf avenger*, muestra la defensa de unos objetivos propios adquiridos a través de la autorradicalización y desea realizar una serie de ataques, si bien, como diferencia, es amante del riesgo. Por esta razón, se muestra más dispuesto a realizar operaciones que puedan causar su muerte, al menos como eslabón final de su estrategia de atentados.

En tercer lugar, se encuentran los *lone wolf revenger*. Se caracterizan por haberse autorradicalizado y por defender unas ideas propias por encima de las de cualquier organización. Además, son más proclives a la realización de un acto extremadamente gravoso que a la perpetración de un conjunto de ataques en el marco de una estrategia concreta a medio o largo plazo. Asimismo, al igual que los *lone wolf vigilante*, son amantes del riesgo, con lo que no miden la gravedad del ataque con respecto a sus probabilidades de huida.

Como último tipo de terrorista individual, se encuentra el *lone wolf guerrilla*. Este es el único que no se ha autorradicalizado, pues ha recibido adiestramiento por parte de un colectivo terrorista. Coherentemente con ello, se siente identificado con los valores y objetivos de ese grupo y trabaja para su consecución. En el mismo sentido, no tolera un alto nivel de riesgo y es un terrorista de carrera, esto es, enmarca sus acciones en el ámbito de una estrategia terrorista proyectada más allá de un simple ataque.

Como se puede comprobar, esta última clasificación trata, al menos a grandes rasgos, la autonomía ideológica a través de la radicalización y la motivación. Además, dentro de estas dos variables también pueden percibirse ciertas referencias a la conexión con colectivos por cuanto si el terrorista pliega sus objetivos a los de una organización, normalmente, es más proclive a mantener contactos con la misma, si bien, esto no deja de ser un dato estadístico y no una relación causal.

Sin embargo, el análisis de la estrategia del propio terrorista en cuanto a la pluralidad de sus potenciales acciones y de su grado de aversión al riesgo proporciona una visión adicional del mismo que abre la puerta a analizar de manera más concreta la peligrosidad de cada subtipo mencionado. A este respecto, el *lone wolf guerrilla* demuestra ser el más peligroso debido a su identificación con el programa y valores del grupo que le formó. Además, su aversión al riesgo y su proyección a largo plazo le convierten en una herramienta muy útil para un colectivo terrorista, al menos en lo que a la consecución de sus objetivos se refiere. Por debajo, en lo relativo al nivel de riesgo permisible, se encuentran los *lone wolf revenger*, superando a los *lone wolf vigilante* debido a su capacidad de continuidad en la perpetración de ataques. Finalmente, el menos peligroso de los cuatro es el *lone wolf avenger* por mostrar un perfil bajo, sin influencias externas y no hallarse dispuesto a correr muchos riesgos.

En conclusión, existen multitud de variables diferentes para clasificar a los terroristas individuales. En todo caso, desde el punto de vista penal, el único requisito para que dicha clasificación sea correcta es que se respete la proyección del terrorismo individual como diferencia respecto de la pertenencia a organizaciones y grupos terroristas.

Sin embargo, como ya se ha demostrado, para un conocimiento mayor del fenómeno del terrorismo individual es necesario incluir variables adicionales más allá del nivel de conexión con colectivos o terceros terroristas. Esto es así porque, según el terrorista defienda una ideología propia o la de una organización, según desee realizar una batería de atentados o únicamente uno solo, o incluso según busque sobrevivir al ataque o admita morir en el mismo, el estado de terror que pueda crear entre la población y, con ello, su peligrosidad intrínseca, será diferente.

6. Conclusiones

En esencia, desde el punto de vista jurídico, el terrorista individual es aquel sujeto que comete un delito que, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, cumple con los requisitos para ser considerado como un delito de terrorismo, pero sin que pueda considerarse perpetrado en el seno de una organización o grupo terrorista. Así, se concluye que podrán ser considerados terroristas individuales todos aquellos que actúen reiteradamente en solitario o en parejas, exceptuando quienes lo hagan únicamente por razones operativas, y aquellos que se integren en un colectivo que no muestre ninguna continuidad ni estructura.

Este examen realizado a la luz del terrorismo colectivo permite diferenciar entre los tres casos paradigmáticos que se incluyen dentro del fenómeno del terrorista comúnmente denominado “lobo solitario”. En este sentido, se determina que tanto el terrorista individual propiamente dicho como el lobo solitario yihadista no pertenecen ni colaboran con un grupo u organización terrorista por lo que han de ser considerados terroristas individuales. Sin embargo, el terrorista individual táctico sí que cumple con los requisitos expresados por la Jurisprudencia para pertenecer a una organización por lo que se integra dentro del terrorismo colectivo.

Por último, mediante las clasificaciones examinadas se determina que el terrorista individual proyecta una mayor potencialidad lesiva cuanto más cercano a los objetivos de una organización se muestre, cuanta más influencia ostente un colectivo terrorista en su radicalización y entrenamiento y cuanto menos impulsivo se muestre en sus acciones. A través de las tres clasificaciones analizadas se aportan las herramientas para una futura evaluación detallada de la potencialidad lesiva del

terrorismo individual y, con ello, de la legitimidad de su punición bajo la sistemática terrorista²⁷.

Bibliografía

- AGUILAR BLANC, C. (2012), "El terror de Estado francés: una perspectiva jurídica", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 1^a época, vol. 7, pp. 207-243.
- ASSOCIATED PRESS (2017), *Covering tyranny. The AP and Nazi Germany: 1933-1945*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://www.ap.org/about/history/ap-in-germany-1933-1945/ap-in-germany-report.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- AUDIENCIA NACIONAL 28/2000 de 10 de julio (RJ 4836/2000).
- AUDIENCIA NACIONAL 70/2013 de 20 de diciembre (RJ 5522/2013).
- BAKUNIN, M. (1870), *Letters to a Frenchman on the Present Crisis*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://www.marxists.org/reference/archive/bakunin/works/1870/letter-frenchman.htm#s1> (fecha de consulta: 3 de junio de 2018).
- BATES, R. A. (2012), "Today's lone wolf terrorists. Dancing with wolves", *The Journal of Public and Professional Sociology*, vol. 4, issue 1, art. 1, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://digitalcommons.kennesaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=jpps> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).
- BEAM, L. (1992), "Leaderless resistance", *The Secessionist*, núm. 12, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.louisbeam.com/leaderless.htm> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2017).
- BREIVIK, A. B. (2011), *2083: A European Declaration of Independence*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
https://archive.org/details/2083_A_European_Declaration_of_Independence (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- BURLEIGH, M. (2013), *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*, Penguin Random House, Barcelona.
- BURTON, F. y STEWART, S. (2008), "The Lone-Wolf Disconnect", *Stratford*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
https://www.stratfor.com/weekly/lone_wolf_disconnect (fecha de consulta: 12 de febrero de 2018).
- CANCIO MELIA, M. (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.
- CAPELLA I ROIG, M. (2014), "¿Qué queda del delito político en el Derecho internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y el asilo)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 28, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.reei.org/index.php/revista/num28/articulos/quedan-delito-politico-derecho-internacional-contemporaneo-observaciones-ambitos-extradicion-asilo> (fecha de consulta: 3 de junio de 2018).
- CAPITA REMEZAL, M. (2008), *Ánalisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid.
- CASANOVA RUIZ, J. (2005), "Terror and violence. The dark face of Spanish anarchism", *International Labor and Working-Class History*, núm. 67, pp. 79-99.

²⁷ La crítica a la punición del terrorismo individual bajo la sistemática del terrorismo y no de la delincuencia común basada en la ausencia de potencialidad lesiva, es decir, en la imposibilidad de lesión del bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo, ha sido realizada por diversos autores. Entre ellos, se pueden destacar Villegas Díaz (2016) y Tello Salinas (2016).

- CODEXTER (2015), *Sub-Group on Terrorists Acting Alone*, 29th plenary meeting, Estrasburgo, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://rm.coe.int/16806b727e> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2018).
- CRUICKSHANK, P. y ALI, M. H. (2007), "Abu Musab Al Suri: architect of the new Al Qaeda", *Studies in Conflict & Terrorism*, núm. 30, pp. 1-14.
- ETZENSBERGER, H. M. (2006), *El corto verano de la anarquía. Vida y muerte de Durruti*, Anagrama, Madrid.
- EUROPOL (2016), "Lone actor attacks – Recent developments", *European Counter Terrorism Centre*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/lone-actor-attacks-recent-developments> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2018).
- GARCÍA MORIYÓN, F. (2017), "Asesinado por el anarquismo: anarquismo y violencia legítima", *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, 2ª Época, núm. 15, pp. 117-134.
- IVIANSKY, Z. (1977), "Individual terror: concept and typology", *Journal of Contemporary History*, núm. 12, pp. 43-63.
- JIMÉNEZ DE ASÚA (1958), *Principios de Derecho penal: la ley y el delito*, Abeledo Perrot, 3ª ed., Buenos Aires.
- KINNEALLY III, J. J. (1987), "The political offence exception: Is the United States-United Kingdom supplementary extradition treaty the beginning of the end?", *American University International Law Review*, vol. 2, issue 1, pp. 203-227.
- KROPOTKIN, P. (1914), *El espíritu de rebelión*, trad. de Ed. Marginales, Ed. Marginales, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://edicionesmarginales.files.wordpress.com/2016/11/espiritu-de-rebelion.pdf> (fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).
- LAMARCA PÉREZ, C. (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Colección Temas Penales, Madrid.
- LAMPE, E. J. (2003), *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad. de Carlos Gómez-Jara Díez, Grijley, Lima.
- LENIN, V. I. (1902), *¿Qué hacer?*, Alianza Editorial, Madrid.
- MILLER, M. A. (1995), "The intellectual origins of modern terrorism in Europe". En: CRENSHAW, M., *Terrorism in context*, Filadelfia Penn State Press, pp. 27-62.
- MONTORO BALLESTEROS, A. (2000), "En torno a la idea de delito político. (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)", *Anales de Derecho*, núm. 18, pp. 131-156.
- NECHAEV, S. (1868), *Catecismo de un revolucionario*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://bibliotecanacionandaluzasevilla.files.wordpress.com/2008/10/catecismo-de-un-revolucionario.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2018).
- NESSER, P. (2012), "Single actor terrorism: scope, characteristics and explanations", *Perspectives on terrorism*, vol. 6, núm. 6, pp. 61-73.
- NSCITF (2015), "Report: Lone Wolf terrorism", *Security Studies Program*, Washington D. C., disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://georgetownsecuritystudiesreview.org/wp-content/uploads/2015/08/NCITF-Final-Paper.pdf> (fecha de consulta: 13 de abril de 2018).
- ORCHARD, P. (2014), *A right to flee. Refugees, States and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- PANTUCCI, R. (2011), "A typology of lone wolves: preliminary analysis of lone Islamist terrorists", *Developments in Radicalization and Political Violence*, Londres, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.trackingterrorism.org/system/files/chatter/1302002992ICSRPaper_A_TypologyofLoneWolves_Pantucci.pdf (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- PERCEVAL VERDE, J. M. (2017), *El terror y el terrorismo. Cómo la humanidad ha gestionado sus miedos*, Cátedra, Madrid.
- PÉREZ VENTURA, O. (2014), "Mustafá Setmarian, el ideólogo de la yihad moderna",

- Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 5, disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2014/DIEEM05-2014_Mustafa_Setmarian_IdeologoYihadModerna_OPVentura.pdf (fecha de consulta: 12 de febrero de 2018).
- PRAKASH SINHA, S. (2013), *Asylum and International Law*, Martinus Nijhoff, La Haya.
- PYLE, C. H. (2001), *Extradition, Politics and Human Rights*, Temple University Press, Philadelphia.
- RAPOPORT, D. (2004), "The four waves of modern terrorism". En: KURTH, A. y LUDES, J.M. (eds.), *Attacking terrorism: elements of a grand strategy*, Washington D.C., Georgetown University Press, pp. 77-101.
- ROBESPIERRE, M. (1794), *Sobre los principios de moral política que deben guiar a la Convención Nacional en la administración interna de la República*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://www.marxists.org/espanol/tematica/cienpol/robespierre/moralpolitica.htm> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- SPAAIJ, R. (2010), "The enigma of lone wolf terrorism. An assessment", *Studies in conflict and terrorism*, vol. 33, núm. 9, pp. 854-870.
- TELLO SALINAS, F. (2016), "Terrorismo individual. Un enemigo imaginario. Un análisis crítico de los artículos núm. 1 y 2 de la Ley 18.314", *Revista DIKÉ*, vol. 1, Santiago de Chile pp. 83-106.
- TOBOSO BUEZO, M. (2014a), "La contaminación del concepto Lobo Solitario", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, pp. 6-26.
- TOBOSO BUEZO, M. (2014b), *Lobos de Occidente. El terrorismo individual como elemento emergente y evolución táctica de Al-Qaeda*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid.
- TOBOSO BUEZO, M. (2017), "2016: escenario negro, ¿en regresión?", *Análisis GESI*, núm. 1/2017, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/2016-escenario-negro%E2%80%A6-%C2%BFen-regresi%C3%B3n> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2018).
- TRIBUNAL SUPREMO 886/2007 de 2 de noviembre (RJ 10272/2007).
- TRIBUNAL SUPREMO 309/2013 de 1 de abril (RJ 11151/2012).
- TRIBUNAL SUPREMO 719/2013 de 9 de octubre (RJ 10566/2013).
- TRIBUNAL SUPREMO 271/2014 de 25 de marzo (RJ 10892/2014).
- TRIBUNAL SUPREMO 289/2014 de 8 de abril (RJ 2158/2013).
- TRIBUNAL SUPREMO 445/2014 de 29 de mayo (RJ 11106/2013).
- TRIBUNAL SUPREMO 577/2014 de 12 de julio (RJ 10071/2014).
- TRIBUNAL SUPREMO 576/2014 de 18 de julio (RJ 10028/2014).
- TRIBUNAL SUPREMO 277/2016 de 6 de abril (RJ 10714/2015).
- TRIBUNAL SUPREMO 714/2016 de 26 de septiembre (RJ 1951/2015).
- TRIBUNAL SUPREMO 798/2016 de 25 de octubre (RJ 10224/2016).
- TRIBUNAL SUPREMO 607/2017 de 15 de septiembre (RJ 10792/2016).
- TROTSKY, L. (1914), *La posición marxista acerca del terrorismo individual*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://rosaluxemburgo.files.wordpress.com/2009/04/trostky3.pdf> (fecha de consulta: 22 de abril de 2018).
- TROTSKY, L. (1935), *Terrorismo y comunismo*, Fundación Federico Engels, Madrid.
- VILLEGRAS DÍAZ, M. (2016), "La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el Derecho penal chileno", *Revista de Ciencias Penales*, 6^a época, vol. XLIII, núm. 3, pp. 13-32.

La “Política natural” de D’Holbach: reforma, utilidad y desigualdad

D’Holbach’s “Natural Politics”: reform, utility and inequality

Francisco Javier Peña Echeverría

Universidad de Valladolid

javierp@fyl.uva.es

Recibido / received: 20/07/2018

Aceptado / accepted: 24/07/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4357>

1. D’Holbach como filósofo político: el proyecto de una política natural

El barón D’Holbach ocupa un lugar destacado entre los filósofos de la Ilustración. Es reconocido sobre todo como mecenas y erudito colaborador en la tarea de la Encyclopédie, codo con codo con su amigo Diderot; como anfitrión de un salón que auspicia el encuentro y el debate entre los más destacados intelectuales y los más ilustres visitantes extranjeros de la Francia de la segunda mitad del siglo XVIII¹; y como infatigable recopilador y difusor de escritos antirreligiosos. Pero es también, oculto en el anonimato, autor él mismo de varios libros de crítica de la religión (en particular, del cristianismo) y defensa del ateísmo, además de destacado exponente del materialismo filosófico: su *Sistema de la naturaleza* (1770), el compendio más abarcador de su pensamiento, fue una de las obras más difundidas y editadas en las décadas siguientes². Es sin duda uno de los actores clave de la que Jonathan Israel ha llamado “Ilustración radical”.

D’Holbach es autor también de algunos libros dedicados a la filosofía política. *La Política natural*, publicada en 1773 –a la que estas páginas prestan especial atención– forma, junto con *Sistema social*, publicada ese mismo año, y *Etocracia*, de 1776, el conjunto de sus obras políticas. Todas ellas coinciden en su fundamento teórico y en lo esencial de sus propuestas, aunque haya diferencias en la extensión y el énfasis, además de alguna variación a la hora de tratar algunos temas; quizá sea *La política natural* la que ofrece una visión más amplia y detallada.

¹ Diderot, Rousseau, Helvétius, Morellet, Naigeon, Beccaria, Hume, Smith, etc. Grimm, uno de los ilustres visitantes del salón, lo calificó como “maître d’hôtel de la philosophie”.

² ONFRAY (2010: 225) resume la producción de D’Holbach en tres “momentos teóricos”: “la deconstrucción del cristianismo; la elaboración de un materialismo sensualista y ateo y la propuesta de una política eudemonista y utilitarista”.

Estos escritos no tuvieron en su día el reconocimiento concedido a sus trabajos de crítica religiosa y filosófica. Sin duda, toda la obra del barón está dedicada al combate contra la superstición religiosa y el despotismo político, que a sus ojos van de la mano, y en este sentido es innegable la influencia, siquiera indirecta, de D'Holbach y otros ilustrados radicales en la configuración del nuevo orden social y político que se abre paso con la Revolución Francesa³. Pero hasta fechas recientes los estudiosos del filósofo no habían considerado que el pensamiento político de D'Holbach fuera especialmente innovador u original. Ha sido Jonathan Israel quien ha puesto de relieve la importancia del barón como filósofo político de la Ilustración radical, aunque su valoración acerca de la aportación y significación de la filosofía política holbachiana debe quizá ser matizada⁴.

Sin embargo, creo que vale la pena detenerse en la filosofía política de D'Holbach, no tanto porque anticipa ideales políticos contemporáneos –democráticos, liberales e igualitarios–, sino porque aporta una perspectiva nueva, diferente de la concepción de la política centrada en la legitimidad –ya sea en su versión tradicionalista o en la forma racionalista del contractualismo moderno–, puesto que pone como valor primordial de la política la utilidad social. Es un planteamiento en línea con el que se abre camino en Helvétius y en otros pensadores de la Ilustración británica, que pretende fundar la teoría política en el conocimiento de los resortes psicológicos de la naturaleza humana, sus pasiones e intereses, antes que en términos de principios de Derecho. Una política "natural", que se sigue de su ontología y antropología materialistas.

La aportación de D'Holbach, que puede parecernos poco audaz considerada a la luz de la Revolución Francesa que tuvo lugar pocos años después, ha de ser entendida también en relación con el orden político en el que se inscribe y al que combate, fundado en la tradición y el privilegio, en cartas y costumbres que se remontan a orígenes remotos, y reforzado además por leyendas y ficciones teológicas. El filósofo propone que la legitimación tradicional de posiciones y jerarquías sociales, basada en el linaje y la herencia, sea sustituida por el criterio de utilidad social, que adjudicará a cada ciudadano un lugar en el ámbito social y económico adecuado a sus méritos y estimulará una explotación racional de talentos y recursos beneficiosa para todos.

Por otra parte, la perspectiva utilitaria de D'Holbach contrarresta algunas de las consecuencias radicales que están implícitas en el planteamiento constructivista del contractualismo moderno, que parte de la autonomía e igualdad originarias de los individuos. Esto resulta particularmente manifiesto en Rousseau, antagonista del D'Holbach político: en diversos pasajes de *La política natural*, especialmente en aquellos que se refieren a la igualdad, la presencia del autor de *El contrato social* está apenas velada. Rousseau propone construir un orden social justo que preserve la

³ Las obras políticas de D'Holbach son las últimas que publicó un *philosophe* perteneciente al Antiguo Régimen. Según BOULAD-AYOUB (2017: 380), "D'Holbach jugó incluso un papel directamente político al final de su vida en un club prerrevolucionario, el "Salon des Arts", del que fue miembro durante varios años. El fiel Naigeon ocupó un lugar preponderante durante la Revolución en la difusión de las ideas de D'Holbach entre los miembros de la nueva generación".

⁴ Véase, por ejemplo, DEVELLENNES (2017: 324): "Si la Ilustración radical se define, sin lugar a duda, por sus valores de universalidad, de igualdad y de democracia, ¿es D'Holbach el candidato ideal para defender esta tesis? Su bien conocido ateísmo es, ciertamente, una baza capital para ponerle a la cabeza del movimiento en la segunda mitad del siglo XVIII. Pero D'Holbach formula también una crítica de la democracia y de la igualdad, sobre todo en su *Política natural*. Parece también definir un particularismo político, en el que cada sociedad puede determinar el modo de gobierno más adaptado a sus circunstancias". No obstante, el propio Devellennes interpreta la posición política de D'Holbach en clave progresista. Me he referido críticamente a la posición de Israel en PEÑA (2017).

autonomía y la igualdad originarias; para D'Holbach, las diferencias en el mérito y en la contribución al bienestar colectivo requieren y justifican la desigualdad.

Por eso, la propuesta del filósofo es reformista: trata de introducir elementos de racionalidad en el orden social y en el sistema político, buscando el equilibrio entre poderes y sectores sociales, en particular a través de la inclusión política de la parte más numerosa, laboriosa y productiva de la sociedad. No pretende una alteración revolucionaria basada en principios, sino una mejora efectiva del bienestar de la mayoría.

En las páginas que siguen, me detendré en primer lugar en la fundamentación utilitarista de la filosofía política holbachiana, para considerar después cómo el criterio de utilidad desemboca en una defensa de la desigualdad. Por último, consideraré algunos puntos de la propuesta de diseño institucional del filósofo a la luz de estos conceptos

2. El criterio de utilidad social

La teoría política de D'Holbach tiene un fundamento naturalista. Las normas básicas de la moral y de la política han de extraerse del conocimiento de la naturaleza, y en particular de la naturaleza humana. Los deberes y las normas no están separados de los deseos humanos, sino que se siguen naturalmente de ellos, si los consideramos racionalmente: cada uno busca su conservación y bienestar, y ha de convivir con otros que tienen los mismos deseos y necesidades. Para orientarse en la vida social y política no hay que acudir a los preceptos arbitrarios de la divinidad de los que nos habla la religión -que alientan el fanatismo y la intolerancia-, ni creer que las normas de la moral se oponen a los ardides de la política. Se trata de perseguir racionalmente los fines a los que nuestra naturaleza nos dirige.

La Política natural se abre con la afirmación del carácter social de la vida humana. Los hombres viven siempre en sociedad porque son vulnerables y dependientes, y se necesitan mutuamente para perseguir su objetivo primordial: la supervivencia y el bienestar⁵. No se trata, claro está, de defender la sociabilidad natural del hombre como lo hicieron Aristóteles y el iusnaturalismo tradicional; D'Holbach constata simplemente que de la estructura de deseos y necesidades humanas se sigue la necesidad de la vida social como condición de subsistencia y bienestar efectivos. El suyo es un naturalismo psicológico, no metafísico.

El fundamento de la sociabilidad es la utilidad. Mientras Aristóteles piensa que el hombre busca naturalmente la sociedad, aun al margen de la utilidad⁶, y que el individuo sólo puede concebirse como formando parte ya de la comunidad que sostiene y da sentido a su vida, D'Holbach afirma explícitamente que los hombres se asocian por interés: se integran en la sociedad exclusivamente porque -y en la medida

⁵ "Así, cuando se dice que la sociabilidad es un sentimiento natural del hombre, se indica con ello que el hombre, teniendo el deseo de conservarse y ser feliz, quiere los medios para ello; que, nacido con la facultad de sentir, prefiere el bien al mal; que, susceptible de experiencias y reflexiones, se convierte en razonable, es decir, capaz de comparar las ventajas que la vida social le procura con las desventajas que experimentaría si fuera privado de la sociedad. Conforme a estas experiencias, estas reflexiones, esta comparación, prefiere un estado que le procura una existencia agradable y conforme a su ser a la soledad que le disgusta, que le inquieta, que le dejaría desprovisto de socorro" (D'Holbach, 1998, I: 1).

⁶ ARISTÓTELES (1986: 19-23) "...el hombre es por definición un animal político; por eso, aun cuando no necesiten la mutua ayuda los hombres, no menos buscan la convivencia. De todos modos, también los congrega la utilidad común, en cuanto que a cada uno le corresponde una parte del bienestar".

en que- eso es ventajoso para sí mismos⁷. De manera que la perspectiva naturalista conduce a un planteamiento utilitarista: la sociedad es un sistema de cooperación entre egoístas racionales que obtienen ventajas de sus servicios recíprocos. Una asociación que se constituye bajo el presupuesto de la prioridad de los individuos.

Suele asociarse la formulación del principio de utilidad, y la primera exposición sistemática del utilitarismo, al nombre de Bentham, cuyo *Fragmento sobre el gobierno* se publicó en 1776, solo tres años después que *La política natural*. Pero el enfoque de D'Holbach no se ajusta al tipo de utilitarismo asociado al cálculo hedonista como regla de acción. DEVELLENNES (2017: 334) ha subrayado la inspiración epicúrea de la ética de D'Holbach –que el propio filósofo manifiesta en su *Sistema social*–, e incluso su afinidad con Aristóteles, que al fin y al cabo fue también un filósofo de la felicidad. A decir verdad, en D'Holbach hay una continua llamada a la moderación en la conducta individual, y una denuncia moralista del lujo y el desenfreno de las cortes y de la avaricia sin límites de comerciantes y financieros.

En todo caso, aquí nos interesa sobre todo el utilitarismo en su vertiente de filosofía social y política. Al respecto, hay que advertir que el propio Bentham reconoció a su editor que Montesquieu, Barrington, Beccaria, y sobre todo Helvétius, le habían puesto en el camino del principio de utilidad, y que debía a este último la tesis de que una acción es buena cuando tiende a aumentar "la masa de felicidad en la comunidad"⁸. Como señala BOCARDO (2005: 2), Helvétius había anticipado dos ideas que incorporará Bentham: que la virtud se reduce al deseo de felicidad de los hombres y que sólo se puede hacer que los hombres sean virtuosos si se vincula su interés personal con el interés general⁹.

D'Holbach comparte estas tesis con autores que, al fin y al cabo, habían pasado por su salón, donde a buen seguro tales ideas fueron objeto de debate. El interés general –en términos estrictos, el interés del mayor número– está vinculado al interés individual, y por eso el interés propio ilustrado llevará a los individuos al reconocimiento de sus deberes sociales, y la política ilustrada se guiará por la utilidad de personas e instituciones para el bienestar colectivo.

Este enfoque utilitarista hace que el filósofo, aunque recurra al tópico del pacto social, lo conciba de un modo muy distinto que los teóricos contractualistas modernos, de Hobbes a Rousseau.

En *La política natural*, D'Holbach se apresura a oponerse a la hipótesis del estado de naturaleza, que califica de "químérico", con el argumento de que el hombre no pudo jamás subsistir aislado¹⁰; seguramente tiene en mente la imagen del hombre natural que había bosquejado Rousseau en el *Discurso sobre la desigualdad*. Pero los teóricos del contrato social no están particularmente interesados en defender la realidad histórica del estado natural, que ha de ser considerado más bien como un experimento mental, ni se refieren a un estado estrictamente asocial, sino a una situación hipotética de carencia de poder político y, por tanto, de normas vinculantes

⁷ "En una palabra, el interés, o el amor ilustrado a sí mismo, es el fundamento de las virtudes sociales; es el auténtico motivo de todo lo que el hombre hace para el servicio de sus semejantes" (D'Holbach, 1998, I: 5).

⁸ Cf. BENTHAM (1843: 54, 70). Debo al artículo de BOCARDO (2005) la llamada de atención sobre estos pasajes.

⁹ HELVÉTIUS (1984: 208): "Volviendo a mi tema, insisto en que los hombres no tienden más que a su felicidad, que no se los puede sustraer de esta tendencia, que sería inútil emprenderlo y peligroso lograrlo; que, por consiguiente, no es posible convertirlos en virtuosos más que uniendo su interés personal con el interés general".

¹⁰ D'HOLBACH (1998, I: 2). Como es sabido, también Hume y Bentham argumentan contra la hipótesis del pacto social.

coactivamente. De lo que se trata con la ficción del pacto social es de explicar y justificar el poder político y su legitimidad, a partir de la libertad e igualdad originarias de todos y cada uno de los individuos –titulares por tanto de derechos naturales. Se trata de justificar la prioridad de los individuos y de sus derechos frente a cualquier compromiso o deber de obediencia.

En cambio, lo que D'Holbach denomina pacto social (1998, I: 6) no es un acuerdo entre individuos originariamente libres sobre el poder político, sino un contrato implícito entre cada uno y la sociedad de la que forma efectivamente parte desde su mismo nacimiento. Se trata de un intercambio recíproco de utilidades, que es beneficioso para cada una de las partes. Un compromiso de ayuda mutua, preocupación por el bienestar de los demás miembros, búsqueda de equilibrio entre ventajas y desventajas: cada individuo cumple con sus deberes cívicos a cambio de los beneficios que obtiene de la inserción en la comunidad.

El punto de vista de este pacto tácito sigue siendo individualista, igual que en las teorías contractualistas. La integración social no se concibe en términos de pertenencia a una comunidad anterior y preeminente, sino que es el beneficio que cada cual recibe de la sociedad lo que justifica su contribución a ella, y el grado de su compromiso con ella, reitera D'Holbach. El vínculo social se justifica en términos de interés y utilidad.

Nuestra conducta se funda forzosamente en nuestro interés, que se resume en último término en la búsqueda de la felicidad o el bienestar. Ahora bien, si consideramos razonablemente nuestra dependencia de la sociedad y los beneficios que se siguen de integrarse en ella, adoptaremos ciertas actitudes y conductas, que son las virtudes sociales. La conducta virtuosa es la que corresponde a la utilidad para el individuo y para la sociedad; la moral no prescribe sino lo que es naturalmente bueno para nosotros, y la virtud no se opone a nuestras tendencias naturales, aunque en ocasiones haya de corregir nuestros deseos primarios. Como, sin embargo, no siempre somos conscientes de la relación entre el cumplimiento de los deberes y los beneficios sociales, la conducta virtuosa ha de ser exigida en caso necesario a los miembros de la sociedad por medio de las leyes. Así, la política pone los medios para garantizar la conexión entre interés individual e interés social en la práctica. La política natural es maximización de la utilidad.

Es en función de esa utilidad como se determinan los derechos. Los individuos pactan con la sociedad para garantizar su libertad (negativa), su seguridad y su propiedad. Las leyes civiles deben asegurar los derechos que definen al ciudadano, porque la vinculación a la sociedad tiene el sentido de disfrutar con seguridad de sus ventajas. A su vez, los derechos podrán ser garantizados mediante el cumplimiento de las obligaciones correspondientes por los asociados, como el respeto a la libertad ajena o la asistencia a los menos afortunados¹¹.

En todo caso, recompensas, rangos y obligaciones han de determinarse de acuerdo con la contribución de cada cual a la sociedad. Esto significa que las posiciones sociales no pueden basarse en circunstancias ajenas al mérito de cada uno: los privilegios que tienen su origen en la herencia o el linaje carecen de

¹¹ Así, D'HOLBACH (1998, VI: 1) considera que la libertad de cada uno en la búsqueda de su propia felicidad tiene como límite no perjudicar a los demás miembros de la sociedad; la seguridad y el disfrute de la propiedad dependen de la sumisión a reglas comunes, así como de la contribución a través de los impuestos para corregir las disparidades económicas excesivas (ibidem, VI: 12).

justificación. La propia figura del soberano pasa a justificarse por su utilidad¹², en abierto contraste con la legitimidad tradicional de la monarquía. Por otra parte, el criterio de utilidad permitirá justificar también una distribución desigual de cargas y ventajas, conforme al valor de la contribución de cada uno al bienestar colectivo.

Ahora bien, la política basada en el criterio de utilidad ha de hacer frente en este punto a cuestiones de justicia. El pacto social holbachiano establece un espacio de cooperación beneficioso para todos: cada individuo necesita de la protección y ayuda de la sociedad –es decir, de todos los demás–, y al mismo tiempo la sociedad no puede subsistir sin la colaboración de todos y cada uno. Por una parte, el balance entre aportación y beneficio sería satisfactorio para todos si hubiese un ajuste espontáneo entre los deseos y las necesidades de todos, de modo que fuesen compatibles entre sí; pero es obvio que hay conflictos de intereses entre los distintos sectores sociales. Por otra parte, cualquier distribución estaría justificada si hubiera correspondencia exacta entre lo que cada uno aporta a la sociedad y lo que recibe de ella. Pero hay que tener en cuenta que las posiciones de partida son desiguales, independientemente de los méritos respectivos, y que de hecho la distribución de los beneficios sociales es enormemente desigual en las sociedades del siglo XVIII, sin que pueda considerarse responsables de ello a los peor situados (Pontón, 2016). Es preciso afrontar el problema de la desigualdad.

3. La justificación de la desigualdad

La idea de igualdad hubo de tener un gran atractivo para los críticos de la sociedad del Antiguo Régimen, fundada sobre la jerarquía y la desigualdad esencial entre órdenes sociales. Los discursos iusnaturalistas y contractualistas proclamaban en cambio la igualdad originaria de derechos. Rousseau fue aún más lejos. El *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* sostiene que la desigualdad no viene naturalmente dada, sino que es fruto de una construcción social, el resultado de la fundación de la propiedad y la institucionalización del honor. Igualmente, denuncia la trampa oculta en el pacto social que el rico propone al pobre: igualarse formalmente para convalidar la desigualdad material resultante de la fortuna y los acontecimientos del pasado¹³.

D'Holbach parece estar pensando en el ensayo de Rousseau cuando en la *Política natural* se apresura a arremeter contra el mito de la igualdad:

"Cesemos pues de suponer una pretendida igualdad, que se cree haber subsistido originariamente entre los hombres. Fueron siempre desiguales. No clamemos en absoluto contra esta desigualdad, que siempre fue necesaria" (ibidem, I: 10).

En realidad, pretender la igualdad supondría ir contra la Naturaleza, que ha hecho a los hombres desiguales, argumenta D'Holbach. Y la desigualdad entre ellos es beneficiosa. En primer lugar, porque si fueran por completo iguales desearían lo mismo, y por tanto vivirían en perpetuo conflicto; en cambio, siendo diferentes, sus deseos pueden hacerse compatibles. En este sentido la desigualdad se equipara a la diversidad. D'Holbach no parece reparar en la otra cara de su argumento: las diferencias en las cualidades físicas y psíquicas no impiden que haya semejanza en

¹² D'HOLBACH (1998, VI: 12): "El soberano es, sin duda, el más útil de los ciudadanos, en cuanto sus cuidados expanden la felicidad por toda la sociedad; su grandeza no está fundada sino en la extensión de su utilidad, de sus talentos, de su vigilancia".

¹³ ROUSSEAU (1998: 294-295): "Tal fue, o debió ser, el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevos obstáculos al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron sin remisión la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y la desigualdad, hicieron de una hábil usurpación un derecho irrevocable, y sometieron desde entonces, para provecho de algunos ambiciosos, a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria".

la estructura fundamental de las necesidades y los deseos humanos, que por eso entran en conflicto irremediablemente en condiciones de escasez.

Por otra parte, hay desigualdad en el sentido de gradación de capacidades físicas y mentales. Pero es justamente esta desigualdad la que obliga a los hombres a cooperar, a poner sus capacidades en común para compensar las deficiencias que cada uno tiene en algunos aspectos con las cualidades que posee en otros, haciendo posible la subsistencia y el bienestar social mediante la colaboración entre los complementarios. Es la propia Naturaleza la que se sirve de la desigualdad para promover la cohesión social.

Es también la Naturaleza la base de la autoridad, porque ha hecho a algunos más dotados para mandar –una capacidad asociada a las misiones de guía, protección y beneficencia–, y a otros para la obediencia, de manera que la desigualdad resulta mutuamente beneficiosa¹⁴. Habría así una complementariedad natural, de la cual D'Holbach presenta una muestra reveladora: los cometidos respectivos que la Naturaleza ha asignado, según él, a varones y mujeres¹⁵. Al margen de la indignación que semejante tesis pueda causar al lector contemporáneo, muestra cómo para el filósofo la cooperación social puede no ser una colaboración entre iguales, sino estar desequilibrada: una de las partes recibe como beneficio una protección que no necesitaría si se hallara en condiciones de igualdad.

Esta vinculación de la desigualdad a la utilidad se aplica igualmente a la sociedad en general:

"Habiendo la Naturaleza hecho a los hombres desiguales en las fuerzas del cuerpo, las disposiciones del corazón y los talentos de la mente, la sociedad debe igualmente, con vistas a su bienestar, hacer diferencias entre sus miembros, y poner en correspondencia su estima, su afecto y sus recompensas con la utilidad, es decir con el mérito, las facultades, las virtudes de los ciudadanos que la componen. De ahí nacen diferentes órdenes de ciudadanos, distintos unos de otros por sus responsabilidades y sus funciones, los cuales, por diferentes vías, deben concurrir al plan general de la asociación" (ibidem, IV: 11).

No obstante, D'HOLBACH (ibid, IV: 1) defiende la igualdad ante la ley: "La ley debe ser uniforme, y mandar igualmente a todos. Es un principio básico frente a la sociedad del privilegio, que grava desigualmente a los distintos órdenes sociales y les aplica reglas diferentes. La ley puede desempeñar un papel corrector, frenando los abusos basados en la preeminencia social¹⁶, y limitando hasta cierto punto las desigualdades derivadas de las capacidades naturales, la herencia o la posición social. Pero la igualdad ante la ley es perfectamente compatible con la desigualdad material, e incluso con la desigualdad política: la plena ciudadanía está reservada a los propietarios, como se verá. Cabe pensar que en la sociedad de la época la vindicación de la participación política es menos importante que remediar las grandes desigualdades (Devellennes, 2017: 340); pero también tiene fundamento la sospecha de que los pensadores ilustrados como D'Holbach "quieren la igualdad respecto de

¹⁴ Cf. D'HOLBACH (1998, I: 11). La posición de D'Holbach recuerda la de Aristóteles sobre la naturalidad de la relación jerarquizada de mando y obediencia.

¹⁵ D'HOLBACH (1998, I: 11): "Basta la aplicación de estos principios para ilustrarnos sobre todas las reglas de nuestra conducta. Nos hará darnos cuenta de lo que en la primera de todas las sociedades debemos a ese sexo encantador, a esa amable mitad de la especie humana que la Naturaleza destina a hacer la felicidad del hombre. Si la mujer está hecha para agradar, el hombre está hecho para amarla. Si la Naturaleza les negó las fuerzas, les dio encantos. Si la privó de vigor, le correspondieron atractivos hechos para subyugar la fuerza. Ella fue una fuente de delicias y de placeres que son la recompensa y el premio por la protección y la ternura que el hombre debe concederle".

¹⁶ D'HOLBACH (1998: IV: 11): "...impedir que ningún miembro del Estado abuse en contra de los demás de los beneficios que posee".

los privilegiados, aunque lucharán con uñas y dientes por la desigualdad de su clase frente al pueblo llano" (Pontón, 2016: 563).

Pero desde la perspectiva utilitarista del barón, la desigualdad de rangos y fortunas, además de ser natural, es útil porque contribuye a un mayor bienestar colectivo, en la medida en que a cada miembro de la sociedad se le asignen aquellas funciones y tareas para las que está más dotado. Puesto que el objetivo es el interés general, lo que importa no es que todos sean tratados como iguales, sino que cada uno ponga de su parte lo que le corresponde para beneficio del conjunto, y reciba un tratamiento acorde con sus méritos.

En este punto se aprecia con claridad la diferencia de perspectiva con Rousseau (Peña, 2017: 318-319). Si se da prioridad a la libertad entendida como autonomía, la igualación material es condición indispensable de la libertad, porque de la suficiencia material deriva la independencia. En cambio, para D'Holbach lo que importa sobre todo es el bienestar: una posición social subordinada puede ser ventajosa para muchos miembros de la sociedad.

Cualquier miembro de la sociedad es útil si aporta a la sociedad una contribución acorde con su posición y capacidades y todos deben contribuir al bien público a su manera. Lo que no debería tener cabida en la sociedad son los privilegios de quienes obtienen pingües beneficios del esfuerzo colectivo sin aportar nada a cambio. De ahí las duras críticas de D'Holbach a la nobleza y al clero, entregados a la ociosidad improductiva o a las devociones estériles, en contraste con su elogio de las actividades que contribuyen al bienestar general: ante todo, el cultivo de la tierra, pero también el artesanado, e incluso el comercio.

Pero no todos son útiles del mismo modo ni en la misma medida. Por una parte, las necesidades son diversas: eso ya justificaría por sí solo la división del trabajo. Por otra parte, hay capacidades y tareas que justifican rangos y beneficios diferenciados. La preeminencia del soberano se justifica porque es "el más útil de los ciudadanos" (D'Holbach, 1998, IV: 12). Hay una distinción fundamental entre aquellos que se ocupan de las actividades productivas (el cultivo de la tierra, el comercio, las artes), que proporcionan tanto las cosas necesarias de la vida como las placenteras, y aquellos que gobiernan, protegen, median en las disputas o piensan en beneficio de esos ciudadanos productores (ibíd, IV: 11). Se da por sentado implícitamente que el segundo tipo de funciones son más útiles, y ello justifica la diferencia en las recompensas que reciben de la sociedad, en forma de ventajas materiales y de desigualdad de rangos.

Esta desigualdad de recompensas es, por otra parte, necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad, teniendo en cuenta que el móvil de las acciones humanas es "el amor a sí mismo, el interés personal, el deseo de ser preferido a sus semejantes" (ibíd, IV: 12). No cabe por tanto esperar la contribución al bien público de la virtud cívica de los individuos, sino que hay que motivar a aquellos cuya contribución sea más importante, ya por sus recursos o por sus capacidades, mediante títulos, signos y recompensas que los distingan de sus conciudadanos.

Por otra parte, cabe preguntarse por qué habrían de aceptar los ciudadanos desventajados su subordinación e inferioridad social, siendo iguales "en los derechos, los deseos, el amor a la felicidad y a la independencia" (ibíd, IV: 13). En realidad, D'Holbach no espera que los ciudadanos menos afortunados reconozcan la legitimidad de la preeminencia de ricos y poderosos por su mayor contribución a la utilidad colectiva —sobre todo, cuando el propio filósofo reconoce que en la práctica esa posición está tanto o más fundada en el linaje, la riqueza o los cargos que ocupan

(ibíd, IV, 13). Sólo pueden aceptar la subordinación de sus preferencias a las de otros en la medida en que consideren que son beneficiosas para ellos mismos¹⁷.

Es igualmente un cálculo de utilidad, más que el reconocimiento del derecho a una cierta igualdad, lo que funda el compromiso con los desfavorecidos que adquiere, según D'Holbach, el ciudadano distinguido.

Ciertamente, D'Holbach es consciente de la enorme desigualdad y de las penosas condiciones en las que vive la mayoría de la población en las sociedades del Antiguo Régimen. Su posición moral es contraria a la acumulación inmoderada de propiedades, y se muestra favorable a la extensión de la propiedad agraria a todos los ciudadanos, o al menos a un régimen de aparcería¹⁸. Esta propuesta se justifica, una vez más, por su utilidad: la propiedad liga a los individuos a la sociedad, evita las actitudes antisociales y los convierte en individuos útiles. A la larga, la cesión resulta ventajosa para los propios donantes. La reducción de la desigualdad redundará en la tranquilidad pública y en la adhesión de los menos afortunados a quienes les protegen y gobiernan.

D'Holbach insiste en lo razonable de adoptar medidas asistenciales para conseguir la adhesión de los súbditos a sus gobernantes y mejorar la productividad de los trabajadores. La minoría que goza de poder y riqueza no debe olvidar que es sostenida por el pueblo trabajador. Por eso, "una administración equitativa debe ocuparse preferentemente del bienestar del mayor número" (ibíd, IV: 19). Una sociedad bien gobernada es aquella en la que la mayor parte de sus miembros son felices, para lo cual es preciso que "sin un trabajo excesivo, sus necesidades sean satisfechas" (ibíd, V: 28).

Queda por determinar de qué modo y con qué recursos se llevará a cabo esta atención. La justicia requiere el reconocimiento del mérito de cada uno, pero también, a juicio de D'Holbach (ibíd, I: 28) la evitación del abuso de una posición dominante, lo que implícitamente parece implicar el reconocimiento de que hay límites al criterio de utilidad. En todo caso, la reducción de la desigualdad requiere una asignación positiva de recursos que posibiliten una cierta redistribución: la vía adecuada para obtenerlos es la imposición fiscal. D'Holbach reclama que los ciudadanos contribuyan en la cuantía suficiente para satisfacer las necesidades del Estado, en proporción a su capacidad contributiva, y universalmente: es absurdo que se exima arbitrariamente del pago de impuestos precisamente a los ciudadanos más ricos, como ocurre en la Francia de su tiempo¹⁹. A su vez, las autoridades deberían fijar con claridad el destino de los fondos y rendir cuentas del empleo de los mismos.

Por otra parte, tales exigencias de principio conviven con recomendaciones pragmáticas de corte paternalista en favor de medidas asistenciales. Si una buena

¹⁷ Podría pensarse que hay aquí alguna semejanza con el principio de la diferencia que invoca Rawls en su *Teoría de la justicia*. Sin embargo, aquí no se enuncia un criterio de justicia, sino que se trata de un cálculo de utilidad.

¹⁸ D'HOLBACH (1820: 187-188): "Una política ilustrada debería hacer de modo que el mayor número de ciudadanos poseyera algo en propiedad. La propiedad, al ligar al hombre a la tierra, hace que ame a su país, que se estime a sí mismo, que tema perder las ventajas de las que goza. El desgraciado que no posee nada no tiene patria (...) Si los ricos renunciaran en favor de los indigentes a las posesiones superfluas que tienen en sus manos, de las que no saben obtener ningún provecho real, aumentarían considerablemente sus propias rentas, la tierra estaría mejor cultivada, las cosechas serían más abundantes, y los pobres, tan incómodos para la nación, se convertirían en ciudadanos útiles".

¹⁹ D'HOLBACH (1998, VI: 12; VII: 23). DEVELLENNES (2017: 331) afirma que la justificación que D'Holbach da de los impuestos "nos hace pensar en un sistema de redistribución típico de una política progresista de izquierda". Lo cierto es que estas observaciones, muy críticas con el sistema tributario del Antiguo Régimen, no concretan en modo alguno el alcance y las vías de tal política fiscal.

administración ha de ocuparse del bienestar del mayor número, los reyes deben considerarse "padres de los súbditos" (ibid, IV: 20), y ocuparse especialmente de proteger y guiar a quienes, dedicados al trabajo manual, carecen de tiempo y posibilidades para cultivar su espíritu (ibid, IV: 20).

En suma, una política reformista basada en un criterio de utilidad procurará promover el desarrollo de la actividad productiva que engendra riqueza, eliminar exenciones y privilegios en la contribución a los fondos públicos, y procurar un nivel mínimo de bienestar que asegure la participación activa de todos en la persecución de la utilidad colectiva. Todo ello sin cambios radicales que pongan en peligro la tranquilidad pública y las posiciones de poder y riqueza existentes.

4. Una propuesta reformista: soberanía, consentimiento y representación

Es difícil determinar con precisión la posición teórico-política de D'Holbach, sobre todo si la consideramos en el conjunto de sus escritos, más allá de lo que sugiera tal o cual pasaje aislado; probablemente porque él mismo no tiene una postura netamente definida. Se opone resueltamente a la monarquía absoluta del Antiguo Régimen, que decide arbitrariamente sobre la suerte de sus súbditos en favor de un reducido grupo de privilegiados, y propone, en la senda de Montesquieu, limitarla y moderarla por medio de la representación. Pero difícilmente puede verse en D'Holbach a un defensor de la democracia representativa, como alternativa a la propuesta democrática "populista" de Rousseau (Israel, 2010: 62-65), o de la soberanía popular (Devellennes, 2017: 327).

Creo que la orientación utilitaria de la teoría política de D'Holbach explica, al menos en parte, la ductilidad y la limitación de sus propuestas reformistas, centradas pragmáticamente en el contexto social y político en el que vive. No propone una solución radicalmente innovadora, revolucionaria, sino que sugiere medidas que permitan sumar los recursos y capacidades de la sociedad en favor de la mejora de la utilidad y el bienestar de la mayoría social. Lo cual pasa por avanzar en la incorporación de los privilegiados a la contribución común, y por la plena inclusión política de los propietarios burgueses.

En el centro de la teoría política moderna está la cuestión de la soberanía, y de la relación entre el poder soberano y los individuos –súbditos o ciudadanos–, a los que gobierna. El autor comienza el discurso de la *Política natural* dedicado al soberano con estas palabras:

"Los soberanos son ciudadanos a los que las naciones han conferido el derecho de gobernar para su propia felicidad. Cualquiera que sea la forma de un gobierno, los derechos de la soberanía, para ser legítimos, deben estar fundados en el consentimiento de los pueblos; todo poder está esencialmente limitado por el fin primordial que la sociedad se propone" (D'Holbach, 1998, III: 1).

El origen del poder soberano está, por tanto, en la nación²⁰. Su existencia se sigue de la necesidad de conjugar y encauzar las fuerzas individuales al servicio del interés colectivo, lo cual requiere la existencia de una autoridad (ibidem, III: 3). Si se considera el asunto desde una perspectiva histórica, se concluirá que la mayoría de los gobiernos no son resultado de un pacto, sino de la fuerza. Sin embargo, también

²⁰ El término "nación" no tiene un significado rigurosamente delimitado. D'Holbach suele usarlo como sinónimo de "sociedad", aunque hay que tener en cuenta que sólo una parte minoritaria de la población tendría voz y derechos de participación política.

D'Holbach ha de dejar por un momento los hechos al margen y centrarse en la justificación: es el consentimiento de la sociedad lo que legitima el poder.

La idea de que toda autoridad legítima proviene del consentimiento es un principio clave en el pensamiento político de la época. Se opone a la legitimación tradicional fundada en el derecho divino o en la herencia, y limita potencialmente el poder del gobernante; pero no es un principio propiamente democrático. Podríamos decir que es la vía que se inspira en Locke –aunque tiene claros antecedentes en las instituciones representativas medievales–, distinta de la de Rousseau, defensor de una soberanía popular que es originaria e irrenunciable, independientemente de cómo se institucionalice. Para la teoría del consentimiento, lo que importa en último término no es quién tenga el gobierno –se verá que D'Holbach no es en absoluto partidario del gobierno popular–, sino que el soberano gobierne conforme a los deseos de la sociedad, y esté sujeto a ciertos límites, marcados por los derechos de sus súbditos. Queda menos claro cómo ha de manifestarse el consentimiento: D'Holbach parece contar con que la utilidad de ciertas directrices y políticas sea evidente tanto para el soberano que quiere obrar conforme a los deseos de sus súbditos como para los ciudadanos razonables²¹.

Ahora bien, en último término la legitimidad del poder soberano dependerá, según D'Holbach, no tanto de su origen como de su ejercicio, es decir, del bienestar que procura a sus súbditos. Se solapan, por tanto, el criterio deontológico del consentimiento con el criterio teleológico de la utilidad, aunque en último término es este el que domina.

La figura del soberano ilegítimo es la del déspota, alguien que tiene "la pretensión absurda de que la voluntad del soberano, cualquiera que ésta sea, debe servir de ley a la sociedad" (ibíd, V: 1). Es, en opinión de D'Holbach un usurpador, puesto que se apropiá de un poder incondicionado y arbitrario que no le ha sido dado en esos términos por la sociedad. Si además de actuar arbitrariamente obra injustamente, el déspota se convierte en un tirano.

Nada peor para el bienestar de la mayoría de la sociedad que la acción caprichosa de un soberano con poder ilimitado, que cree que el poder le corresponde naturalmente, y que es educado y alentado para que imponga sus caprichos por cortesanos y clérigos. D'Holbach se esfuerza, página tras página, por hacer ver cómo el soberano despótico se pone en contra de los deseos y los intereses de la sociedad, y cómo, a fin de cuentas, actúa en perjuicio de su propio interés, puesto que no puede obtener obediencia a sus mandatos sino por medio del temor, y no puede desligar su propia tranquilidad y prosperidad de la de sus súbditos.

Consentimiento y utilidad marcan los límites del deber de obediencia. Los súbditos tienen obligación de obedecer las leyes, en tanto éstas correspondan al deseo de la sociedad; las leyes son necesarias para la seguridad y la protección de todos. Ahora bien, la obligación política se justifica únicamente por la utilidad de la obediencia, y por consiguiente el deber de obedecer cesa cuando el gobernante actúa contra el deseo de la sociedad, que se traduce en su consentimiento. Más aún, los ciudadanos tienen derecho a alzarse frente al déspota que los opriñe.

²¹ D'HOLBACH (1998, IV: 1): "No hay auténticos súbditos más que para soberanos legítimos; no hay soberanos legítimos más que cuando gobernan los pueblos con su consentimiento, o cuando la voluntad del señor es la expresión fiel de la de la sociedad". Parece que podría ser legítimo un autócrata de tipo kantiano que fuese capaz de legislar como si siguiera la voluntad del pueblo expresada en sus asambleas.

D'Holbach justifica la resistencia con argumentos semejantes a los de Locke. Así como los súbditos que rehúsan obedecer a la autoridad son rebeldes, son igualmente rebeldes los usurpadores y tiranos que resisten a la voluntad pública. En cambio, los súbditos que rehúsan obedecer a un poder injusto y perjudicial, desaprobado por la sociedad, son auténticos ciudadanos fieles a su patria (ibid, IV: 3). Así mismo, retomando argumentos de los monarcómacos, el filósofo ilustrado se remite a los derechos originales de las naciones, incluido el de limitar y revocar los poderes que han dado a sus reyes, para legitimar la oposición al gobernante tiránico.

No es que D'Holbach pretenda llamar a la revolución. Está convencido de que por lo general los súbditos no son proclives a la revuelta, sino que tienden más bien a adoptar una actitud deferente y obsequiosa hacia la autoridad. Exhorta a los ciudadanos a ser pacientes, a soportar los males pasajeros o, en último término, a exiliarse. "Sólo la autoridad reunida o representada tiene el derecho de resistir" (ibid, IV: 9). Las consideraciones sobre la resistencia están destinadas más bien a hacer ver a soberanos y súbditos que el camino de las reformas es más útil para los intereses de unos y otros.

Podría pensarse que, conforme a los criterios de legitimidad y utilidad expuestos hay formas de gobierno preferibles a otras. Pero una de las conclusiones que saca D'Holbach de su examen de las formas de gobierno es que ninguna es perfecta. Sólo se puede enunciar el principio general de que "la más perfecta es la que asegura la felicidad del mayor número y lo pone al abrigo de las pasiones del menor número" (ibid, II: 21). Todas tienen ventajas y desventajas, y no conviene la misma forma de gobierno a sociedades con distinta extensión, población, climas, etc. En último término, la organización del gobierno ha de valorarse por su utilidad concreta, lo que conduciría a una posición "accidentalista" respecto a los regímenes políticos.

No obstante, en la práctica D'Holbach se muestra más crítico con algunos modelos que con otros, y deja ver su preferencia por una monarquía limitada, "atemperada". Puede ser útil atender a sus consideraciones para comprender mejor su postura.

Algunos intérpretes de D'Holbach llegan a considerarlo republicano, o incluso republicano democrático²². Pero el filósofo no es partidario de la forma republicana de gobierno. A su juicio, la república no es el régimen de la virtud, como había dicho Montesquieu, sino de la envidia, la cual nace precisamente de la conciencia de ser iguales, que lleva a recelar de cualquier mérito²³. A su juicio, la igualdad se opone a la utilidad: no es de extrañar entonces que las mayores críticas se dirijan a la democracia, fundada en una aspiración a la igualdad que es quimérica. Por otra parte, incluso las repúblicas mixtas, que tratan de conjugar los principios aristocrático y democrático, desembocan en el conflicto constante entre senado y pueblo (ibid, II: 16).

Es verdad que pueden rastrearse huellas de la tradición republicana en los escritos del barón: propugna un modelo social basado en la propiedad agraria, y no en el comercio y el crédito; defiende una moral que elogia la austeridad y critica el lujo; incluso contrapone la protección universal que proporcionan las leyes a la

²² Así ISRAEL (2012, 650-653), DEVELLENNES (2017: 324-328) y PONTÓN (2016: 573).

²³ D'HOLBACH (1998, II: 18): "El amor a la igualdad acaba por destruir el edificio que el brazo de la virtud había creado y sostenido durante algún tiempo".

arbitrariedad del monarca absoluto²⁴. Al fin y al cabo, el vocabulario y la cultura política de la época siguen siendo republicanos. Pero D'Holbach no comparte la convicción de que "todo gobierno legítimo es republicano"²⁵, porque desde su punto de vista la utilidad no puede subordinarse a instituciones y leyes.

La alternativa a la república no es la monarquía absoluta, porque sus condiciones de existencia la hacen proclive al despotismo, aunque D'Holbach no excluye que en determinadas circunstancias un monarca absoluto pueda estar en mejores condiciones para afrontar un programa reformista²⁶. Lo que busca es un monarca ilustrado que se guie por la filosofía en vez de por la religión, ajustando la política a lo que requiere el orden natural, con la vista puesta en la felicidad del conjunto. No pretende hallar una fórmula perfecta, sino una solución adecuada a las circunstancias²⁷. El criterio de valoración de un gobierno o régimen político es su rendimiento en términos de bienestar.

En la práctica, la solución que propone D'HOLBACH (ibíd, II: 19) es moderar el poder monárquico con el contrapeso de los representantes, un cuerpo intermedio entre el soberano y el pueblo cuyos miembros habrían de ser elegidos por los ciudadanos. Pero es necesario examinar con más detalle la propuesta para valorar su significado y alcance.

Puede advertirse en este, como en otros puntos, la influencia de Montesquieu. Sin embargo, D'Holbach se muestra muy crítico del modelo mixto de la monarquía británica²⁸. Aunque en teoría parece óptimo²⁹, en la práctica el sistema político británico está corrompido por la codicia, el deseo inmoderado de riqueza que se apodera de todos los estratos sociales. Los intereses de los aristócratas se confunden con los del monarca, y los representantes de los comunes, carentes de responsabilidad ante sus electores, que por otra parte son en gran parte indigentes dispuestos a vender su voto al mejor postor, actúan en favor de su interés particular. De esta manera el pueblo, gobernado por facciones enfrentadas, "teme el poder, la buena reputación y las artimañas de un monarca ambicioso y unos ministros astutos, teme la complacencia de los grandes hacia ese monarca, que es el origen de su propia grandeza, teme la perfidia de los representantes que se encargan de sus propios intereses y a los que tantas cosas pueden seducir" (D'Holbach, 2017: 184).

D'Holbach se muestra especialmente preocupado por la posibilidad de que los intereses particulares de los representantes se separen de los de sus representados. Le preocupa que sean sobornados o corrompidos, de manera que actúen en connivencia con el monarca y los poderosos en perjuicio de la mayoría del pueblo. Por eso advierte de que los representantes no deben ser perpetuos ni hereditarios, ni recibir pensiones o gracias del Estado (aunque quizás sí un salario público). Dependen de los ciudadanos que los constituyen como tales, y por eso su mandato ha de ser

²⁴ D'HOLBACH (1998, V: 16): "El ciudadano más oscuro de una nación libre goza de más seguridad, privilegios, auténtica grandeza, que todos los hombres con condecoraciones y títulos, a los que un monarca absoluto puede hundir en la nada a voluntad".

²⁵ Según la célebre sentencia de ROUSSEAU (1998: 6).

²⁶ Véase la "Introducción" a D'HOLBACH (2012).

²⁷ BOULAD-AYOUB (2016: 368): "D'Holbach se opone a la monarquía absoluta, pero no pone en duda el principio mismo de la monarquía, principalmente en razón del criterio utilitarista que no permite definir a priori el sistema ideal y reenvía a la experiencia la tarea de decidir".

²⁸ Segundo ISRAEL (2010: 59), eso fue propio de los teóricos de la Ilustración radical, en contraste con los de la moderada.

²⁹ D'HOLBACH (1998, II: 19): "Si alguna institución humana parece que debe procurar felicidad a un pueblo, ésa debería ser, sin duda, un gobierno que reúne, equilibra y atempera todos los gobiernos que los hombres han imaginado hasta el momento".

revocable³⁰. Después de todo, comparte con Rousseau el trasfondo de preocupación por el divorcio entre quienes gobiernan y el pueblo del que provienen, aunque no sea tan radical como la del ginebrino su crítica de la representación.

En todo caso, la representación tal como la concibe D'Holbach no expresa la soberanía popular, no es propiamente democrática³¹. Es una institución de origen medieval, como apunta perspicazmente Rousseau, y el mismo D'Holbach reconoce, que concibe al representante con un papel de intermediario entre los súbditos y el soberano³². Por una parte, el cuerpo de representantes habla en nombre del pueblo, recoge sus aspiraciones, diagnostica problemas y propone remedios, puesto que es capaz de exponer de forma moderada y razonable lo que interesa a la nación. Por otra parte, parece apuntar en algunos pasajes que el soberano debería estar obligado a atender la voz de los representantes y contar con su aprobación para adoptar ciertas decisiones³³.

En realidad, cabe dudar de que el filósofo atribuya a los representantes competencia legislativa, aunque algún pasaje sugiere que la nación debe tener parte en la legislación (D'Holbach, 1998, III: 29), y en *Etocracia* (D'Holbach, 2012) propone un consejo de representantes en el que se elaborarían y aprobarían las leyes³⁴. Tampoco se expresa con claridad respecto al papel del monarca en la legislación, ni se afirma con claridad dónde reside el poder legislativo, pese a que el filósofo subraye que es allí donde reside la soberanía (Peña, 2018: 35-36). Las cámaras de representantes son más bien o transmisoras o canalizadoras de las demandas de la población que órganos con iniciativa legislativa o capacidad de control del soberano (que es siempre un tercero). Nada comparable a lo ideado pocos años después en la naciente república de los Estados Unidos de América, por ejemplo³⁵. Se trata más bien de una primera y pragmática aproximación a lo que serán las asambleas representativas de los regímenes constitucionales.

Además, la nación es en realidad un conjunto dividido en diversos estratos u órdenes. Se mantiene en parte la estratificación del Antiguo Régimen. D'Holbach indica que debe haber equilibrio entre los diversos órdenes, lo cual parece implicar que las normas sobre control y rendición de cuentas de los representantes se referirían únicamente al "Tercer Estado". En suma, por más que D'Holbach sea muy crítico con los estamentos privilegiados, nobleza y clero, el pragmatismo parece aconsejarle limitar el alcance de la representación, confiando en que las reformas permitan aumentar la contribución efectiva de nobles y clérigos, y disminuir su peso político.

Los representantes lo son del pueblo, es decir de aquella parte de la nación que desarrolla actividades productivas; la más numerosa. Pero el filósofo piensa que

³⁰ D'HOLBACH (2017: 171)

³¹ ACCARINO (1999: 87-88): "La diferente postura frente a la cuestión decisiva de la soberanía determina en última instancia la diferencia entre sociedad por órdenes y parlamentarismo moderno en la cuestión de la representación".

³² MANIN (1998: 115): "Los autores de los siglos XVII y XVIII, familiarizados con la historia de las repúblicas, eran conscientes de que el nombramiento de representantes por elección se debía más a la tradición feudal que a la republicana".

³³ D'HOLBACH (1998, II: 20): "Nada más seguro que repartir entre los diversos órdenes de la sociedad un poder que, puesto en manos de un solo hombre o de un solo cuerpo, le pondría en condiciones de oprimir. Este plan no es quimérico: que el poder del monarca quede siempre subordinado al de los representantes del pueblo, y que estos representantes dependan continuamente de la voluntad de sus constituyentes, de los cuales proceden todos sus derechos, de quienes son intérpretes, no amos".

³⁴ NAVILLE (1967: 388) considera que se trata de un órgano consultivo. Observa además que D'Holbach no se expresa con claridad sobre cuestiones como definición del cuerpo electoral, delegación de poderes o periodicidad de las elecciones.

³⁵ Ni con las propuestas de los ilustrados de la generación siguiente, como Sieyès o Condorcet.

no debería ser representante cualquier individuo de ese pueblo, sino solamente aquellos que reúnan los requisitos intelectuales y morales necesarios, aquellos que reúnan "talentos, luces y probidad para hablar en nombre de una nación" (D'Holbach, 1998, IV: 15). La representación se rige por un principio de distinción.

En general, D'Holbach desconfía de la capacidad política del pueblo, y ve a los (buenos) representantes como tutores "capaces de velar por su seguridad mucho mejor que él mismo" (ibidem, IV: 17). El pueblo no está hecho para mandar, y ha de ser protegido frente a su propio apasionamiento. Sin embargo, considera que el pueblo es suficientemente sensato para elegir bien a sus representantes; también en este punto sigue a Montesquieu³⁶.

Significativamente, en la práctica esa competencia se revela, o se traduce, en la propiedad; más precisamente, en la propiedad agraria. El argumento es que la buena representación está ligada al interés –hay que tener en cuenta que, como cualquier otra persona, el representante es un sujeto interesado ante todo en sí mismo–, y el vínculo que une el interés particular a la nación es la tierra, base de la riqueza social, sustento de las arcas públicas, objetivo central de la defensa y la jurisprudencia. El propietario agrario es el buen ciudadano³⁷.

La buena sociedad en la que piensa D'Holbach es, por lo tanto, una sociedad de propietarios ligados a la tierra. Ya se ha visto que no trata de favorecer aún más a los grandes propietarios, sino que el barón propugna la generalización de la propiedad agraria, aunque no en términos de igualdad: es a su juicio lo más útil para la cohesión social y el rendimiento económico. A lo que se une la perspectiva moralizante, por cierto, afín a la tradición republicana, que asocia la virtud a la moderación, y critica el lujo y la codicia, que arruinan tanto la vida privada como la pública. De modo que, en último término, virtud y utilidad se dan la mano.

En suma, las obras políticas de D'Holbach son "una admirable preparación para la sociedad burguesa del siglo XIX: sociedad de propietarios reunidos en torno a las riquezas resultantes del trabajo y del ahorro, educación moral y nacional, libertad de prensa, utilitarismo bien entendido" (Benrekassa, 1990: 79).

Bibliografía

- ACCARINO, B. (1999), *Rappresentanza*, Il Mulino, Bolonia.
- ARISTÓTELES ([s. IV a. C.] 1986), *Política*, trad. de C. García Gual y A. Pérez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid.
- BENREKASSA, Georges (1990), "D'Holbach et le problème de la nation représentée", *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, núm. 8, pp. 79-87. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.persee.fr/doc/rde_0769-0886_1990_num_8_1_1054 (fecha de consulta: 8 de junio de 2016).

³⁶ Montesquieu (1985: 12-13) "...el pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad, porque no tiene que tomar decisiones más que a propósito de cosas que no puede ignorar y de hechos que caen bajo el dominio de los sentidos (...). Del mismo modo que la mayoría de los ciudadanos que tienen suficiencia para elegir no la tienen para ser elegidos, el pueblo, que tiene capacidad suficiente para darse cuenta de la gestión de los demás, no está capacitado para llevar la gestión por sí mismo".

³⁷ En D'HOLBACH (2017, II: 4) es muy claro al respecto: "El artesano, el mercader y el mercenario deben ser protegidos por el Estado al que sirven únicamente a su manera, pero no son verdaderos miembros hasta que, mediante su trabajo y habilidades, adquieren bienes raíces" (D'Holbach, 1998; 172). Desde luego, vagabundos e indigentes quedan excluidos.

- BENTHAM, J. (1843), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. X, J. Bowring y William Tait, Edimburgo.
- BOCARDO, E. (2005), "El principio de utilidad, un principio peligroso", *Astrolabio*, núm. 0, pp. 1-30.
- BOULAD-AYOUB, J. (2017), "Epílogo" a D'HOLBACH, J-P. H. T. ([1173] 2017), *Sistema social*, pp. 349-381.
- DEVELLENNES, C. (2017), "D'Holbach radical: contrat social et démocratie dans la pensée politique du baron". En GARCIA ALONSO, M. (Dir.) (2017), *Les Lumières radicales et la politique. Études critiques sur les travaux de Jonathan Israel*, Honoré Champion, París, pp. 321-340.
- D'HOLBACH, J-P.H.T. ([1773] 1998), *La politique naturelle*, Fayard, Paris.
- D'HOLBACH, J-P.H.T. ([1773] 2017]), *Sistema social*, trad. de Serafín Senosiáin. Laetoli, Pamplona.
- D'HOLBACH, J-P.H.T. ([1776] 2012), *Etocracia, o el gobierno fundado en la moral*, Laetoli, Pamplona.
- D'HOLBACH, J-P.H.T. ([1776] 1820), *La morale universelle*, Masson et Fils, París.
- GARCIA-ALONSO, M. (Dir.). (2017), *Les Lumières radicales et la politique. Études critiques sur les travaux de Jonathan Israel*, Honoré Champion, París.
- HELVÉTIUS, C-A. ([1758] 1984), *Del espíritu*, J. M. Bermudo. Editora Nacional, Madrid.
- ISRAEL, J. (2010), *A Revolution of the Mind: Radical Enlightenment and the Origins of Modern Democracy*, Princeton U.P., Princeton.
- ISRAEL, J. (2012), *Democratic Enlightenment. Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750- 1790*, Oxford U.P., Oxford.
- MANIN, B. (1998), *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.
- MONTESQUIEU ([1748] 1985), *Del espíritu de las leyes*, trad. de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid.
- NAVILLE, P. (1967), *D'Holbach et la philosophie scientifique au XVIIIe siècle*. Gallimard, París.
- ONFRAY, M. (2010), *Los ultras de las Luces*. Anagrama, Barcelona.
- PEÑA, J. (2017), "Lumières Radicales et Démocratie: quelques remarques". En GARCIA-ALONSO, M. (Dir.) (2017), *Les Lumières radicales et la politique. Études critiques sur les travaux de Jonathan Israel*, Honoré Champion, París, pp. 303-319.
- PEÑA, J. (2018), "La teoría política de d'Holbach y sus presupuestos filosóficos". *Revista de Estudios Políticos*, núm. 179, pp. 13-41. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.179.0> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).
- PONTÓN, G. (2016), *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, Pasado y Presente. Barcelona.
- ROUSSEAU, J-J. ([1755, 1762] 1998), *Del contrato social. Sobre las ciencias y las artes. Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza Editorial, Madrid.

DISCURSO IV: DE LOS SÚBDITOS. §§1-20³⁸

I. De los ciudadanos, los súbditos y los esclavos³⁹

Después de haber mostrado los límites naturales de la autoridad de los soberanos, examinemos ahora los derechos de los súbditos o de los pueblos. En vano hablarán las leyes, si no son escuchadas. La obediencia es por tanto un deber para todos los súbditos de un Estado; es un sacrificio necesario que hace cada miembro de su voluntad particular, a menudo injusta e irracional, a la voluntad de todos, más esclarecida que la suya. Esta deferencia no es gratuita en absoluto; la obediencia está proporcionada naturalmente al bienestar, a la protección y a los socorros que el súbdito tiene de la autoridad que le gobierna. Este sacrificio es compensado por un beneficio mayor; se hace necesario por temor a los males a los que se expondría si quisiera sustraerse a él, o si rehusara conformarse a sus voluntades. En cuanto una nación haya establecido en su seno una autoridad encargada de hacer oír sus voluntades, esta autoridad debe obligar indistintamente a todos sus miembros. La ley debe ser uniforme y mandar igualmente a todos. Al ser la expresión del deseo público, no teniendo como fin sino el bien general, estando destinada a refrenar las pasiones de los hombres, en fin, hecha para remediar los inconvenientes resultantes de la desigualdad que las fuerzas, los talentos y las riquezas podrían introducir entre ellos, ninguno de estos objetivos sería alcanzado si no hablase a todos con la misma fuerza.

La ley manda a súbditos; el despotismo manda a esclavos; la tiranía manda a enemigos. No hay auténticos súbditos más que para soberanos legítimos; no hay soberanos legítimos más que cuando gobiernan los pueblos con su consentimiento, o cuando la voluntad del señor es la expresión fiel de la voluntad de la sociedad. Al obedecer a las leyes que ésta aprueba, el sujeto puede llamarse ciudadano; tiene una ciudad, una patria; siente la necesidad de vincularse a ella con vistas a la ayuda, los bienes, la seguridad que le procura. Tal es la medida de su amor hacia su país, y hacia su gobierno. Los amará en tanto le mantengan en un modo de vida que aprueba; el sacrificio que les hace de una porción de su independencia no puede ser sino proporcionado a los bienes que resultan para él. No hay ciudadanos más que bajo un gobierno equitativo; bajo un poder tiránico el gobierno no puede tener más que enemigos que desean su ruina; no tiene como promotores y apoyos más que a aduladores, traidores, almas corrompidas.

II. De la obediencia

La obediencia no tiene otro motivo que la esperanza de un bien o el temor a un mal; el hombre no renuncia a su propia voluntad más que para obtener una felicidad mayor que la que obtendría guiándose por su propio antojo, o para evitar la desgracia que seguiría a su desobediencia. Es un interés ilustrado por la razón el que debe mover al ciudadano a someterse a las leyes justas de una sociedad que se ocupa del bienestar de sus miembros. Bajo un gobierno despótico o tiránico, la obediencia no tiene otro motivo que el temor a un poder injusto que no sirve más que para respaldar el capricho del que manda, sin procurar beneficios al que obedece; entonces es la fuerza la que arranca una sumisión externa que el corazón desaprueba. Al obedecer, el ciudadano trabaja para su propia felicidad; al obedecer, el esclavo sólo trabaja para un amo al que detesta, sin ningún provecho para sí mismo ni para la sociedad. Solo la expectativa de felicidad puede determinar a un ser razonable a obedecer a otro; es una violencia, una injusticia, una tiranía forzar a un hombre a renunciar a su libertad

³⁸ D'HOLBACH (1998).

³⁹ Para esta traducción se ha utilizado la edición del "Corpus des oeuvres de Philosophie en langue française", de la editorial Fayard (1998), que sigue la original de Londres (1773).

natural sin que de ello resulten para él ventajas reales.

III. De sus límites

Los miembros de una sociedad que rehúsan obedecer a la autoridad que aquélla aprueba son rebeldes; los que rehúsan obedecer a un poder injusto, perjudicial, y que aquélla desaprueba, son ciudadanos fieles a la patria: el tirano, el usurpador son entonces los únicos rebeldes; resisten a la voluntad general, contra la cual no les está permitido alzarse. Los que en connivencia con un tirano conspiran contra la sociedad de la que son miembros, ¿no se parecen a hijos desnaturalizados que ayudaran a un ladrón a saquear la casa de su padre?

Estos principios servirán para darnos a conocer los límites legítimos de la obediencia. Que sea ilimitada cuando la voluntad del soberano no es sino la expresión de la voluntad pública; sería ciega, insensata, criminal, cuando el usurpador sustituyera por su propia voluntad la de la sociedad, a la que los súbditos están unidos por lazos anteriores y mucho más sagrados que los que los ligan a sus soberanos. El ciudadano no obedece más que a lo que la autoridad tiene derecho a ordenarle, y la autoridad nunca tiene el derecho a ordenar nada contrario a la naturaleza, a la justicia y al bienestar de un todo al cual está subordinada.

IV. Preguntas sobre el mismo asunto

Pero, se dirá, ¿cómo juzgar acerca de la justicia o la utilidad de las órdenes del soberano? ¿Cómo conocer el deseo de la sociedad, a la que a menudo él no es libre de dar explicaciones? Respondo que las leyes de la Naturaleza y de la razón son conocidas por todos aquéllos a los que no han cegado por completo la pasión, el interés o el prejuicio: todos están en condiciones de juzgar si las órdenes que se les dan son opuestas o conformes a aquéllas. Cuando un tirano furioso ordene a algunos de sus súbditos degollar a los conciudadanos que rehúsen obedecer a sus decisiones arbitrarias; cuando quiera utilizarlos para privar a sus conciudadanos de su libertad, de su propiedad y de otros beneficios cuyo uso les garantizan la naturaleza y la sociedad; cuando un tirano anique las leyes expresas de una nación que gobierna, ¿qué súbditos se ajustarán a sus órdenes? ¿No se da cuenta todo ser razonable de su injusticia? ¿No se subleva por ello el corazón de todo ciudadano?

V. Del deseo de la Nación

La voluntad de la sociedad siempre será suficientemente conocida; y el ciudadano no puede ignorar las órdenes que debe seguir, cuando, por una parte, sólo el soberano y por otra la sociedad entera, tengan voces discordantes. Nunca lo repetiremos lo bastante: los derechos de las naciones son anteriores a los de los reyes, a los cuales han elegido para situarlos a la cabeza de ellas. No han perdido nunca el derecho de limitar, de alterar, de circunscribir, de revocar los poderes que han dado, tan pronto como reconocen que se ha abusado de ellos. Entonces es su voz la que debe ser escuchada y no la del soberano. Los súbditos confabulados con un tirano para oprimir a su patria son bandidos, rebeldes, locos a los que la patria tiene el derecho de oponer toda su fuerza y a los que castigará con justicia por los crímenes de los cuales se hacen culpables al apoyar a sus enemigos.

Estas máximas parecerán sin duda extrañas y peligrosas a hombres acostumbrados a confundir al soberano con su nación; sublevarán a almas envilecidas, en las que la degradación se ha tornado hereditaria; parecerán falsas a los ciegos que no tienen idea alguna de los derechos de la sociedad: serán consideradas sediciosas por aduladores y cortesanos mercenarios, cuyos

despreciables intereses les unen siempre al poder más injusto. Pero la verdad de estos principios conmoverá a todos los que, remontándose al fin de la asociación, a los sentimientos inherentes a la naturaleza humana, a los derechos inalienables de los pueblos, no se dejen impresionar por palabras. Obedeced sin examen a la autoridad, nos grita el despotismo; obedeced más bien a la naturaleza, a la patria, a la justicia, nos grita el interés general, cuya voz está hecha para dar órdenes al ciudadano en cualquier circunstancia.

VI. De los descontentos públicos

Igual que la autoridad, la obediencia tiene por tanto límites; éstos son fijados invariablemente por la justicia, por la utilidad, por las circunstancias, por el deseo general de la sociedad. Se dirá, tal vez, que aun al soberano más equitativo le es imposible gobernar de una manera igualmente beneficiosa para todos sus súbditos, o no dejar nunca descontentos. Respondo que basta con que su manera de gobernar convenga al mayor número. Con las más puras intenciones, un soberano puede a veces disgustar a sus pueblos con sus leyes, pero las revocará tan pronto como sus pueblos le hagan reparar en sus inconvenientes. Un gran número de ciudadanos pueden ser desgraciados durante algún tiempo bajo el principio más virtuoso, pero su infortunio acabará tan pronto como sea conocido. La conducta de un gobierno no causa un descontento general más que cuando es evidente y continuamente mala, o cuando, siendo buena en sí misma, es maliciosamente interpretada por malos ciudadanos. En el primer caso, hay que remontarse a la fuente del mal, y destruir el vicio en la administración que disgusta a la nación: en el segundo caso, el soberano debe desengañar a sus pueblos, hacerles conocer la rectitud de sus intenciones; sanarlos poco a poco de los prejuicios que los ciegan; desvelarles los complotos de hombres corrompidos y sediciosos que tratan de indisponerlos contra medidas razonables, útiles para la patria. Los súbditos no se oponen a la razón más que cuando los soberanos se creen dispensados de darles razones; los males de los súbditos no carecen de remedio más que cuando son desconocidos por sus jefes, o cuando intereses mal entendidos, o una injusta vanidad, los vuelven sordos a sus quejas. El deseo de una nación es siempre conocido, con tal de que la violencia no le impida manifestarse. Incluso bajo la autoridad más tiránica los deseos de los pueblos se hacen sentir suficientemente, saltan a la vista de todo ciudadano razonable; éste se da cuenta pronto de en qué circunstancias su obediencia a sus señores sería funesta para su país.

¿Es tan difícil conocer el deseo de una nación cuando se ven abandonadas las ciudades y las provincias a la rapacidad de los sátrapas y concussionarios; cuando los impuestos excesivos dejan los campos incultos y despoblados; cuando se ve que el más penoso trabajo apenas proporciona al cultivador con qué alimentarse y defenderse de las inclemencias del tiempo; cuando se ve que las leyes no tienen evidentemente otro objeto que arrebatar a los ciudadanos sus propiedades; cuando se ve que el despotismo desvergonzado no respeta las personas, la condición ni el rango; cuando se ven indignamente derrochados los tesoros del Estado para recompensar los vicios de un hatajo de intrigantes, de calumniadores, de aduladores; en fin, cuando se ve que todo el mundo, desde el ciudadano más distinguido al más miserable, está continuamente expuesto a convertirse en víctima del capricho, de la venganza, de la injusticia, de la delación, de la intriga? En una nación donde nadie está a resguardo de la violencia; donde la justicia es aniquilada; donde nadie, en una palabra, disfruta de la propiedad, de la seguridad personal, de la libertad, el ciudadano justo no tendrá dudas ni sobre el estado de su patria, ni sobre el partido que debe tomar en caso de que ésta se pronuncie.

VII. De los disturbios

Pero, se dirá, ¿qué partido tomará si solo una parte de la nación llega a ponerse en contra del soberano? Consultará las luces de su razón; abrazará el partido que juzgue más ventajoso para su patria; puede equivocarse, sin duda, pero su corazón no le reprochará nada cuando el bien de su país sea el verdadero motivo de sus pasos. Puede ocurrir, aunque muy raramente, que una nación enceguecida menosprecie alguna vez los servicios de un soberano virtuoso; puede ocurrir que se oponga al bien mismo que éste quiera hacerle: pero la voluntad de todos no está hecha nunca para ser sacrificada a la voluntad de uno solo. Ningún hombre puede adquirir el derecho de gobernar a una nación contra su voluntad. El monarca puede entonces hacerle patente su injusticia, intentar poco a poco apelar a la razón, hacerle con suavidad darse cuenta de las consecuencias de sus pasos imprudentes. Pero se pondría del lado de la injusticia, se convertiría en un usurpador y un tirano, si se obstinase en imponerle un yugo que aborrezca, o en someterla a leyes que rechace. El soberano más legítimo, más sabio, más virtuoso, no sería más que un tirano si se obstinase en gobernar contra el deseo público; vuelve al orden de los súbditos tan pronto como la voluntad pública ha revocado sus poderes.

El ciudadano no puede, sin traicionar su deber, rehusar tomar partido por su país contra el tirano que lo opprime. La desesperación arma a menudo las manos de la virtud misma contra la violencia de un poder inicuo. La fuerza es el único remedio contra la fuerza; una nación entera no está nunca completamente descontenta sin las más poderosas razones; los pueblos son tranquilos, mientras sus males son soportables; el temor a males mayores los retiene en la inercia. Son siempre la negligencia o la injusticia excesiva de los príncipes las que les privan del afecto de sus súbditos; sólo el exceso de violencia les empuja a buscar medios extremos para mejorar su suerte. No habría revueltas si no hubiese tiranía.

VIII. De sus causas

En efecto, ¿no vemos en los pueblos una adhesión invencible a soberanos que a menudo no les causan más que mal, o que se preocupan muy poco de hacerles el bien? El pueblo está siempre presto a disculpar a sus señores: incluso cuando hay motivos para quejarse de ellos, se imagina que ignoran sus males y que les pondrían remedio si estuvieran mejor informados. Un respeto heredado hacia la autoridad, el brillo que la envuelve, la antigüedad de la posesión son lazos poderosos que ligan a los súbditos a sus soberanos y que se los hacen queridos a pesar de su negligencia o sus iniquidades. Las naciones suponen siempre que sus jefes no pueden ser sus enemigos: sólo la tiranía más desvergonzada es capaz de desengañarlas y les muestra que no se trata más que de ingratos que abusan de su ternura y de su docilidad, o que infames consejeros los endurecen y tornan insensibles a la ternura de sus súbditos. ¡No hay crimen más detestable que el de esos ministros que hacen que los padres de los pueblos rechacen los corazones de sus hijos!

Solo en el seno de naciones fatigadas por violencias continuas se alzan ambiciosos o fanáticos cuya voz se hace oír. El fuego de la revuelta no prende más que cuando encuentra en las mentes materiales combustibles. Sujetos turbulentos y revueltas frecuentes revelan siempre un gobierno vicioso o soberanos negligentes. La Historia no nos proporciona apenas ejemplos de soberanos injustamente destronados, pero nos muestra un número infinito de ellos que han merecido con justicia la cólera de sus súbditos.

IX. El ciudadano debe ser paciente

Nada hay más criminal, sin duda, que las revueltas de una porción de la nación, a veces de poca consideración, contra la autoridad más legítima. Los compromisos que ligan a los súbditos con sus jefes, el buen orden, la seguridad, ordenan a cada ciudadano mantenerse quieto. Que la sociedad se vengue de los males de los que tiene derecho a quejarse; que los ciudadanos fieles la secunden cuando se ha pronunciado, pero que no turben nunca sin su permiso el orden que establece; que no se rebelen contra los males pasajeros que ella está dispuesta a soportar. Todo caería en la anarquía, si el súbdito se hiciese justicia a sí mismo. ¡Ciudadano! Huye de una patria que te hace desgraciado, o gime en secreto por los males que padeces completamente solo; debes a la tranquilidad del Estado el sacrificio de tu resentimiento personal. Sólo la sociedad reunida o representada tiene el derecho de resistir, de hacer retornar al deber, de castigar a los prevaricadores que la oprimen. En ese caso tú le prestarás tu brazo, combatirás por ella, la apoyarás en sus demandas; debes hacerlo y cumplirás tu deber rehusando con ella obedecer a voluntades desaprobadas por tu nación; no puedes ser criminal siguiendo sus banderas.

Soberanos: que vuestras órdenes sean justas si queréis ser obedecidos. No encontraréis súbditos rebeldes mientras no seáis vosotros mismos rebeldes a la autoridad que debe determinar la vuestra; mientras vuestras leyes sean conformes a su fin, siendo fieles órganos de la sociedad. Los principios son rebeldes cuando resisten a la equidad; los súbditos son rebeldes cuando resisten a la autoridad que los gobierna equitativamente. Las pasiones pueden a veces volver a los súbditos injustos y criminales, igual que a los soberanos; la violencia no justifica más los excesos de los unos que los de los otros. Las legiones que arrebataron el imperio y la vida al pacífico Probo no fueron menos criminales que Nerón, quien, en su delirio, redujo su capital a cenizas.

X. Debe obedecer a las leyes, y atenerse al deseo público

Así, los súbditos no pueden dispensarse de obedecer sin reserva a los soberanos que los gobiernan conforme a leyes justas, útiles y necesarias. En ese caso, desobedecer al soberano es desobedecer a la sociedad, es erigirse uno en juez de su propia autoridad, es salirse de su rango. Sería un amor propio bien extraño el de un ciudadano que pretendiera que sus intereses deben ser preferidos a los de la sociedad reunida; si la obediencia se le hace penosa o desagradable, debe recordar que es un sacrificio que el cuerpo del que es parte ha pagado con sus beneficios. Ha debido subordinar a él sus deseos, sus pasiones y sus intereses; sólo con esta condición es protegido y mantenido en los beneficios que puede justamente esperar. Digo justamente, porque ningún ciudadano, ningún orden de hombres, ningún cuerpo en una nación, pueden darse preferencia con justicia respecto al todo. Al vivir en sociedad, el hombre ha debido prever que ninguna potencia humana podía protegerlo de los golpes de la necesidad, ni de los inconvenientes vinculados a la asociación que, aumentando los bienes de los que disfruta, no puede eximirle de todos los males. Así pues, el súbdito sería irracional si pretendiera una felicidad permanente; sería un ingrato si, después de haber experimentado los placeres de la asociación, rehusara compartir sus penas. Se parecería a esos hombres mercenarios que no se unen a sus amigos más que con vistas a aprovecharse de su abundancia, y que los abandonan cuando se acerca el infortunio. ¿Cesan las leyes de protegerme? ¿Me privan soberanos injustos de los bienes que la naturaleza me ha hecho necesarios? ¿Me entrega una administración insensata a la opresión sin defensa? Si la sociedad

se calla, falta a sus compromisos; librado entonces a mí mismo, puedo dejar una patria que no es ya más que una prisión para mí. Liberado de mis vínculos, todo me autoriza a buscar en otra parte una felicidad a la que mi naturaleza me hace tender sin cesar. El ciudadano virtuoso no excita nunca tumultos. Cuando la patria se queja, une su voz a la de ésta; cuando está solo en su queja, sufre con entereza, o se aleja de una sociedad donde no encuentra los beneficios que tenía derecho a esperar.

XI. De la desigualdad entre los ciudadanos

Habiendo la Naturaleza hecho a los hombres desiguales en las fuerzas del cuerpo, las disposiciones del corazón y los talentos de la mente, la sociedad debe igualmente, con vistas a su bienestar, hacer diferencias entre sus miembros, y poner en correspondencia su estima, su afecto y sus recompensas con la utilidad, es decir con el mérito, las facultades, las virtudes de los ciudadanos que la componen. De ahí nacen diferentes órdenes de ciudadanos, distintos unos de otros por sus responsabilidades y sus funciones, los cuales, por diferentes vías, deben concurrir al plan general de la asociación. El objeto del gobierno y de las leyes debe ser dirigir al interés general todas las facultades de los súbditos, y en consecuencia impedir que ningún miembro del Estado abuse en contra de los demás de los beneficios que posee. Las necesidades de una nación exigen que los ciudadanos se ocupen de objetos diversos; de ese modo se establece un intercambio de socorros sin el cual la asociación no podría subsistir. Desde el ciudadano al que el prejuicio considera como el más vil hasta aquel que gobierna el Estado, debe formarse una cadena de servicios, únicos lazos que pueden unir entre sí a seres de la misma naturaleza. El pueblo obligado a trabajar para su subsistencia se ocupa de los trabajos más penosos, del cultivo de las tierras, del comercio, de las artes; a cambio de los servicios que recibe de sus conciudadanos, los alimenta, los viste, les procura las cosas necesarias y gratas de la vida; trabaja para quienes se hacen responsables de gobernarle, de velar por su seguridad, de meditar por él, de ocuparse de sus necesidades, de mantener la tranquilidad que necesitan sus trabajos, de poner término a sus disputas. Sin estos socorros mutuos, la sociedad no tardaría en destruirse. Todo ciudadano debe concurrir al bien público a su manera. En un Estado bien gobernado, la virtud, la utilidad, la industria, la actividad, los talentos deben ser la medida invariable de las recompensas. El hombre inútil interrumpe la cadena que liga a los ciudadanos; el criminal la rompe.

XII. Origen de los rangos

Si la utilidad que los súbditos aportan al Estado establece desigualdad entre ellos, esta desigualdad es compensada por la necesidad que tienen todos de los mismos socorros. Así, en una sociedad bien ordenada ningún hombre es despreciable, en tanto es verdaderamente útil; todo ciudadano es valioso, en cuanto cumple las funciones que le asigna su rango. El soberano es, sin duda, el más útil de los ciudadanos, en cuanto sus cuidados expanden la felicidad por toda la sociedad; su grandeza no está fundada sino en la extensión de su utilidad, de sus talentos, de su vigilancia. El súbdito más estimable es aquél de quien la sociedad obtiene más socorros. Así, la naturaleza de la sociedad quiere que todos sus miembros le seanpreciados en tanto, fieles a sus compromisos, concurran a la utilidad común; quiere que su afecto y su estima sean proporcionales a la extensión de los beneficios que se le hacen experimentar. Quiere que el desprecio, el odio y los castigos sean el lote de los que le son inútiles o nocivos.

El amor a sí mismo, el interés personal, el deseo de ser preferido a sus semejantes, son sentimientos que se muestran en todos los hombres. Los que gobiernan una sociedad no tienen un móvil más poderoso para hacer que sus

miembros sirvan a la utilidad general. El gobierno debe halagar las pasiones de los ciudadanos útiles al Estado, dándoles autoridad, títulos, signos de preferencia, recompensas que les distingan de sus conciudadanos: éstos dan su consentimiento a esta parcialidad aparente en atención a los beneficios que ellos mismos esperan de aquéllos a quienes se eleva por encima de sus cabezas. Estas preferencias, que la sociedad hace suyas, ponen a quienes la sirven en condiciones de disfrutar más felizmente de su existencia que aquéllos de sus miembros con los que no tiene las mismas obligaciones.

XIII. De las recompensas públicas

Las recompensas son, o bienes físicos, o ventajas fundadas en la opinión; procuran, o un bienestar sensible y material, o una satisfacción interior e ideal que resulta de la estima, del respeto y de las distinciones, motivos hechos para commover a seres de los cuales cada uno se prefiere a sus semejantes. Así es como el amor a sí mismo y las pasiones de los ciudadanos, convenientemente dirigidos, redundan en provecho de la sociedad. Tal es el origen de los diversos rangos que las virtudes, los talentos, los empleos, el nacimiento, las riquezas establecen entre los ciudadanos. Estas distinciones están basadas en un sacrificio que los miembros asociados hacen de la igualdad, o incluso de la preferencia que cada uno de ellos anhela para sí mismo, en pro de los beneficios que han recibido o que esperan. Este sacrificio no es gratuito: los hombres, a menos que estén ciegos, no conceden su afecto, su consideración y su reconocimiento a ninguno de sus semejantes, no se interesan por su bienestar, no les sacrifican su interés particular, sino en atención a las ventajas que obtienen de ello, o que se creen con derecho a esperar. El respeto hacia la autoridad, la deferencia que se muestra al rango, la obediencia al orden de las personas distinguidas, no son sino expresiones de la disposición en que estamos de reconocer el mérito, los talentos, la superioridad, la utilidad de aquéllos a los que la sociedad da preferencia respecto a nosotros. El ciudadano opulento no se hace respetar por el indigente más que porque éste ve en él un hombre útil para él mismo y para otros. El ciudadano oscuro ve en el ciudadano poderoso un protector, un apoyo. El avaro es objeto de desprecio, porque su tesoro es inútil. El poderoso es objeto de odio en el momento en que opime. En cuanto alguien es inútil o nocivo para nosotros, no experimentamos más que indiferencia u odio hacia él. La consideración no puede estar basada más que en el amor, y el amor no está basado sino en el bien que se recibe; amar, estimar, respetar lo que es inútil o peligroso sería una pura locura.

Si atribuimos al rango, al nacimiento, al crédito, al poder, los sentimientos que no son debidos más que a la persona y a los beneficios que ésta nos procura, somos víctimas de algún error, o nos mentimos a nosotros mismos. Bajo un mal gobierno el afecto hacia el poder no es más que una hipocresía, una mentira, un efecto del temor.

Solo por su bien puede consentir la sociedad la desigualdad que se establece entre sus miembros; tan pronto como concede su afecto, su consideración y su estima a cualidades despreciables u odiosas, es víctima del hábito, de la opinión, de la ignorancia y de sus miras limitadas. Sentado esto, veamos cuáles son los deberes, las prerrogativas y los derechos de las diferentes clases de ciudadanos en las que está comúnmente dividida una nación. Si la utilidad es la fuente legítima de los rangos, de los títulos, de los honores que se conceden a algunos súbditos con preferencia a otros, sopesemos los beneficios que proporcionan al Estado quienes gozan de estas distinciones, pongamos a los hombres en la balanza, comparémoslos con los frutos que la sociedad obtiene de ellos, y no nos equivocaremos jamás sobre los juicios que debemos hacer al respecto. La Naturaleza ha hecho a los hombres iguales en derechos, en deseos, en el amor a la felicidad y a la independencia, pero los ha hecho desiguales en sus facultades o en los medios de satisfacer sus deseos: no pueden

razonablemente ceder en sus propias inclinaciones ante las de sus semejantes, sino en virtud de los beneficios que resultan de ello para sí mismos. El ciudadano distinguido adquiere por consiguiente compromisos con quienes le distinguen; éstos no pueden tener hacia él los sentimientos que demanda más que cuando cumple respecto a ellos las condiciones de sus compromisos. Es un abuso apreciar o distinguir la inutilidad; un ciudadano inútil es un mal ciudadano. Sólo la utilidad puede fundar las pretensiones, las prerrogativas y los títulos del monarca, así como las del más humilde de los súbditos.

Hemos examinado los derechos de los soberanos; veamos ahora los de los demás ciudadanos, y comencemos por los de los representantes de una nación.

XIV. De los representantes de una nación

Se ha visto más arriba que bajo un gobierno sabiamente atemperado la nación era representada por un cuerpo o un senado destinado a prevenir los abusos de la autoridad soberana y que, por así decirlo, constituía una media proporcional entre el pueblo y el monarca. Tales son las funciones de los representantes de una nación; sus derechos, inviolables para el soberano, son merecedores de respeto para los pueblos, en tanto cumplan fielmente con los deberes que les son impuestos por sus otorgantes; en tanto velen por sus intereses; en tanto sus luces descubran los males de los que la nación pueda quejarse y señalen sus remedios; en tanto resistan a las voluntades contrarias al deseo general de los súbditos. Pero las prerrogativas y los derechos de los representantes de la sociedad desaparecen cuando, convertidos en órganos infieles al pueblo, de quien ha emanado su poder, los entregan a la opresión, participan en las infracciones que la autoridad comete contra las leyes, se prestan a las perspectivas injustas de un soberano o de sus ministros; en fin, cuando les someten y les entregan los bienes y la libertad de sus conciudadanos. Su poder no es ya entonces más que una usurpación manifiesta; abusan de él cuando ellos mismos violan las leyes para cuyo mantenimiento han sido nombrados; cuando, so pretexto de sus prerrogativas, se arrogan el derecho a ser injustos impunemente; cuando pretenden exenciones onerosas para sus conciudadanos, a quienes deben su ejemplo; cuando mantienen un lenguaje desaprobado por sus otorgantes; en fin, cuando presos del espíritu corporativo, de las facciones, de las conspiraciones, anteponen al bien público sus pasiones, su ambición, su avaricia: no son entonces más que intérpretes infieles, facciosos y traidores, cuyos poderes los otorgantes tienen derecho a revocar. Los representantes de un pueblo tienen derecho a servirle, a hablar en su nombre de un modo menos tumultuoso que como lo haría él mismo, a velar por su felicidad, que a menudo él mismo desconoce: nunca tienen el derecho de sojuzgarlo. Si la sociedad misma no puede renunciar a sus derechos, ¿hay alguien que pueda renunciar a ellos en su lugar? Nadie puede hablar por ella, más que cuando ella misma consiente en no hablar.

XV. Quiénes deben ser

Tal vez se pregunte quiénes son, en un Estado bien constituido, los que tienen naturalmente el derecho de representar a la nación. Respondo que son los ciudadanos más aptos para conocer su estado, sus necesidades y sus derechos, los más interesados en la felicidad pública. Se necesitan talentos, luces y probidad para hablar en nombre de una nación; hace falta estar vinculado a ella por intereses para representarla fielmente. Pero ¿qué es lo que liga al ciudadano a su patria? Son las posesiones de las que depende su propio bienestar; es la tierra que posee lo que le hace querida esta patria; es esta posesión la que le identifica con su país; es sobre la tierra sobre la que recaen, sea directa o indirectamente, los impuestos, los bienes y los males que le ocurren a una nación; es a defender la posesión de la tierra a lo que

está destinada la guerra; es para hacer circular los dones que produce la tierra, para lo que es necesario el comercio; es para garantizar las tierras a sus propietarios para lo que es útil la jurisprudencia. Así, la posesión de la tierra constituye al auténtico ciudadano; y todo auténtico ciudadano debe estar representado en el Estado, debe hablar en él con arreglo al interés que tiene en la cosa pública. La artimaña, la venalidad nunca darán representantes fieles a una nación; ésta no será entonces representada sino por hombres incapaces con dinero suficiente para comprar sufragios, por ambiciosos y avaros que la revendan por títulos, honores o riquezas, o por facciosos que la desgarren.

La corrupción es la ruina de un gobierno atemperado; un pueblo no puede ser representado fielmente si vende a sus conciudadanos el derecho de hablar por él: ordinariamente, los hombres no compran más que para revender con beneficio. Un ciudadano virtuoso no se rebaja a comprar los sufragios de un pueblo al que no podría consentir en entregar. Un pueblo que se vende se convierte en cómplice de las traiciones que se le hacen; vendiendo sus sufragios a sus representantes, autoriza a éstos a vender los suyos.

Se nos dirá, tal vez, que el pueblo no es un juez competente en absoluto del mérito de los candidatos que, en virtud de sus posesiones, están en situación de aspirar al honor de representarle. Respondo que el pueblo raramente se equivoca sobre el carácter de los ciudadanos que tiene ante los ojos; si no escogiera nunca como representantes suyos más que a hombres avecindados en su ciudad, en su pueblo, en su provincia, juzgaría sanamente y sabría qué tiene derecho a esperar de ellos; un hombre ilustrado, honesto y virtuoso, un ciudadano rico y bueno, no es nunca desconocido en el cantón en el que habita. Eliminad la corrupción y las elecciones del pueblo serán comúnmente muy sensatas.

XVI. Deben estipular para todos

Ningún orden de ciudadanos, ningún cuerpo en el Estado puede arrogarse razonablemente el derecho de representar exclusivamente a la nación; sin eso el gobierno degenera pronto en una aristocracia funesta para el monarca y para el resto de los súbditos. En un Estado bien constituido, las diferentes clases de ciudadanos deben equilibrarse entre sí, sin que ninguna adquiera un ascendiente demasiado marcado; si tal cosa ocurriera, la clase convertida en dominante se haría pronto dueña del Estado y el equilibrio quedaría destruido.

Tendremos ocasión de hacer ver que en el origen de casi todos los gobiernos modernos los guerreros o los nobles se han creído autorizados por la conquista a representar exclusivamente y para siempre a las naciones conquistadas y poco a poco han llegado a no hacer de los soberanos más que fantasmas y de los pueblos más que esclavos. Todo cuerpo numeroso, cuando no es contenido, no se ocupa más que de sí mismo, no acuerda más que sus propios intereses, se convierte en centro único de la sociedad y degenera poco a poco en una especie de democracia, donde se perciben las facciones, la licencia y la anarquía de este gobierno tan precario. Si el cuerpo de los nobles ha usurpado este ascendiente, la Historia nos lo muestra reunido para sojuzgar a los reyes, para hacer callar a las leyes, para aplastar al cultivador, para someter el comercio a sus extorsiones, y después vemos a sus miembros desgarrarse entre sí por sus guerras.

Cuando el clero adquiere un poder ilimitado, le vemos igualmente subyugar a los monarcas y a los pueblos, disponer de las coronas, decidir como soberano, influir en las leyes, despojar a los ciudadanos, dividirse en facciones, hacer entrar a las naciones en sus fatales disputas; siempre ocurrirá lo mismo cuando un solo cuerpo

se arroge el derecho de hablar por todos los demás. El espíritu de cuerpo aniquila el espíritu patriótico, el bien público es descuidado y todo tiende a aumentar las prerrogativas de un pequeño número de ciudadanos que no piensan más que en sí mismos y que a menudo se convierten en tiranos más incómodos y más crueles que el déspota más desenfrenado. Un déspota es preferible a un cuerpo despotico; de todas las tiranías, la tiranía democrática es la más cruel y la menos racional.

Para prevenir estos inconvenientes es preciso que el poder esté repartido. Las diferentes clases de ciudadanos son igualmente útiles al Estado; así que todas deben disfrutar del derecho de hablar y de estipular sus intereses respectivos. El noble no debe estipular para el hombre de leyes, el cultivador o el comerciante, cuyos intereses le son ordinariamente extraños; el hombre de leyes desconoce la guerra, el comercio y la política; el hombre de iglesia se ocupa comúnmente muy poco del bien público, con tal de dominar el espíritu de sus conciudadanos. El comerciante no estipula más que los intereses de su comercio o de su avidez.

XVII. Del pueblo

El pueblo constituye la parte más numerosa de la sociedad; es él quien forma el cuerpo de la nación; es sobre todo de él de quien el gobierno debe ocuparse; es por él por quien debe velar. Entregado a los trabajos más penosos y necesarios, si el hombre del pueblo carece comúnmente de luces, procura la subsistencia, la abundancia, lo superfluo, las cosas gratas de la vida, el esplendor a los que le gobiernan, a los que le defienden, a los que le instruyen, a los que le mantienen en el disfrute de sus derechos. A cambio, éstos deben ocuparse de su seguridad, de su tranquilidad, de su felicidad. Es de este pueblo, sobre el cual la grandeza apenas se digna dejar caer sus miradas, de quien derivan originalmente todos los bienes de la sociedad; es en él en quien reside su fuerza; es de su seno de donde se sacan los soldados que, en consideración a la seguridad exterior que proporcionan por su valor, reciben de sus conciudadanos su subsistencia y [la satisfacción de sus] necesidades.

En un Estado democrático, el pueblo como corporación o sus representantes permanecen como depositarios de la autoridad soberana. Bajo la monarquía atemperada, el pueblo conserva la porción de poder que la nación se ha reservado originariamente por las leyes fundamentales y primitivas del Estado. Habla por medio de sus representantes, que se convierten en sus tutores y que son considerados capaces de velar por su seguridad mucho mejor que él mismo.

Bajo un déspota, el pueblo aplastado es objeto del desprecio de un amo que no lo mira sino como vil ganado, destinado a trabajar para él y a convertirse en víctima de su ambición y de su voracidad. A los ojos de un sultán orgulloso, la parte laboriosa de sus súbditos no es más que un montón de esclavos poco dignos de sus cuidados, que, despreciados por su amo, se envilecen ante sus propios ojos, caen en el abatimiento y la pereza. Cegados por la ignorancia y el prejuicio, esos grandes móviles de la tiranía se creen nacidos para los grilletes, y no oponen ninguna resistencia a los opresores injustos que día tras día abusan de su debilidad para hacer más pesadas sus cadenas.

Sólo un gobierno atemperado por las leyes sitúa al pueblo en un justo medio. El pueblo, sin duda, no está hecho para mandar; sería incapaz de ello; en él una libertad demasiado amplia no tardaría en degenerar en licencia. Que sea por tanto contenido y protegido frente a su propia locura o su inexperiencia: que su voz, demasiado tumultuosa cuando habla por sí mismo, sea suavizada por órganos prudentes que hablen por él. Representantes, magistrados honestos velarán con más seguridad por sus intereses, que a menudo él ignora o exagera, o no sabe acordar.

El yugo le parecerá más suave por la confianza que tiene en quienes le representan: al menos se jactará de que los intereses de éstos son los mismos que los suyos. La seguridad que tendrá respecto a su persona y sus bienes le pondrá en movimiento, elevará su corazón, le dará coraje, le inspirará una adhesión racional a sus leyes, a su patria, a su gobierno; sus fuerzas se desplegarán cada vez que cosas tan queridas se encuentren amenazadas.

XVIII. No hay que agobiarlo

Que el pueblo debe ser mantenido en la miseria para que sea más tratable es una máxima inventada por la tiranía, y adoptada por la incompetencia. Un gobierno que tiene como máxima hacer al pueblo desgraciado y pobre para volverlo más sumiso, se parece a un jinete que desjarretara a su caballo para poder montarlo con mayor facilidad. Un pueblo debe estar ocupado, sin duda, pero no debe estar agobiado; si la ociosidad lo pervierte y lo hace insolente, licencioso, la miseria y el exceso de trabajo lo desalientan, lo enervan, lo debilitan. Sólo los tiranos consienten en reinar mediante el infortunio; los señores ignorantes y corrompidos no conocen más móviles que el terror y la indigencia para contener a sus súbditos. ¿Qué socorros puede esperar el Estado de cadáveres vivientes, extenuados por la fatiga y el hambre? ¿Cómo inspirar ardor para defender su país y sus leyes a hombres para quienes la vida es una carga y que no tienen nada que defender? ¿Cómo hacer adquirir sentimientos generosos a hombres a los que preferencias injustas y prejuicios vergonzosos degradan en todo momento? Son siempre la opresión, la injusticia, la tiranía, las que hacen al pueblo sedicioso; no odia a sus jefes más que cuando son odiosos. Los hombres más toscos desean y perciben la felicidad. ¿Son incapaces un labrador, un artesano, de distinguir el bien del mal que se les proporciona? ¿Hacen falta realmente luces para darse cuenta de la diferencia entre el poder que oprime y el que protege; el crédito que abruma y el apoyo que dan las leyes; la abundancia y la miseria? Es verdad que el pueblo no puede apenas juzgar acerca de los asuntos de la política exterior; pero el hombre menos ilustrado percibe bien si es feliz o no, y si los que le gobiernan merecen su afecto o su odio. Distingue fácilmente si las calamidades que sufre son efecto de la Naturaleza o de una administración injusta y negligente; por débil que se suponga que es su razón, le queda bastante para saber que debe su amor a quienes trabajan por su bienestar, su indiferencia a los que lo descuidan, su enemistad a los que le oprimen. En general, la voz del pueblo se equivoca raramente sobre el mérito. Sus decisiones en este orden de cosas son mucho más seguras que las de un déspota imbécil, engañado por las intrigas de su corte. Dejad al ejército la elección de sus generales; dejad al pueblo la elección de sus magistrados y representantes; eliminad la corrupción; y de ordinario hará elecciones muy equitativas.

XIX. Es demasiado desatendido a menudo

Por un vicio común a todos los gobiernos, la parte más numerosa de las naciones es de ordinario la más desatendida; parecería que las sociedades se han formado sólo para los príncipes, para los ricos, para los grandes; se diría que el pueblo no entra en la asociación más que para ahorrar la molestia de trabajar por sí mismos a quienes son ya los más afortunados. Así, la minoría inclina la balanza casi en todas partes, y una nación pasa por bien gobernada en cuanto la parte más favorecida está contenta con su suerte.

Una administración equitativa debe ocuparse preferentemente del bienestar del mayor número. Si los reyes son los padres de sus súbditos, deben mayores cuidados a aquellos a quienes su falta de luces y de experiencia aproxima más al estado infantil; cuando el pueblo es guiado sabiamente, hace la potencia, la riqueza y la fuerza de un Estado. Si sus trabajos le impiden cultivar su espíritu y desarrollar su

razón, tiene por ello más derecho a la atención de sus señores. Cuanto más débiles son los niños, más vigilancia requieren por parte de quienes los guían. ¿Con qué derecho sería el pueblo objeto del desprecio de los príncipes, de los ricos y de los grandes? ¿No serían ellos mismos pueblo, si el pueblo no trabajase para ellos? Despreciar al pueblo es despreciar la fuente de las ventajas de las que los mismos príncipes y grandes gozan, y de las cuales no gozarían sin el pueblo.

XX. De la instrucción del pueblo.

El deseo de agradar al pueblo, de serle útil, de satisfacer sus necesidades, de instruirlo, de hacerlo bueno, es la señal segura de una sabia administración. Un gobierno benefactor debe ocuparse sobre todo de las costumbres. Una nación sin buenas costumbres revela una administración negligente y perversa. La ociosidad, el desenfreno, los crímenes repetidos, la mendicidad en una nación son signos indudables de que está mal gobernada. Nada corrompe más eficazmente a todas las clases del pueblo que el ejemplo de los príncipes, de los ricos y de los grandes que cada uno se pone como modelo, y del cual necesita para subsistir.

Nada hay más sorprendente que el poco cuidado que los conductores de los pueblos dedican a su instrucción; ésta es abandonada por doquier a los ministros de la religión, mucho más ocupados en deslumbrar las mentes por medio de fábulas, de maravillas, de misterios, de devociones, que de formar los corazones por medio de los preceptos de una moral humana y natural. En todas partes, el pueblo es devoto y religioso, sin tener ideas verdaderas de la virtud; en todas partes está la religión, que encuentra la manera de aliarse con el desenfreno, la falta de decoro, el fraude. En todas partes se le deja en la ignorancia de los deberes de la sociedad. En todas partes se teme que se ilustre y se le impide cultivar su razón. Cuanto más agobia el despotismo a los hombres, menos se quiere que se les ilustre. ¡Malditos sean aquéllos que no gobiernan sino a esclavos privados de luces y de razón, cuyas costumbres serán siempre feroces y criminales!

La instrucción de los pueblos debería ser el objeto más esencial de todo gobierno. ¿No se darán cuenta jamás los príncipes de la inestimable ventaja de mandar a seres razonables? Sólo la tiranía cifra su gloria en reinar sobre ciegos y bárbaros. Querer que los hombres permanezcan en las tinieblas es querer que sean malos. ¡Tiranos! Necesitáis súbditos ignorantes, crédulos y corrompidos: necesitáis esclavos supersticiosos que crean que es del cielo de donde vienen los males producidos por vuestros desvaríos, vuestra negligencia, vuestras opresiones, vuestras crueidades. Pero os jactáis en vano de encontrar vuestra seguridad en su ceguera. Los salvajes son siempre feroces; los estúpidos son siempre crédulos, desconsiderados. Temed, por consiguiente, que les exciten contra sus cadenas. Temed que se conviertan un día en instrumentos de la ambición y del fanatismo, que vuelvan a vuestros esclavos contra vosotros mismos.

Para amar al propio gobierno, hay que conocer sus beneficios. Por eso, hay que ilustrar al pueblo, si se quiere que sea razonable y que se dé cuenta de los inconvenientes que resultarían para él de la seducción de los hipócritas, de los consejos de los ambiciosos, de las arengas fanáticas. Las luces harán siempre a un pueblo moderado; si está sumido en la ignorancia, se convertirá en el juguete de las pasiones de todos los malos ciudadanos. Es por medio de la instrucción general como se puede hacer al pueblo razonable, hacerle darse cuenta de sus intereses, convencerle de la adhesión que debe a su gobierno, a sus instituciones, a sus deberes, de las ventajas de la tranquilidad, de los peligros que le amenazarían si se prestase a los impulsos de los traidores y los aduladores que intentarían perderle. La instrucción es el medio de ahorrar al Estado las facciones, las convulsiones y las

inquietudes que la ambición, ayudada por la impostura, querría excitar en él. El interés de los tiranos es que el pueblo no tenga ni luces, ni razón, ni voluntad; bajo un gobierno inicuo, es preciso reducirlo al embrutecimiento de las bestias; las luces no servirían más que para hacerle darse cuenta de su condición desgraciada y mostrarle la extensión de su miseria. Impedir que una nación se ilustre es el signo indudable de una administración depravada que no tiene deseo alguno de hacer cosa mejor.

La autonomía de la economía y la primacía de la política

The Autonomy of the Economy and the Primacy of Politics

Nieves San Emeterio Martín
Universidad Rey Juan Carlos
nieves.sanemeterio@urjc.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4358>

Desde la primera a la última página del artículo “Neoliberalismo *versus* democracia” de María José Fariñas Dulce se desprende un rechazo tajante al neoliberalismo. El capitalismo neoliberal, según la autora, ha generado trabajo precario, pérdida de los derechos sociales, desigualdad sistemática, privatización de lo público, ha criminalizado la pobreza y generado un sentimiento de aporofobia o rechazo al pobre. Si esto es cierto, entonces, no hay nada más que añadir. No hay defensa posible ante tanta maldad que atenta contra los pilares de nuestra democracia.

Es fácil adscribirse a este discurso y rechazar las ideas neoliberales, fruto de hombres sin corazón. Sin embargo, la ciencia económica hace tiempo que intentó escindir la moral de los hechos. William Petty, a finales del siglo XVII fue uno de los primeros autores en intentar separar el contenido normativo al positivo. En esos momentos, el pensamiento económico no se había emancipado de la filosofía moral y Petty clamaba por buscar una nueva forma de abordarlos. Por ello, pensó en construir una “aritmética política”, utilizar números, pesos y medidas, “dejando aquellas que dependen de las volubles mentes, opiniones, apetitos y pasiones de cada hombre a la consideración de los demás” (Petty, 1690, prefacio).

Desde el punto de vista de la economía lo primero que habría que hacer, entonces, es una definición común para el término de neoliberalismo y desechar de él el componente valorativo. Comúnmente, el término arrastra una carga pesada de oprobios y es utilizado por algunas personas como prácticamente sinónimo de fascismo. Por tanto, decir que el neoliberalismo es contrario a la democracia resulta ser prácticamente un pleonasmo. Pero, si evitamos emitir juicios de valor, podemos definir al neoliberalismo como el movimiento ideológico que apoya reducir el papel del Estado únicamente a sus funciones básicas de impartir justicia y defensa y que promueve la mínima intervención pública en asuntos económicos. Si utilizamos esta definición, entonces, podemos comenzar a discutir si es o no compatible el neoliberalismo con la democracia y, en ese punto, puede que convengamos en lo fundamental. Tal vez, M^a José Fariñas dé por supuesta esta definición. Si es así, omite una parte argumental del discurso porque, desde el comienzo de su artículo, tacha al neoliberalismo de inmoral. Posiblemente, se trata de una confusión de “órdenes” en

el sentido que da de ellos André Comte-Sponville (2004). Una confusión del orden tecnocientífico, al que pertenece la economía, y el orden de la moral. Para este filósofo, el capitalismo es un sistema “amoral” lo que es totalmente compatible con que los individuos seamos seres morales. Se trata de separar las esferas de actuación para poder razonar con claridad.

Por eso desde la perspectiva económica, el artículo de Fariñas resulta bastante difícil de comprender. En realidad se echa en falta el discurso tecnocientífico; esa parte científica fundamentada en hechos contrastables, cuantificables y exentos de juicios de valor. Una aspiración por la que apostaba William Petty hace ya siglos. Por eso surgen dudas sobre aseveraciones demasiado contundentes que incorpora en su discurso.

Comencemos por la Globalización. Este tema nos llevará a hablar de otro aspecto que se trata en el texto: la desigualdad. Dudo mucho que la Globalización sea una construcción ideológica, como mantiene la autora. Si fuera así también lo sería la Revolución Industrial, la Crisis del Siglo XIV o, exagerando, la Revolución del Neolítico. Es importante separar el mundo de los hechos y el mundo de las ideas porque no tienen obligatoriamente que estar en sincronía. Por ejemplo, hasta el siglo XVII o XVIII no se aceptó el préstamo a interés y, sin embargo, desde que existen registros de préstamos tenemos certeza de que esta usura existía. En el campo que nos ocupa, es similar. Pensemos en las grandes figuras del “neoliberalismo”. Hayek escribió a mediados del siglo XX y Friedman un poco después, en los años 70. Su objetivo no era, por supuesto, apoyar a la globalización porque ni siquiera se sospechaba. Por consiguiente, no creo, como apunta la profesora Fariñas, que la globalización estuviera “prescrita ideológicamente”. No existe una mano “negra” que guiara a los capitales y mercancías a cruzar fronteras; la Globalización se produjo más bien por el influjo de la mano “invisible”, es decir, dando rienda suelta a la acción conjunta de intereses individuales que utilizaron las nuevas tecnologías para traspasar fronteras. Fuerzas similares fueron las que desencadenaron las Revolución Industrial o la Revolución Neolítica. Cosa distinta es que, *a posteriori*, las ideas neoliberales vean en la globalización una contrastación de sus ideas (que no todas) como, por ejemplo, el potencial del mercado para crear crecimiento económico. La ciencia económica funciona así. Como su capacidad de experimentación es mínima, toma los hechos de la historia para corroborar sus teorías¹. Pero, admitámoslo, una cosa es que el economista compruebe la eficacia del mercado para crear crecimiento apelando a la globalización, y otra muy diferente que deba convertir el capitalismo en moral. No hay duda que para muchos economistas neoliberales el capitalismo es su religión. Para ellos habría que recordar de nuevo a Comte-Sponville para quien “si el mercado se convirtiera en una religión sería la peor de todas, la del becerro de oro. Y la más ridículas de las tiranías, la de la riqueza” (2004, p. 102). No deberíamos confundir órdenes, no es moral ni inmoral, el capitalismo simplemente es amoral.

Otra de las objeciones al neoliberalismo de la profesora Fariñas tiene que ver la desigualdad que genera. De nuevo sería necesario hacer una matización, el neoliberalismo como credo ideológico no crea desigualdad, pero sí se podría decir que el sistema capitalista o la globalización de los mercados crea desigualdad, al menos desigualdad de riqueza. Demos algún dato. Por ejemplo, en China, desde que se convirtiera en un sistema de socialismo de mercado, la desigualdad aumentó hasta 2008 simplemente porque al comienzo del periodo todos eran pobres por igual.

¹ El materialismo histórico de Marx es un caso que se pone como ejemplo. En su teoría, Marx apela una y otra vez a la historia para contrastar su teoría. Por eso se piensa que fue el primer autor en realizar una teoría científica de la historia. Más adelante, los trabajos de Douglass North a partir de la década de 1960 recuperan esta forma de construir teoría económica. Véase San Emeterio, 2006, cap.5

Los datos lo avalan, el crecimiento genera desigualdad de riqueza. Así mismo deberíamos recordar que no hay mejor manera de reducir la pobreza que a través del crecimiento. Es decir, en el ámbito político deberíamos escoger entre fines en parte antagónicos: o reducción de la pobreza o desigualdad². ¿Es esta la mistificación neoliberal que justifica la desigualdad como inevitable, como señala la autora? No lo creo. Digamos que el sistema económico tiene sus leyes. El crecimiento genera desigualdad, independientemente “de las volubles mentes, opiniones, apetitos y pasiones” del hombre que lo mantenga, como decía William Petty. ¿Eso significa que debemos renunciar a eliminar la desigualdad como objetivo? Tampoco. En este punto convengo con la profesora Fariñas en la necesidad de llevar a cabo políticas de cohesión social y especialmente preservar esa otra igualdad, la de los derechos. Una aspiración presente en ese otro liberalismo, más sosegado, de los autores clásicos.

Otro aspecto que me gustaría discutir con la profesora Fariñas tiene que ver con el papel de la democracia. Recordemos que ella mantiene que las ideas neoliberales que gobiernan el sistema capitalista actual no son compatibles con los fundamentos de la democracia. Sobre este asunto, Seymour Martin Lipset (1959) planteó la tesis contraria: la llamada teoría de la modernización que define que las sociedades, cuando crecen y se desarrollan, se hacen más civilizadas y tienden a democratizarse. Desde que se publicara el artículo de Lipset su tesis ha sido ampliamente analizada. Se puede decir que, tras varias décadas de investigación, los resultados no son nada concluyentes. La elección de variables y los métodos de estimación utilizados condicionan la robustez de los resultados empíricos³. Una conclusión similar arrojan los estudios que analizan la causalidad inversa, esto es, si la democracia es capaz de generar un mayor crecimiento económico que las dictaduras.⁴ Por consiguiente se podría decir, como mantiene Przeworski (2008), “que la riqueza, su distribución y las instituciones que reparten recursos y distribuyen rentas son mutuamente interdependientes y evolucionan juntas. Puesto que nunca podemos especificar por completo este proceso, observamos cierta aleatoriedad”. En el ámbito económico, por lo tanto, no podemos afirmar categóricamente que el crecimiento generado por la economía de mercado nos conduzca hacia la democracia, ni que la democracia genere por sí misma ese crecimiento. Tampoco en estos estudios se observa una relación de oposición. Por tanto, ¿es cierto como plantea Fariñas que el sistema capitalista de la libertad de mercado se opone a la democracia? Los estudios empíricos no lo ven así. Con todo, lo que no cabría plantearse es desechar la democracia como objetivo político. Como señala Sen (1999), independientemente de su valor sobre los asuntos económicos, “la democracia constituye un valor universal. Dicho valor incluye su importancia intrínseca para la vida humana, su papel

² Esta relación entre crecimiento y desigualdad se explica a través de la Curva de Kuznets. Esta curva tiene forma de U invertida de lo cual se desprende que crecimiento y desigualdad se relacionan positivamente en las primeras etapas de crecimiento hasta llegar un punto donde las mejoras en la renta van acompañadas con reducción de la desigualdad (Kuznets, 1955). El trabajo de Kuznets, sin embargo, fue criticado a partir de los años 70 cuando se amplió su contrastación empírica. Generalmente las críticas se han dirigido a la parte decreciente de la curva, es decir, a la parte donde un mayor crecimiento reduce la desigualdad. Un resumen en torno al desarrollo de la hipótesis de Kuznets se encuentra en Lyubimov (2017).

³ Un estudio exhaustivo sobre el tema puede encontrarse en Wucherpfennig & Deutsch, (2009)

⁴ Aunque no existe consenso claro en este sentido, algunos autores han desagregado las variables institucionales que condicionan el crecimiento. Uno de los trabajos más citados en este sentido es el de Acemoglu y Robinson (2012) que establece una relación positiva entre las instituciones inclusivas y el crecimiento económico. En este sentido, Las instituciones económicas inclusivas serían aquellas que ofrecen “seguridad de la propiedad privada, un sistema jurídico imparcial y servicios públicos que proporcionen igualdad de condiciones en los que las personas puedan realizar intercambios y firmar contratos; además de permitir la entrada de nuevas empresas y dejar que cada persona elija la profesión a la que se quiere dedicar.” (Acemoglu y Robinson 2012, cap. 3). No obstante, otros trabajos no lo ven así y consideran que la causalidad entre democracia y crecimiento no es significativa (De Haan y Siermann, 1995; Ali y Crain, 2002) o incluso negativa (Tavares y Wacziarg, 2001)

instrumental como generadora de incentivos políticos y su función constructiva en la formación de valores".

Y volvemos al comienzo de esta discusión: la distinción de órdenes. El sistema capitalista está sometido a ciertas leyes, leyes que pertenecen al ámbito tecnocientífico (Comte-Sponville, 2004, cap. II). Por encima del él está el orden jurídico-político, al que pertenece la democracia y que restringe la acción del primer orden (por ejemplo, prohibiendo el tráfico de seres humanos o el tráfico de órganos). Por su parte el orden de la moral establece límites, a su vez, al orden jurídico-político. Por consiguiente existen varios planos con una primacía de uno sobre otro. Dentro del primer orden se encuentra el sistema capitalista. Un sistema que se rige - queramos o no- por la búsqueda del interés propio y que ha propiciado que el hombre haya abandonado hace tiempo las cavernas. Este sistema crea crecimiento y también desigualdad. Pero no se opone a la democracia: están en distinto plano. La democracia tiene su propia autonomía y debe velar por el control del primer orden. El ciudadano, a través de sus votos, decidirá qué políticos les representa y qué tipo de política prefiere: la de un Estado mínimo como pretende el pensamiento neoliberal o la de un Estado del bienestar donde se sufraguen los servicios básicos a la ciudadanía. Lejos de mantener la primacía de la economía sobre la política -como creo que sostiene la profesora Fariñas- debería defenderse la autonomía de la economía como ciencia exenta de juicios de valor y sometida al escrutinio de la contrastación. Una forma de ver el mundo, a mi entender, compatible con la primacía de la política sobre los asuntos económicos.

Bibliografía

- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012), *Por qué fracasan los países*, Deusto, Barcelona.
- ALI, A. y CRAIN, W. (2002), "Institutional Distortions, Economic Freedom, and Growth", *Cato Journal*, Vol. 21, No. 3. Invierno: 415-426.
- COMTE-SPONVILLE, A. (2004), *El Capitalismo, ¿es moral?*, Paidós, Barcelona.
- DE HAAN, J. y SIERMANN, C. (1995), "A sensitivity analysis of the impact of democracy on economic growth", *Empirical Economics*, Vol. 20, No. 2. Junio: 197-215.
- KUZNETS, S. (1955), "Economic growth and income inequality". *American Economic Review*, 45 (1), 1-28
- LIPSET, S. M. (1959), "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy". *American Political Science Review*. 53 (March): 69-105
- LYUBIMOV, I. (2017). "Income inequality revisited 60 years later: Piketty vs Kuznets", *Russian Journal of Economics*, Volume 3, Issue 1, 2017, pp. 42-53
- PETTY, W. (1690), *Political Arithmetick*, Marxist Internet Archive. Disponible en: <https://www.marxists.org/reference/subject/economics/petty/index.htm>
- PRZEWORSKI, A. (2008). "La última instancia: ¿Son las instituciones la causa primaria del desarrollo económico?". En LAVEZZOLO, S. (Coord.), *Los determinantes del desarrollo económico. La causalidad en las ciencias sociales*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 189-222.
- SAN EMETERIO, N. (2006), *Nueva Economía Institucional*, Síntesis, Madrid.
- SEN, A. (1999). "La democracia como valor universal". Discurso pronunciado en el Congreso por la Democracia celebrado en Nueva Delhi (febrero de 1999). *Journal of Democracy*, Vol.10, No. 3. Julio: 3-17.
- TAVARES, J. y WACZIARG, R. (2001), "How Democracy Affects Growth", *European Economic Review*, Vol. 45, No. 8. Agosto: 1341-1378.

WUCHERPENNIG & DEUTSCH, (2009), "Modernization and Democracy: Theories and Evidence Revisited", *Living Reviews in Democracy*. Disponible en: https://www.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/cis-dam/CIS_DAM_2015/WorkingPapers/Living_Reviews_Democracy/Wucherpennig%20Deutsch.pdf

Límites del neoliberalismo, límites de la democracia

Limits of neoliberalism, limits of democracy

Pablo Sánchez León

Centro de Humanidades CHAM – Universidade Nova de Lisboa

psleon@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4359>

Escribo estos comentarios al texto “Neoliberalismo *versus* democracia” de María José Fariñas Dulce con el ánimo de hacer una contribución a nuestro mejor conocimiento de los problemas que experimenta la ciudadanía en el siglo XXI, y no tanto de polemizar con su perspectiva, si bien la forma polémica de intercambio a partir de la lectura de textos de otros autores es un procedimiento convencional de nuestra actividad académica. Se aprende de la lectura de textos ajenos, pero asimismo de la polémica, y espero que otros puedan también beneficiarse de ello. Lo que nos jugamos es un diagnóstico acerca de la realidad que, además de riguroso en términos de conocimiento, nos permita sentir que nuestras posturas y acciones como ciudadanos son para nosotros significativas, y que podemos al actuar intervenir en los procesos históricos en marcha, o al menos no vivir desorientados acerca de las tendencias de nuestro mundo.

Comparto una parte importante de la etiología sobre la crisis de la ciudadanía que Fariñas presenta en su texto. Coincido en considerar que el capitalismo “ha generado siempre desigualdad sistemática” pero ahora “el capitalismo neoliberal global está siendo cada vez más compulsivo en la generación de desigualdades de todo tipo” (p. 342). Fariñas subraya como trasfondo de este proceso tres fenómenos fácilmente identificables: la globalización, que aquí aparece como un proceso estructural pero con una fuerte componente *ideológica*; el terrorismo islamista, un nuevo tipo de actividad terrorista cuya respuesta institucional está presionando sobre las libertades ciudadanas heredadas; y la quiebra del equilibrio geo-estratégico tras la caída del Muro de Berlín. Este último fenómeno permite a María José Fariñas asociarse a la propuesta de Haass de que vivimos en un mundo “apolar” en el que nuevos actores emergentes —no solo ni siempre ni principalmente estatales— pugnan por una proporción del poder económico y político a escala global.

En síntesis, la autora señala que se está produciendo una ruptura de los ejes libertad/igualdad y libertad/seguridad en los que ha venido descansando la ciudadanía moderna. La manifestación final de esta ruptura es una palpable crisis de la condición de ciudadano como “sujeto moral con derechos y obligaciones” (p. 342), sustituido por una nueva antropología del “cliente” en la que se expresa un nuevo orden de valores

sociales y culturales para los cuales la desigualdad y la corrupción campan por sus respetos al precio de las libertades individuales, la integridad de lo público y en última instancia las capacidades cooperativas y solidarias. No es solo que “durante las últimas tres décadas, los ciudadanos hemos ido perdiendo derechos sociales” (p. 345), sino que Fariña se incorpora a la ola de discurso y reflexión sobre la “post-democracia”, aunque con una terminología distinta —habla de *des-democratización* (p. 349) — que se fija más en lo destructivo, reactivo y de retroceso en la historia de los procesos en marcha.

Su texto es sin duda reivindicativo, pero dejo para el final comentar sus propuestas de alternativa. Ahora me interesa subrayar primero que para la autora en definitiva asistimos a “una etapa de cambio social profundo o de tránsito paradigmático”. La cuestión que queda abierta a discusión es hacia dónde se está dando ese tránsito y qué es lo que impulsa el cambio que anuncia. En ese sentido, tanto en su diagnóstico como en sus propuestas, María José Fariñas se muestra tal vez demasiado apegada al universo jurídico de los problemas y su percepción, y en ocasiones da además la impresión de estar seducida por una retórica catastrofista y a la vez nostálgica que se cobra su precio a la hora de tomar distancia de los procesos en marcha en la ciudadanía del siglo XXI.

Mis comentarios tratan de ofrecer una perspectiva histórica de más largo plazo sobre los asuntos abordados en su texto, y por otro trato de abordarlos desde un mayor distanciamiento cultural respecto de las convenciones con las que el mundo occidental se experimenta a sí mismo. Ello con el fin de observar esos asuntos desde una menor implicación y, por tanto, más desprovistos de valoraciones morales.

María José Fariñas acierta en señalar la influencia de una potente “mistificación neoliberal” (p. 344) que subyace a una buena parte de las políticas públicas activas en las últimas décadas a escala global. Comparto esta manera de abordar la crisis de la ciudadanía como un fenómeno en el que la componente ideológica resulta decisiva. Ahora bien, la argumentación que ofrece parece que queda presa a su vez de otra mistificación, producida como reacción a la primera, y que tiene en el neoliberalismo una suerte de *deus ex machina* que lo explica todo, y en especial todos los procesos de degradación en materia de derechos, en primer término los sociales, pero en esencia todos los derechos ciudadanos, incluidos los civiles y políticos. En efecto, neoliberalismo se ha convertido en las últimas dos décadas en la palabra mágica con la que se da cuenta de todo lo esencial que nos rodea. No pretendo negar la capacidad del término en tanto que categoría analítica, pero es obligado también señalar otra dimensión entera del asunto. Y es que la mera enunciación de este término se ha convertido en un garante moral, en medio expresivo central de toda una comunidad de significado, fundada en valores morales compartidos y que viene a calificar a quienes la emplean de ciudadanos éticos y virtuosos, incluso progresistas ideológicamente, además de reflexivos, de la misma manera que demoniza a otra comunidad de abusadores, corrompedores, egoístas, irresponsables, aquiescentes en el mejor de los casos. Un “ellos” inmoral que se contrapone a un “nosotros” moral.

Yo mismo me siento parte de esta comunidad moral, valorativa, de los enemigos de la globalización neoliberal. Pero no deseo que ello me convierta en parte de un público que simplemente asiente, en un seguidor aquiescente del tipo de críticas que produce el empleo de la categoría neoliberal en el discurso académico, menos aún en el público. Pues definir los fenómenos del presente como marcados por una lógica neoliberal no garantiza necesariamente un análisis acertado ni un diagnóstico correcto de los contextos emergentes en el siglo XXI y sus posibles soluciones o alternativas.

Esto es así porque a menudo en realidad se trata de procesos de más largo plazo, que vienen de mucho antes de que el llamado neoliberalismo irrumpiera en las agendas de los gobiernos y las transnacionales. Los problemas de la ciudadanía y el capitalismo a escala mundial venían de más atrás y son más sistémicos. El neoliberalismo seguramente ha exacerbado unos, y otros los ha creado *ex novo*. Pero no los ha producido en serie ni muchos en esencia. Una mirada histórica puede ayudar a discernir entre lógicas más recientes, imputables a eso que llamamos neoliberalismo, distinguiéndolas de otras que son más longevas o profundas, o que sencillamente no tienen que ver con la “mistificación neoliberal” de nuestro tiempo. Esa mirada histórica puede, al relativizar la influencia del credo y las políticas que llamamos neoliberales, ayudarnos a comprender mejor la fase en la que nos encontramos y las líneas de futuro que esta dibuja.

Por centrarme en un aspecto concreto, aunque a la vez omni-abarcador, el capitalismo genera desigualdad, por supuesto, pero no es el único factor de producción y reproducción de desigualdad en el mundo moderno. También lo es, aunque no solemos quererlo ver así, la propia ciudadanía moderna. Si hacemos caso a la seminal aportación de T.H. Marshall en *Ciudadanía y clase social* (1949) —posiblemente el texto clásico más emblemático acerca de las relaciones entre igualdad y desigualdad elaborado en el contexto de institucionalización de los derechos sociales en el mundo occidental— los derechos ciudadanos funcionan en la práctica como un mecanismo de generación de desigualdad, sobre todo observados en su impacto en el tiempo. Según Marshall, especialmente los derechos sociales tienen la característica inherente de que los servicios y beneficios que proporcionan no pueden ser suministrados de manera igual a todos y cada uno de los ciudadanos que formalmente tienen derecho a ellos; y esta imposibilidad se amplía entre generaciones, pues es además dependiente de la capacidad de los estados sociales de derecho de suministrarlos por vía de gasto público sostenido. Con el tiempo, el suministro mismo de servicios derivados de derechos se convierte en fuente de desigualdades dinámicas, que pueden llegar a ser exponenciales.

En palabras del propio Marshall, la ciudadanía contiene la “arquitectura de la desigualdad legítima” en una sociedad moderna que reconoce derechos individuales y servicios públicos. Es interesante ese énfasis que Marshall puso en que de lo que trata un orden moderno es de la relación entre igualdad y desigualdad “legítima”. Nos permite situar el llamado neoliberalismo en una perspectiva que creo que, aunque inhabitual, es de interés. La guerra ideológica abierta tras la caída del Muro de Berlín a escala global ha sido, sigue siendo, por alterar los confines heredados, tradicionales, que separan la desigualdad legítima de la que resulta —o hasta hace poco resultaba— ilegítima. En eso consiste la “mistificación” que Fariñas atribuye con acierto al neoliberalismo: en lograr volver legítimas desigualdades, en calidad y cantidad, que en la segunda mitad del siglo XX resultaban abiertamente ilegítimas, aberrantes, inadmisibles. Pero la arquitectura de la desigualdad legítima, sea esta la que sea, en grado o cantidad, en tipo o modalidad, la define, estructura e instituye la propia condición moderna de ciudadanía, especialmente en su versión occidental, fundada en la propiedad y el individuo como sujeto de derechos. Esto es algo que en los últimos tiempos no solemos reconocer, forzados como nos vemos a defender los derechos ante la amenaza de su degradación a manos de las políticas neoliberales, pero no tenerlo en cuenta distorsiona toda nuestra visión sobre las dinámicas políticas a escala global: nos hace caer en el mito, a mitificar pasados ciudadanos.

Esta mirada es de largo plazo, pero podemos acercarla un poco más y fijarnos además en cómo en particular los derechos sociales, que son la principal innovación jurídica del siglo XX, han tenido también, por la manera en que han sido suministrados, el efecto de influir negativamente sobre los derechos políticos, que

son, siguen siendo, los derechos fundamentales de ciudadanía en una sociedad moderna¹. En efecto, el suministro de los derechos sociales se efectuó de manera pionera en el mundo occidental durante la segunda posguerra del siglo XX, a partir de 1945, en un escenario en el que en general se producía a la vez país a país la consolidación de los derechos políticos. Pues bien, las coaliciones políticas —normalmente socialdemócratas y/o socialcristianas— que promovieron estos cambios institucionales e incluso constitucionales, generaron en ese proceso una cultura ciudadana más bien pasiva, en la que el simple ejercicio del derecho al voto cada cuatro años aseguraba tanto la reproducción de los derechos políticos básicos cuanto la promoción “desde arriba” y sin el concurso de la participación ciudadana de los derechos sociales.

Espero que mi interpretación no se confunda con una negación de la crucial intervención de sindicatos y organizaciones ciudadanas en la gestación de los derechos ciudadanos posbélicos, sociales pero incluso políticos y civiles. Al contrario, mi argumento es que los ciudadanos han contribuido de manera decisiva a los logros colectivos en materia de derechos, pero lo han realizado siempre “desde fuera” de los ordenamientos constitucionales, presionando sobre restrictivos derechos de asociación, manifestación, huelga, opinión y expresión, etc., y sin lograr en ese proceso apenas ningún avance significativo en el reconocimiento de una cultura de la participación política ciudadana por parte de las instituciones y los ordenamientos constitucionales. En otras palabras, en la época dorada de expansión de los derechos sociales, los derechos políticos de las democracias parlamentarias se redujeron al derecho al voto de representantes a asambleas legislativas de ámbito nacional, regional o local. Esa experiencia pionera ha generado una dependencia por la trayectoria a escala mundial que ha dejado su huella en otro fenómeno cultural típicamente occidental del que solemos ser presa y que yo resumo en la expresión *democratismo*: una suerte de fetichismo acrítico acerca de los procedimientos electorales pluralistas y las instituciones representativas, que terminan siendo tomadas como signo suficiente para designar un sistema político como democrático.

Entender que los marcos constitucionales que hoy día aún recogen derechos sociales han sido ellos mismos reflejos arquitectónicos de derechos políticos muy limitados y obstaculizados es una manera de evitar caer en la nostalgia de un pasado áureo en materia de derechos; creo que esto es algo importante a tener en cuenta a la hora de “recuperar esa dimensión colectiva de los proyectos emancipadores del siglo pasado” (p. 350) que propone María José Fariñas al final de su texto. Herencia de ese siglo XX, del pasado anterior al neoliberalismo es también una ciudadanía pasiva, la cual, trágicamente, solo parece estar re-asumiendo el enorme valor de la participación ciudadana más allá del voto en la urna justo en el tiempo en que los derechos ciudadanos están viéndose erosionados y degradados.

Esta última paradoja se entiende mejor situando los derechos sociales en relación con los políticos en el contexto anterior a la época del neoliberalismo. Fueron los gobiernos socialdemócratas y/o democristianos de los años 50, 60 y 70 los que generaron esa tensión entre redistribución y participación —dos dimensiones de la ciudadanía que sencillamente no son comparables entre sí, pero que terminaron en un penoso juego de suma cero— que finalmente ha estallado a fines del siglo XX, a manos del neoliberalismo y en el contexto de la globalización. Hay que reconocer, sin embargo, que la tensión como tal no la generó el neoliberalismo, sino la lógica de

¹ Pues la representación del sujeto que conllevan, capaz de autodeterminarse políticamente, es la precondición de toda movilización por la obtención de cualesquier derechos, sean civiles, políticos o sociales. Nuestros ancestros los ciudadanos de la Antigüedad no perdieron nunca de vista esta prelación o jerarquía que el mundo moderno, a través de las constituciones, ha venido a menudo a desorganizar al dar prioridad, constitucional pero además epistemológica, a los derechos civiles.

inserción de derechos sociales en democracias en proceso de estabilización a partir de grandes coaliciones de partidos demo-sociales, todos ellos caracterizados por una muy baja cultura de la participación ciudadana. Muchos de estos siguen ahí en el siglo XXI, funcionando como maquinarias burocráticas no democratizadas sin producir apenas estupor.

Gran Bretaña es tal vez el mejor ejemplo de exacerbación neoliberal de esa tensión heredada entre redistribución y participación: tras asentar desde 1945 la democracia desde una larga tradición de liberalismo que excluía de derechos políticos a la inmensa mayoría de la población, fue insertando y desarrollando los derechos sociales a través de grandes coaliciones social-liberales en los años 60. Después, a lo largo de los años 80, asistió a una dura experiencia pionera de neoliberalismo *avant la lettre* con el gobierno de Thatcher. Eso hace que allí se hayan vivido de una manera más marcada algunas de las tendencias que Fariñas identifica, dejando huellas en el discurso, como queda patente en la cita con la que la autora abre su texto, que es de un cineasta británico y de una película sobre los servicios sociales ingleses en la actualidad. La cita es representativa de un orden de cosas actual, pero en ella se mezclan o solapan dos *tempos* diferentes, el de más largo plazo —el del Estado del bienestar en Inglaterra, que tendió a tratar a los ciudadanos como *administrados*—, y el de más corto plazo: el giro neoliberal, que los redefine como *clientes*. Y trata además sobre un caso extremo de vuelco veloz y profundo desde un escenario al otro.

De lo que no hay mucha duda es de que el nexo histórico entre ciudadanía y derechos sociales ha sido el trabajo. María José Fariñas acierta plenamente al vincular la desigualdad creciente en nuestras sociedades occidentales a “la pérdida del trabajo como motor central de la estructuración de nuestras sociedades” (p. 346); comparto además con ella que se trata de “una forma de violencia estructural” (p. 346), por encubierta que aparezca. Sin embargo, tampoco está claro que esto sea un producto neto del neoliberalismo. O si lo es, entonces es obligado distinguir entre neoliberalismo y globalización, incluso contraponerlos.

Pues la erosión del trabajo como vínculo social y fundamento de ciudadanía es desde luego un fenómeno palpable, pero no en todos los escenarios de la economía globalizada. Lo es en el mundo que llamamos occidental, esto es, Europa, Estados Unidos, Canadá, Australia y algunos otros enclaves posimperiales como Sudáfrica. En estos territorios y estados nacionales, la globalización ha coincidido con una desindustrialización, normalmente camuflada con fórmulas como el paso a una “sociedad de servicios” entre otras, desindustrialización normalmente también programada y promovida por las coaliciones neoliberales. Pero no es un fenómeno global ni mucho menos. En las economías emergentes del extremo oriente y partes del Asia meridional, en cambio la globalización ha coincidido con y está yendo de la mano de una marcada industrialización que trae consigo una clara reproducción del trabajo como vínculo social y además como fundamento del reconocimiento de derechos.

Para volver el mapa más complejo, no puede tampoco decirse que en los llamados “tigres asiáticos” o menos aún en China, la globalización esté otorgando un papel creciente a actores no estatales: allí sigue siendo el estado nacional, y desde una estructura de fuerte intervención pública en la economía —la financiera y la industrial por igual—, el que toma las decisiones estratégicas fundamentales en la inversión de capital y tecnología y en la exportación de productos para el mercado global. Sobre esta evidencia, es posible cuestionar la afirmación de que la nueva era de la “apolaridad” se esté caracterizando “por una progresiva erosión del papel regulador del Estado en las relaciones socioeconómicas y de la supervisión de los

organismos internacionales que conlleva" (p. 344). Esto tiene efectos sobre el resto de la caracterización de las tendencias actuales de la economía global. Pues tampoco puede afirmarse sin dar lugar a controversia que en estos países asiáticos se haya impuesto lo privado y lo individual a lo público y lo colectivo. Más aún, aunque en ellos existe la desigualdad y la tendencia sea al crecimiento de la desigualdad, en comparación con los países occidentales esta se muestra sometida a límites mucho más marcados. Y no hablamos de áreas precisamente marginales de la economía mundial: estas economías, a la vez fuertemente reguladas e intervenidas por el estado y centradas en el trabajo industrial asalariado como vínculo social y fundamento de ciudadanía, coinciden con los nuevos espacios de dinamismo productivo en la economía globalizada.

De toda esta mínima presentación de un tema mucho más amplio en sus derivaciones, lo que me interesa resaltar en este comentario es que una parte muy importante de la "mistificación" anti-neoliberal se basa en realidad en una percepción reductivamente *eurocétrica* de los procesos estructurales en marcha en el mundo del siglo XXI. Se trata de una miopía tan característica como censurable que impide conocer las dimensiones y la dirección de los cambios en marcha. Tras ella lo que hay es un longevo prejuicio moral que impide tomar distancia crítica de los lugares comunes y convenciones con los que el mundo occidental viene observando su historia y con ella la ciudadanía y sus avatares; también en primer término las del resto del mundo. El mundo es, no obstante, más complejo, y no siempre es aquilatado con rigor desde las perspectivas "ombliguistas" de un Occidente acostumbrado a confundir la parte (ella misma) con el todo. Frente a esta herencia, según viene siendo argumentado en los últimos tiempos, es saludable "provincializar" Europa y situar su etiología en el contexto de una globalización que parece estar condenándola —o ella condenándose a sí misma— a dejar de ser eje de dinamismo económico, de dinamismo industrial y, consiguientemente, de reproducción del trabajo como vínculo fundamental de la inclusión en una comunidad de ciudadanos.

En otras palabras, la crisis del eje igualdad/desigualdad propio del siglo XX no es un fenómeno tan global como parece a partir de la experiencia de Occidente y sus antiguas colonias en América y África. Otra cosa es que los derechos ciudadanos se vean en Asia muy disminuidos y limitados, y que no existan derechos sociales constitucionalizados. Esto demuestra que los derechos sociales son una conquista histórica bastante contingente, y que pueden llegar a no lograrse nunca. Sin embargo, la experiencia asiática en el siglo XXI muestra también a las claras que sin derechos sociales reconocidos la desigualdad puede no campar por sus respetos; y viceversa, la experiencia occidental muestra también a las claras que con derechos sociales reconocidos la desigualdad puede aumentar de modo dramático.

Esta apreciación me permite volver sobre el eje teórico central del discurso de María José Fariñas. Su enfoque de los problemas aparece excesivamente cerrado sobre el nivel jurídico. No todo en un mundo de ciudadanos remite ni depende ni se resuelve en el nivel jurídico: la ciudadanía no es solo el imperio de la ley en nombre de la igualdad en que aquella se funda; puede que ni siquiera sea el más determinante, aunque si uno necesario. Hay aspectos de la condición ciudadana que necesariamente desbordan o resultan imposibles de acoger en, menos aún de someter a, las restricciones y estructuras del derecho. Siendo absolutamente imprescindibles, fundamentales para cualquier definición de ciudadanía, no pueden ser definidos ni fijados por los ordenamientos constitucionales; y en cambio, los rasgos formales de las constituciones ciudadanas dependen al contrario de ellos.

Me refiero aquí específicamente a la virtud política, esa dimensión moral imprescindible para la continuidad de un sujeto con capacidad para el autogobierno.

La virtud no se puede reducir a código legislativo, ni siquiera puede ser incluida en un marco constitucional sin producir efectos perversos sobre la propia calidad de la virtud ciudadana. Una ciudadanía legalista y juridicista no es sinónimo de una ciudadanía sana ni de calidad; menos aún es una garantía de futuro para una democracia. La virtud es en cambio el fundamento moral último de todo poder constituyente. Desde esta perspectiva, no comparto que la democracia y *el derecho modernos* sean “instrumentos de emancipación social” (p. 344), como plantea María José Fariñas: pueden serlo, pero también pueden llegar a ser sus mayores obstáculos. Aquí prefiero acogerme a la cláusula deontológica fundamental de mi *expertise* profesional, la del historiador: “depende”. Un marco de garantías jurídicas parece esencial para asentar conquistas ciudadanas, pero en última instancia ese marco constitucional o legislativo solo es funcional y duradero en la medida en que recoge una cultura cívica que es históricamente específica, una virtud política que es un producto moral contingente, depende de contextos históricos cambiantes.

Fariñas afirma que “[s]in la garantía de los derechos para todos, la democracia se convierte en una mera escenificación formal, que perpetúa los intereses particulares de las élites” (p. 349). Esto es seguramente cierto, pero también lo es que una democracia con derechos solo sobre el papel tiene exactamente los mismos efectos. Por ese motivo no me parece que lo más grave de nuestro mundo sea estar ante una situación de alarma o anomia constitucional: más grave me parece el estado moral de la ciudadanía, si acaso. En cualquier caso, el ejemplo asiático que he señalado más arriba pone de manifiesto que, al menos en cuanto al eje igualdad/desigualdad, la clave no la tienen los ordenamientos constitucionales sino las trayectorias de largo plazo en las luchas sociales y sus efectos sobre la cultura ciudadana. No hace falta recordar que esos estados del extremo oriente y el Asia meridional han sido en muchos casos escenario de enormes movilizaciones y transformaciones en el contexto de la Guerra fría, como Corea del Sur o Taiwán; algunos otros, como China o Vietnam, han tenido incluso experiencias revolucionarias y un significado aporte cultural de signo anti-capitalista.

Tampoco querría que mi discurso sonase a defensa de la experiencia capitalista o neo-capitalista de estos países. Censuro como el que más que el eje libertad/seguridad se encuentre tan escorado en detrimento de la primera en esos territorios. Lo que intento aquí es llamar la atención acerca de la tendencia del mundo académico occidental a relegar la experiencia asiática a segundo plano con el argumento de la falta de libertades civiles en esos países (por no hablar de mitos como la aquiescencia como moral social o la existencia de una cultura del trabajo natural o heredada pero en cualquier caso *dada*). Tras esta actitud se muestra de nuevo un prejuicio profundamente enraizado en la modernidad occidental, que antepone las libertades civiles a las conquistas sociales, y que además confunde la escasez de libertades individuales con la ausencia de aspiración colectiva a ellas. Tal y como estamos ahora atestiguando en carne propia los europeos, las luchas por los derechos no son siempre necesariamente exitosas; la miopía del observador reside en definir la ciudadanía solo o en primer lugar por la plasmación jurídica de esas luchas y no en función de la moral ciudadana que ponen en valor al desatarse.

En el caso del texto de María José Fariñas, su tesis de que estamos ante “la progresiva (des)constitucionalización del derecho al trabajo y en la pérdida de su carácter político” (p. 345) es un argumento que se opone a su previa afirmación de que “no se puede organizar una sociedad prescindiendo de la moralidad cívica de la ciudadanía” (p. 342). Esto segundo no es exacto: sí se puede organizar una sociedad al margen de la condición ciudadana, y ejemplos históricos hay muchos más que de sociedades fundadas en la ciudadanía. En cambio, en efecto, puede existir una sociedad organizada desde una elevada moralidad cívica que, por distintos avatares,

nunca llegue a constitucionalizar derechos ciudadanos importantes, incluso elementales.

El debate que queda abierto es si la clave de la ciudadanía está en los derechos y su reconocimiento o en la estabilidad de los valores que los hacen posibles. Mi respuesta, repito, consiste en pensar el asunto históricamente: depende. Es decir, depende de los resultados, históricos y contingentes, de luchas sociales que pueden ser por otros asuntos, pero que finalmente afectan al tejido moral de las comunidades políticas. Estas luchas también, por supuesto, afectan a sus culturas jurídicas, pero esta dimensión jurídica no tiene la última palabra.

De lo contrario tendríamos que cambiar completamente el eje de observación de estos asuntos. Pues en definitiva, si se está produciendo una “quiebra en los consensos básicos de la Modernidad” (p. 343), entonces debemos ser honestos (y prácticos) y abandonar la percepción de nosotros mismos como ciudadanos: si hay un fundamento antropológico de la Modernidad, es la condición de un sujeto civil al que se reconocen derechos y obligaciones y es tratado como un igual a sus conciudadanos ante la ley. El supuesto que atraviesa el texto de María José Fariñas es que la ciudadanía está siendo erosionada de manera profunda y decisiva por un contramodelo de sujeto, el cliente. Esto puede ser así en términos de tendencias, pero en un sentido profundo, estructural, es difícil argumentar que, al menos en Europa occidental, la ciudadanía esté pasando a ser una representación residual del sujeto. Esto no lo plantean a las claras ni siquiera los autores que se han dedicado en los últimos años a levantar la categoría de post-democracia: se habla de crisis en los formatos de participación, en los sistemas políticos pluralistas, pero la ciudadanía como tal sigue estando preservada como representación del sujeto en el siglo XXI.

No hay duda de que en tiempos de trabajo precario y desregulación de derechos sociales, la sensación de declive embrorra el significado tradicional de la ciudadanía, pero puede que más bien estemos —por reorientar la expresión que Robert Castel aplicó en su día a la crisis del trabajo— ante una “metamorfosis de la cuestión ciudadana”. El debate es y va seguir siendo, creo, qué es un ciudadano, qué hemos de entender como ciudadanía en el siglo XXI, y no tanto si la ciudadanía ha desaparecido o está en irreversiblemente desfigurada o se encuentra en estado terminal.

Esto, por descontado, es aplicable solo a aquellos estados nacionales y sistemas políticos que de hecho se fundamentan en una tradición de ciudadanía con al menos un poco de historia: en buena parte del mundo este que ahora vemos globalizado, la ciudadanía no ha llegado nunca, y no parece que vaya a llegar a pesar de las promesas homogeneizadoras de la globalización. Incluso puede que el futuro de la antropología política esté precisamente en estos países y sus habitantes, los cuales, entre inmigrantes, desplazados, refugiados y mayorías marginadas, son, ellos sí, expresión de la inviabilidad de la ciudadanía en el siglo XXI. En cualquier caso, esta tesis nos aleja del tema, pues esa forma de dar cuenta de la crisis de la ciudadanía, sin ser externa a la lógica del capitalismo, sí lo es respecto de las tendencias intra-nacionales que centran el enfoque de Fariñas.

Termino con un comentario acerca de las alternativas que propone. Puedo decir que las comparto todas, desde la “batalla política y transnacional por la (re)regulación de los mercados” hasta la apuesta por “construir políticamente nuevas utopías emancipadoras” al estilo de las del siglo XX (p. 351). Ahora bien, también necesito añadir que me parecen en general alternativas un tanto nostálgicas de una vieja mirada de lo social y lo democrático —incluso en algún caso deudoras de una cultura típicamente socialdemócrata— que, por otro lado, no dudo de que puedan

Ilegar a reencarnar en mayorías de opinión pública y dar pie a políticas públicas de alcance global, pero que incluso si lo hacen no creo que vayan a resolver el problema, los problemas que su texto plantea.

Prefiero en este extremo acudir a otra fuente de inspiración, la del viejo maestro Karl Polanyi, quien nos señaló hace décadas, ante la prueba de fuego del viejo liberalismo y frente a su no menos arrolladora capacidad destructiva que la del “nuevo” liberalismo, la enorme capacidad *reconstructiva* colectiva que se pone en marcha tras etapas de salvaje especulación y acoso ideológico a las fuentes de la solidaridad social. Sobrevivir al neoliberalismo es una experiencia que ya estamos atestiguando; lo que nos falta es entender por qué vías y mecanismos se está produciendo, y mi impresión es que cuando empiece a hacerse balance, los estudiosos vamos a quedarnos sorprendidos de nuevo de la capacidad humana colectiva de deshacer, al menos parcialmente, la destrucción que produce el capitalismo a su paso. También en relación con los significados que otorguen esos procesos al concepto de “emancipación”.

Con todo, la clave, estoy convencido, es y seguirá siendo la participación política democrática ajena a los cauces hasta ahora habilitados por las constituciones formales modernas, que lo han reducido al ritual esporádico del derecho al voto para elegir cámaras legislativas.

Por concluir, el texto de María José Fariñas tiene el enorme interés de sintetizar tendencias estructurales y coyunturales de nuestro tiempo y observarlas desde una perspectiva de derecho constitucional que es imprescindible incorporar al marco de observación. En lo que creo que es posible seguir debatiendo es en relación con el supuesto de que neoliberalismo y democracia se contrapongan tanto como el título de su texto sugiere. Neoliberalismo no necesariamente se contrapone a democracia, al menos a la que hemos conocido hasta ahora: no solo se ha producido la primera en el seno de la segunda, sino que puede decirse que en cierta medida se retroalimentan mutuamente.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Julia Barragán

Grupo Jean Monnet de Competencia y Desarrollo
Universidad de la Coruña
barragan.julia@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4360>

Sobre “Visión lógica del derecho” de Lorenzo Peña

1. “Visión lógica del Derecho” y las opciones lógicas

Realmente tengo que agradecer a Lorenzo Peña y José María Sauca el haberme animado a organizar y compartir algunas ideas sobre un tema tan suculento.

Ha sido un enorme placer intelectual recorrer las páginas de libro de Lorenzo Peña *Visión lógica del derecho* por muchas razones de las que quisiera mencionar al menos dos. Una de ellas es la de acceder a lo que me gusta llamar “un trabajo bien construido” (sin otro comentario que sería redundante) y la segunda a mencionar, es la de apreciar de manera compacta la consistencia de toda una vida de investigación tratando de revelarnos zonas intrigantes del derecho.

En efecto, los temas que Lorenzo Peña desarrolla en su libro lo han preocupado desde siempre, siendo testimonio de tal interés la traza bibliográfica del autor, que solo parcialmente se despliega al final de la obra. Son largos años dedicados a una materia sin dudas árida y resistente, que han dotado al autor de criterios robustos para definir y argumentar un sugerente punto de vista que deja abiertas todas las posibilidades de debate. En la búsqueda de la lógica deontica adecuada Lorenzo no ha vacilado en recorrer un amplio espectro de opciones sometiéndolas a enérgicas críticas. Sobre esa sólida plataforma ha construido su respuesta nomológica, elaborada cuidadosamente. En este sentido, el libro es un claro testimonio de la más profunda honestidad y constancia en la búsqueda intelectual.

También en mi caso, esta área de conocimiento ha alimentado la curiosidad durante un buen tiempo, aunque a diferencia de Lorenzo Peña al día de hoy tengo más dudas que certidumbres.

Desde esta condición, quiero compartir algunos comentarios sobre temas puntuales en el trabajo de Lorenzo. El primero de esos temas es el que concierne a la peculiar lógica del derecho. Al igual que Lorenzo advierto que la llamada lógica

clásica no se ajusta bien al especial material del que está amasado el derecho, pero quisiera dejar mejor documentado el alcance y los límites de tal coincidencia.

Cuando en 1927 los *Zeitschrift für Physik* publican el artículo de Werner Heisenberg (1927)¹ sobre el contenido de la cinética y mecánica cuánticas, por razones obvias se produce una verdadera conmoción en el mundo de la física, pero simultáneamente en otras ramas del conocimiento muchos conceptos reciben cuestionamientos de intensidad diversa.

De hecho no podía esperarse otra cosa ante las afirmaciones inquietantes contenidas en el artículo que están dirigidas a dos puntos cruciales para cualquier construcción teórica.

Por una parte, se deja en claro que ante la presencia de un mundo empírico que de algún modo rebasa la capacidad analítica y explicativa de una teoría, resulta legítimo y necesario desligarse de los conceptos en vigencia y dirigirse a ensayar una explicación más adecuada a la nueva esfera de la realidad que se nos muestra y nos desafía. Por otra parte, se cuestiona el concepto de certidumbre tan importante en la lógica clásica.

Veamos las palabras de Heisenberg:

La interpretación intuitiva de la mecánica cuántica está todavía llena de contradicciones internas... Esto nos lleva a pensar que la interpretación de la mecánica cuántica no será posible en términos de los conceptos de cinética y mecánica actuales. La teoría cuántica, entonces, deriva del intento de romper con los conceptos actuales de cinética y reemplazarlos.

Es decir, que a partir del análisis de una realidad empírica que no se ajusta cómodamente a un sistema conceptual previo, se hace evidente la necesidad de un nuevo cuerpo de conceptos que se aparta de los vigentes hasta ese momento.

Volviendo al desafiante artículo:

La cinética y mecánica cuánticas son ampliamente diferentes de la clásica. Pero la aplicabilidad de los conceptos de la cinética y mecánica clásicas no puede ser deducida de las leyes que gobiernan nuestro pensamiento o de la experiencia...

La teoría cuántica (en contraste con la teoría clásica) es esencialmente una teoría estadística, en el sentido de que partiendo de datos exactos solo podemos llegar a establecer conclusiones estadísticas.

Queda aquí muy clara la naturaleza estadística de la teoría cuántica, lo cual elimina la idea de los dos únicos valores de verdad del sistema clásico, incorporando el valor de "incertidumbre". Definitivamente, estamos en presencia de una transformación profunda, en la que todo un cuerpo conceptual es sustituido por otro, sin pérdida de consistencia. Es una verdadera muestra de la razón auto-rebasándose. Las consecuencias de este cambio van a ser superlativas.

La mayor consecuencia en palabras de Heisenberg:

La verdadera situación pudiera ser descripta del siguiente modo: Ya que todos los experimentos están sujetos a las leyes de la mecánica cuántica, se sigue que la mecánica cuántica de una vez por todas establece la invalidez de la ley de causalidad.

¹ Tanto el análisis del texto, como las citas que presento en idioma español se basan en la traducción al inglés realizada por la NASA en 1983 sobre el artículo original en idioma alemán.

Es decir, que contrariamente a lo que se suponía hasta ese momento, hay toda una esfera del mundo físico en la que la causalidad no rige, con lo que queda desestimada la idea de que estábamos en presencia de una ley “universal”.

Años más tarde, dos eminentes matemáticos, Birkhoff y Von Neumann (1936) van a publicar un artículo, mencionado por Peña, que logra caracterizar en detalle la lógica utilizada en esta esfera empírica.

En palabras de los autores:

Uno de los aspectos de la teoría cuántica que más ha llamado la atención, es el de la novedad de las nociones lógicas que presupone. El objeto de este *paper* es descubrir la estructura lógica que esperamos encontrar en teorías físicas que como la mecánica cuántica no se ajustan a la lógica clásica.

Con una heurística altamente cuidadosa y sofisticada los autores logran caracterizar dicha lógica, cuya peculiaridad es que partiendo de afirmaciones que describen de manera completa un sistema, la tal lógica nos guía a consecuencias que solo predicen con incertidumbre. Este artículo documenta una de las tareas intelectuales más elegantes y meticulosas que recuerdo, tras la cual los autores determinan que mientras la lógica de la dinámica clásica se ajusta a un álgebra Booleana, la de la mecánica cuántica se relaciona más con una geometría proyectiva. La conclusión a la que arriban no puede ser más expresiva:

Todo esto indica que la mecánica cuántica tiene una **mayor coherencia lógica**² que la mecánica clásica.

Adelantado a su tiempo, Lorenzo Peña no solo se interesó tempranamente en estas transformaciones que commocionaban las “ciencias duras”, sino que además advirtió con fina intuición las consecuencias que tales hallazgos tendrían en el modo de inferir en campos muy diversos, lo que lo llevó a profundizar en diferentes opciones lógicas³.

Esta es la razón por la que en “Visión lógica del derecho” se muestra genuinamente sorprendido por el hecho de que a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de los artículos mencionados aun hoy hay quienes insisten en atar el razonamiento jurídico a la lógica clásica como única opción.

2. Sobre la actividad de los jueces

Vista desde esta nueva óptica propuesta por *Visión lógica del derecho* la lógica se convierte en una herramienta específica de derivación que nos ofrece un criterio de validación de consistencia y de eventual corrección, que concierne a los comportamientos (físicos o conductuales) en una determinada esfera. En el caso del derecho nos gustaría organizar nuestro comentario alrededor del comportamiento de los juristas que ejercen de jueces considerado desde esta nueva perspectiva lógica.

Dada la índole del razonamiento en el derecho y considerando el material del que éste está construido, en el nivel actual de madurez del conocimiento científico no

² Las tres palabras destacadas aparecen enfatizadas de ese modo en el texto original del artículo.

³ Son prueba de este interés varios trabajos de Lorenzo Peña, entre los cuales destaco “La defendibilidad lógico filosófica de teoría contradictoria” publicado por la Universidad Católica del Ecuador en 1976, “Tres enfoques en lógica paraconsistente” publicado por la Universidad de León en 1984 y su completa “Introducción a las lógicas no clásicas” publicado por la UNAM en 1993.

parece fundada la alternativa de utilizar en ese campo la lógica clásica que nos promete una única respuesta normativa correcta para cada asunto. Si insistimos en adherir a esa lógica, el resultado nos llevará necesariamente a distorsionar y empobrecer de manera radical el contenido sustantivo de la esfera jurídica.

Asimismo, es importante señalar que la limitación de esta lógica clásica en el terreno del derecho es sustantiva. No se trata de una mera restricción instrumental que pueda sortearse, como lo ha pretendido Dworkin (1977) con su Juez Hércules, el cual hipotéticamente dotado de toda la información y el tiempo necesarios, podría llegar a esa respuesta correcta única. Críticas argumentadas desde diversas perspectivas han mostrado la debilidad de este planteamiento a pesar de que los amantes de la lógica clásica le hubieran deseado una mejor suerte⁴.

Si aceptamos que la lógica clásica no permite una adecuada interpretación del comportamiento y las decisiones de los jueces, se abre todo un abanico de posibilidades, y con él, la necesidad de optar por alguna de las ofertas alternativas. Tal como acertadamente lo señala Peña, esa oferta es abundante y cada posibilidad muestra perfiles robustos, por lo que va a resultar necesario adoptar un criterio para determinar las bases de una selección que resulte sostenible.

A esta altura del razonamiento, tanto Lorenzo como yo volvemos la mirada en una misma dirección. La selección no puede ser un juego carente de referentes, ni puede estar solo basada en la elegancia formal del sistema elegido. A este respecto, quienes trabajan con el derecho han de sentirse cómodos e “interpretados” por la lógica que se seleccione. Esta creencia común nos aleja a ambos de la idea de una lógica puramente analítica y naturalmente la “experiencia de los juristas” cobra especial relevancia. Tengo la impresión, asimismo, que en este punto mi camino se distancia del de Lorenzo.

En diversos momentos en *Visión lógica del derecho* se establece que la lógica nomológica (como conjunto de axiomas y reglas de inferencia normativos) sirve al propósito de que el jurista logre razonamientos jurídicos coherentes con el bien común. Es decir, que desde esta perspectiva la “inferencia normativa coherente” es la actividad central del jurista a la que va dirigida la lógica nomológica.

Por mi parte, en el contacto que he tenido con los juristas que ejercen de jueces, he observado que ellos despliegan una actividad algo más compleja. Cuando he pedido su participación en el desarrollo de sistemas expertos, su acción ha corregido la linealidad de las reglas de inferencia propuestas, logrando modificar las conclusiones y permitiendo que las mismas se adecúen mejor a la realidad normativa.⁵ Han sido capaces de reconocer diversos condicionales, han determinado cuándo estaban frente a una analogía con sentido y cuándo no; han podido caracterizar rasgos de inconsistencia en un testimonio e incluso seleccionar entre dos

⁴ Dos críticas basadas en puntos de vista divergentes pero que coinciden en la no posibilidad de una “respuesta correcta única” se encuentran en:

Aarnio, A. (1990) “La tesis de la respuesta correcta única y el principio regulativo del razonamiento jurídico” *DOXA*, 8, pp. 23-38.

Barragán, J. (1990), “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, *DOXA*, 8, pp. 63-74.

⁵ Esta acción de los juristas sobre los sistemas expertos diseñados ha sido documentada en varios artículos entre los que me permito sugerir:

Barragán, J. y Barragán, L. (1991) “Knowledge acquisition and knowledge base refinement problems in developing the KBS legal expert system”, *Artificial Intelligence & Law*, The Asociation for Computing Machinery (ACM), Oxford,UK, 1991. pp. 196-200.

piezas normativas vigentes la que mejor se adecuara al caso específico. Estas respuestas de los jueces con los que he interactuado, me fueron sugiriendo que estaba ante actividades que en lo fundamental tenían más de decisión que de pura inferencia. Esto no significa excluir importantes momentos en los que la inferencia es el núcleo de apoyo de las decisiones.

Los resultados de un estudio en el que se puso a prueba el desempeño de un sistema automatizado en un número de casos de derecho que tenían diverso grado de dificultad, me mostraron con mayor claridad el carácter sustancial de las actividades de decisión ejercidas por los jueces (Barragán, 1993).

En todos y cada uno de los pasos que conducían a establecer una decisión pude comprobar que los juristas se enfrentaban a la necesidad de evaluar los pros y contras de alternativas, tanto normativas como fácticas, a veces levemente divergentes y a veces abiertamente rivales. Esta actividad de decidir era desarrollada en un ambiente interactivo, en el que las partes, los testigos, los expertos y otros actores aportan sus respectivos paquetes informativos, sus propios puntos de vista y desde luego sus personales intenciones y preferencias.

En su conjunto, en mi opinión se trata de la actividad de un decisor interactivo bajo condiciones de “incertidumbre” en el sentido de Birkhoff y von Neumann, que como tal convoca una respuesta lógica adecuada a los comportamientos propios de esa actividad.

Entre los sistemas más prometedores, considero que las probabilidades condicionales de la estadística Bayesiana ofrecen un marco formal que se ajusta muy bien a este tipo de decisiones interactivas⁶, tal como la geometría proyectiva se ajusta a la mecánica cuántica. El enfoque Bayesiano permite que el decisor de manera consistente convierta las probabilidades *a priori* en *a posteriori* mediante la incorporación de nueva información.

Este esquema de decisiones condicionales guarda una sólida relación con lo que en el derecho conocemos como “el proceso” que es el espacio temporal dentro del cual se va elaborando y consolidando la decisión del juez. Las nuevas piezas de información pueden estar referidas tanto a aspectos normativos como fácticos; entre estos últimos se encuentran las pruebas testimoniales, periciales y documentales entre otras.⁷

Vista desde esta óptica, considero que el método Bayesiano provee de la lógica que más se ajusta a un momento “central” de la actividad de los jueces, cual es el de ir construyendo decisiones condicionales basadas en aspectos normativos y fácticos en un escenario interactivo y de incertidumbre. En el sistema axiomático de Rényi que hemos preferido se asume de manera abierta, y que en consecuencia

⁶ Una muy clara y técnicamente cuidadosa presentación de este enfoque se encuentra en: Press, S.J. (1989) *Bayesian statistics: principles, models and applications*, Wiley Interscience, NY, 1989.

Entre las opciones axiomáticas presentadas por Press, para el área del derecho me inclino por la de Rényi (countable additivity axiom system) la cual se hace cargo de importantes condiciones y rasgos que son propios de una decisión jurídica.

⁷ En el citado libro de Press, se documenta un trabajo de Mosteller y Wallace, en el cual mediante el uso del método Bayesiano se analizan las pretendidas autorías de los papeles “The Federalist”. Este trabajo muestra de manera exhaustiva y concluyente una correspondencia robusta entre la lógica propia del modelo Bayesiano y la evaluación del grado de credibilidad de una prueba documental.

resulta controlable, que todas las probabilidades están condicionadas por determinada información o evidencia histórica previa.

Lo más valioso que encuentro en esta alternativa es que no solo permite verificar la consistencia del razonamiento del juez, sino que obliga al decisor a poner en evidencia los mecanismos mediante los cuales ha construido la decisión y los valores en los que la misma se funda. Tanto las intuiciones y creencias morales como las trazas culturales son explícitamente reconocidas en los *a priori* y explícitamente sometidas a corrección en base a nueva información.

Ya que no hay modo de eliminar la incidencia de estos factores, es muy saludable poder evaluar la medida en que los mismos inciden en la decisión.

3. El bien común

También quisiera hacer un comentario sobre un punto que en el trabajo de Lorenzo tiene asignado un rol de la mayor importancia. Quizás es más apropiado decir que es el punto central en todo su planteamiento. Me refiero al bien común.

Creo interpretar adecuadamente el propósito de *Visión Lógica del Derecho* si afirmo que está dirigido a establecer el “bien común” como el principio que debe ser preservado a través de la inferencia basada en las reglas de la lógica nomológica. En otras palabras, todo el sistema de axiomas y de mecanismos de derivación de la lógica nomológica está construido con la mirada puesta en el criterio del “bien común”.

Asimismo, a lo largo de las argumentaciones queda claramente establecida la importancia vertebradora que tal principio tiene en el razonamiento del autor, quien reiteradamente considera al “bien común” como la razón de ser del carácter imperativo de lo jurídico. Incluso, me atrevería a decir que estamos en presencia de un supra principio de alto nivel deontico en la lógica nomológica. Haciendo uso de un recurso lingüístico, tan elegante como semánticamente expresivo, Lorenzo busca subrayar ese carácter vertebral diciendo: “es la clave de bóveda del sistema, lo que le da sentido y unidad”.

Ahora bien, este concepto que es tan crucial en *Visión Lógica del Derecho* por su propia índole no ha logrado ni remotamente convocar unanimidad o coincidencias en el mundo intelectual. Cada escuela de pensamiento filosófico, jurídico o económico tiene una versión propia, que en la mayoría de los casos es completamente antagónica de las alternativas. Como algunos otros, este es un territorio plagado de dificultades, en el que las objeciones están basadas en apelaciones a principios incomunicables, entre los cuales es muy difícil establecer comparaciones y menos aún lograr respuestas integradoras.

Este complejo panorama ha sido desplegado en un artículo de Timothy Murphy (2018) de publicación reciente, en el que se presentan analíticamente algunas de las concepciones más relevantes de lo que se llama “bien común”. Es la intención expresada por el autor, mostrar un resumen del discurso dominante en la literatura (especialmente de habla inglesa) acerca de lo que se entiende por “bien común”. Este trabajo, tiene el mérito indudable de proveernos una versión conceptualmente ordenada de diferentes corrientes, a la vez que de manera implícita pone en evidencia las brechas que las separan. En el artículo, tras el análisis basado en una bien consolidada línea de investigación, y a la vista de posiciones tan divergentes como consistentemente argumentadas, Murphy parece inclinarse por un concepto de “bien común” a la vez laxo, mínimo y polivalente, asociado con un “contexto de paz”.

Ante el complejo panorama acerca de lo que se puede entender por “bien común” Lorenzo ha procurado enfrentar las principales dificultades de una manera sistemática. Se ocupa, por ejemplo, de las formulaciones más adecuadas del axioma dentro de la lógica nomológica, trabaja en la superación del trilema que su juicio amenaza al principio, y trata de dotar al “bien común” de un contenido que haga justicia al concepto.

Hay algunos puntos en esa cuidadosa elaboración que quisiera destacar, ya que a mi juicio poseen rasgos de importantes repercusiones teóricas y metodológicas. En su aspecto sustancial se establece el carácter condicional del bien común, es decir que cada sociedad se va a articular alrededor de un bien común que es el suyo propio y que posee un contenido específico. Aquí tienen su lugar las condiciones históricas, geográficas, culturales entre otras, que hacen que el bien común de cada grupo no solo sea único sino que también variable bajo diversas condiciones. De allí su carácter condicional.

En cuanto a los procedimientos teóricos que se consideran adecuados para determinar su contenido se acepta que los mismos no pertenecerían al campo de la lógica, sino a la esfera de la filosofía del derecho o la filosofía política. Con acierto y sutileza Lorenzo dibuja el horizonte de la filosofía jurídica en la búsqueda de un concepto de “bien común” no demasiado denso, mientras que reserva para la filosofía política acercarse a una concepción con más cuerpo.

Tal como dije, estos rasgos trazados en *Visión Lógica del Derecho* van a generar algunas consecuencias a nivel teórico y metodológico que juzgo de importancia, las cuales se encuentran asociadas a la incertidumbre que esos rasgos dibujan.

En este contexto el bien común parece ser un acuerdo meta sistemático que impregna y articula la convivencia de un determinado grupo. Pero dicho acuerdo varía en el sentido estadístico, ya que está sujeto a condiciones, y sea cual fuere su contenido en un momento o lugar determinado la inferencia nomológica o las decisiones normativas han de ajustarse a ese acuerdo. Esta es una tarea en extremo compleja si se tiene en cuenta que tanto la inferencia nomológica como las decisiones normativas conciernen a un plano en el que los bienes son rivales y disputables.⁸ Así consideradas, tales actividades habrán de resolver esa rivalidad y esas disputas buscando preservar el bien común que parece ser el valor compartido que le da sentido a la vida colectiva.

Sin duda esta labor demanda un esfuerzo superlativo especialmente por el carácter elusivo del contenido del bien común. Lorenzo admite que hay libertad para el bien y para el mal siempre que haya una búsqueda genuina del bien común, el cual para él consistiría en una posesión colectiva de cosas positivamente valorables, “siempre que, además, el disfrute de tal posesión beneficie a cada uno (a salvo de los necesarios e inevitables sacrificios, que sean los menos posibles, los más leves posibles y los que afecten al mínimo número posible).”

De esta última afirmación es posible entender por una parte que a pesar de lo elusivo del contenido del bien común, el mismo posee ciertos rasgos que lo hacen reconocible como el valor a preservar por la inferencia basada en la lógica

⁸ Sobre el tema de los bienes rivales pueden verse los argumentos desplegados de manera más amplia en Barragán, J. “La regla de asignación de los bienes públicos” en L. Peña, T. Ausín, Ó. Diego, (eds.) *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010.

nomológica. Asimismo, cuando se habla de sacrificios necesarios e inevitables implícitamente se reconoce la existencia de una potencial rivalidad también en el contenido del bien común.

En mi opinión, esto nos crea un problema adicional de importancia, ya que cada actor jurídico, sea en funciones de llevar a cabo una inducción o de tomar una decisión, frente a un mismo asunto puede dotar al bien común de un contenido diferente y hasta antagónico. A este respecto, no son pocos los casos documentados, pero mencionaré dos en los que el bien en cuestión es de la más alta relevancia.

Comenzaré citando el contencioso que sobrevino entre el padre de Jaymee Bowen (Child B) y la Agencia de Salud de Cambridge (Inglaterra)⁹, cuando las autoridades sanitarias niegan finalmente los recursos para costear un tratamiento experimental que con una probabilidad relativamente baja pudiera prolongar la vida, e incluso curar la dolencia de Child B. Los partidarios de que tales recursos sean otorgados a la niña no son pocos, y los puntos antagónicos no solo están bien fundados desde el punto de vista conceptual y lógico sino que ambos, sin la menor duda, consideran honestamente que sirven al bien común.

El segundo caso que quisiera mencionar es el que se refiere a la aplicación de pesticidas en los cultivos en el estado de California, los cuales provocaban serios problemas de salud en los trabajadores de las plantaciones y simultáneamente permitían lograr un volumen de producción que servía al propósito de evitar hambrunas en amplias poblaciones.¹⁰ Como en el caso de Child B tanto la calidad de los razonamientos antagónicos como la idea de estar sirviendo al bien común no pueden objetarse.

Frente a las dificultades que casos como los mencionados ponen en evidencia, pienso que tanto la estructura de la lógica nomológica como el contenido asignado al bien común en *Visión Lógica del Derecho* muestran robustez y resistencia. El hecho de que las respuestas pueden moverse en un entorno no rígido se ajusta muy bien a la índole difusa de las cuestiones en consideración. La opción de abandonar una lógica rígida y haber preferido un contenido laxo para el bien común de alguna manera inmuniza el enfoque, lo cual no es un mérito menor.

Este logro a su vez permite cuestionarnos acerca de la emergencia de un nuevo problema que a primera vista no concierne al plano que estamos analizando. Es el relativo a la disposición que las inferencias y las decisiones jurídicas muestran para ser auditadas o controladas (*accountability*) con un criterio independiente.

La consideración y alcance de esta propiedad disposicional se ha radicado en el campo de la Ética, y es amplia la literatura que documenta aplicaciones dirigidas a evaluar no solo la calidad de las inferencias y las decisiones sino también la fortaleza y sustentabilidad del criterio mediante el cual se ha dado contenido al bien común.¹¹

⁹ Un resumen completo y bien organizado del caso se encuentra en Ham, Ch. (1999) "Tragic choices in health care: lessons from Child B case", *BMJ*, Volume 319, November 1999. pp 1258-1261.

¹⁰ El caso es analizado en Barragán, J. (1998) "Ethical issues in public decision making", *Rechtstheorie*, 29, Berlin, 1998, pp. 23-45.

¹¹ Desde las aplicaciones al campo de la salud pública de N. Daniels y J. Sabin hacia fines de los años 90, pasando por el clásico de Richard A. Posner sobre "An economic approach to law of inference", hasta el recientemente publicado estudio de R.J.Hume sobre "Ethics and

Por esta razón, aunque tal como dije a primera vista es un tema cuya discusión debe radicarse en el campo de la Ética, no es menos cierto que tiene consecuencias sobre la determinación del contenido del bien común, que según *Visión Lógica del Derecho* es el valor a preservar en la inferencia nomológica y que como hemos visto es un principio crucial para la misma.

En este aspecto tengo la impresión de que el enfoque de las probabilidades condicionales y los procedimientos bayesianos de corrección de los *a priori* proveen de las mejores herramientas para llevar a cabo controles independientes, porque el despliegue de todos los pasos y de los mecanismos e información mediante los cuales se van corrigiendo los *a priori* convierte al proceso de decisiones en un evento público susceptible del más amplio escrutinio.

Para concluir mis comentarios hago propias las palabras del autor cuando afirma que *Visión Lógica del Derecho* es una obra de filosofía del derecho y por lo tanto un trabajo filosófico con todo lo mucho que para mí esto significa. Hago mía esta afirmación en primer lugar, porque toda la obra está dotada de una poderosa capacidad de interpelación dirigida tanto hacia los oponentes teóricos como hacia sus propios puntos de vista, afrontando de manera decidida y cuidadosa las auto-objeciones. En segundo lugar, porque mantiene siempre activa la capacidad de dudar aun ante afirmaciones que a fuerza de ser repetidas y compartidas terminan adquiriendo el prestigio de verdades incuestionables. Y, por último, porque es un trabajo que abre innumerables ventanas que permiten avizorar desde diferentes niveles y perspectivas nuevos y atractivos paisajes que alimentan un cúmulo de preguntas todavía en desarrollo. Por una de esas ventanas he podido colarme para formular mis comentarios y observaciones que son ellos mismos una prueba del fuerte interés que ha despertado en mí esta *Visión Lógica del Derecho*.

Bibliografía

- AARNIO, A. (1990) "La tesis de la respuesta correcta única y el principio regulativo del razonamiento jurídico" DOXA, 8
- BARRAGÁN, J. (1990), "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", DOXA, 8.
- BARRAGÁN, J. y BARRAGÁN, L. (1991) "Knowledge acquisition and knowledge base refinement problems in developing the KBS legal expert system", *Artificial Intelligence & Law*, The Association for Computing Machinery (ACM), Oxford, UK, 1991.
- BARRAGÁN, J. (1993) "Why some hard cases remain unsolved" en J.S. Svensson, J.G.J Wassink and B. van Buggenhout (eds.) *Legal Knowledge Based Systems*, Koninklijke Vermande, The Netherlans.
- BARRAGÁN, J. (1998) "Ethical issues in public decision making", *Rechttheorie*, 29, Berlin.
- BARRAGÁN, J. "La regla de asignación de los bienes públicos" en L. Peña, T. Ausín, Ó. Diego, (eds.) *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010.
- BIRKHOFF, G. and Von Neumann, J. (1936) "The logic of Quantum Mechanics", *The Annals of Mathematics*, 2nd Ser. Vol. 37, No. 4.
- DANIELS, N. and SABIN, J. (1997) "Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation and the legitimacy problems of insurers". *Philosophy Public Affairs*, 26.

Accountability on the US Supreme Court" son muestras del potencial del enfoque para evaluar la calidad de las inferencias y decisiones normativas.

- DANIELS, N. and SABIN, J. (1998) "The ethics of accountability in managed care reforms". *Health Reforms*, 17.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- HAM, Ch. (1999) "Tragic choices in health care: lessons from Child B case", *BMJ*, Volume 319, November 1999.
- HEISENBERG, W. (1927) "Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik". *Zeitschrift für Physik*, 43.
- HUME, R. J. (2017) *Ethics of accountability on the US Supreme Court*. SUNY, Albany.
- MOSTELLER, F. and Wallace, D. L. (1964) *Inference and disputed authorship: "The Federalist"*. Addison Wesley.
- MOSTELLER, F. and Wallace, D.L. (1984) *Applied Bayesian and Classical Inference*. Springer-Verlag. N.Y.
- MURPHY, T. (2018) "Bien común-Common good" disponible en:
<https://doi.org/10.20318/economia.2018.4163>
- PEÑA, L. (1976) "La defendibilidad lógico filosófica de teorías contradictorias" Universidad Católica de Ecuador.
- PEÑA, L. (1984) "Tres enfoques en lógica paraconsistente", Universidad de León.
- PEÑA, L. (1993) "Introducción a las lógicas no clásicas" UNAM.
- PEÑA, L. (2017) *Visión lógica del derecho*. Plaza y Valdés Editores, Madrid.
- POSNER, R. A. (1999) "An economic approach to the law of evidence" 51 *Stanford Law Review*.
- PRESS, S.J. (1989) *Bayesian statistics: principles, models and applications*, Wiley Interscience, NY, 1989.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Andrés Ollero Tassara

Universidad Rey Juan Carlos

aollero15@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4361>

Como es lógico, hablemos del Derecho como es. En diálogo con Lorenzo Peña

SUMARIO. 1. Un inesperado iusnaturalista. 2. Fundamento metafísico y antropológico. 3. Una sociedad de animales. 4. ¿Iusnaturalismo racionalista? 5. La creencia en el sistema. 6. Derecho natural y moral. 7. Justicia y bien común. 8. ¿Iusnaturalismo aditivo o sustractivo? 9. Esencia y existencia en el derecho.

La irrupción de Lorenzo Peña en el ámbito académico filosófico-jurídico no pasó inadvertida. El cantonalismo universitario no invitaba a considerarlo miembro de la tribu. No solo por no haber desarrollado en buena parte su infatigable labor en tal área de conocimiento, sino porque su ubicación en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, al margen pues de toda plantilla universitaria, le convertía en la práctica en un extraterrestre. El aterrizaje de su inesperado platillo volante fue provocado por la generosa ampliación de una bien conocida -aunque en este caso sí realmente fenecida- fiesta nacional: las oposiciones.

Su aparición por sorteo en un tribunal suscitó un afán de identificación comparable al motivado por la estrella de los reyes magos. Los escribas de las diferentes “escuelas” integradas en la tribu intercambiaron quinielas sobre su previsible querencia en tarea tan decisiva para sus intereses. Los más documentados apuntaban a un cierto pedigrí de izquierdas, aunque no recuerdo si wikipedia estaba ya en acción, ni si ya daba fe -como ahora hace- de su antigua pertenencia al PCE y más tarde a su versión “m-l”. Él mismo comenta hoy en la obra que centrará nuestro diálogo (pp. 247-248) dicha circunstancia¹. Su comportamiento desconcertó a no

¹ “Si de mi marxismo juvenil mantengo, todavía hoy, algunas tesis (en buena medida metamorfosadas por el cambio de paradigma filosófico), rechazo todos los demás componentes de la teoría marxista”, que pasa a enumerar... -Visión lógica del derecho Madrid, Plaza y Valdés, 2017, 446 págs. iremos indicando en el texto las páginas correspondientes, salvo que su contenido reclame una nota a pie de página.

pocos al mostrar una independencia y rigor que desde entonces ya es de todos bien conocida.

Añádase a este emplazamiento, ajeno a las facultades de derecho, su intensa dedicación a los estudios lógicos, que para los profesores de filosofía jurídica no abducidos por la filosofía analítica de estricta observancia reviste cierto aire esotérico. No en vano suelen en su mayoría haber optado en bachillerato por las letras, hasta albergar notable alergia por los números (salvo los del calendario) o por las ecuaciones algebraicas. De ahí que no me pronuncie sobre su insistencia en considerar al derecho natural como nítida expresión de la *lógica nomológica*².

Por si fuera poco, aun habiendo estudiado con anterioridad alemán, su propia biografía sitúa los años de formación en zonas francófonas, cuando por aquellas calendas el extranjero era, para los más de la tribu, Italia; salvo algunos esforzados que se adentraron en tierras alemanas, con Gil Cremades y algún escarceo de Nicolás López Calera como precursores. Luego acabaría arrasando la ola anglosajona...

1. Un inesperado iusnaturalista

Todo esto queda sin embargo en nada cuando nuestro autor, que se sabe rodeado de “un ambiente doctrinal y académico donde se cuentan con los dedos de una mano quienes no se adhieren al positivismo jurídico”, reconoce sin disimulos: “profesa esta obra la existencia de un derecho natural” (p. 15); lo que faltaba... En efecto terminará su trabajo confiando en que se vea cumplida una esperanza: “haber contribuido a rescatar y rehabilitar el jusnaturalismo³ en el medio académico de habla hispana” (p. 440).

No conformándose con la tesis doctoral defendida en Lieja, sobre un sistema de lógica contradictorial (paraconsistente), sus estudios sobre la lógica de las normas le llevan a cursar, en plena madurez, la licenciatura de derecho y, ya puestos, a defender en 2015 una segunda tesis doctoral, esta vez en la Autónoma de Madrid vindicando el jusnaturalismo. Insatisfecho del entrecruce dialéctico con los aguerridos positivistas que componían el tribunal, continúa en este libro tal debate, atendiendo a las dificultades planteadas por ellos y desarrollando soluciones hasta asegurarse de que no quedaba nada en el tintero.

No se considera incluible en el “nuevo derecho natural” de Grisez y Finnis; lo siento de veras por mi buen amigo y colega Diego Poole (2017, pp. 173-224, entre otros), sin duda su mejor epílogo en España. Peña deja claro, sobre esta discrepancia, que profesan “un jusnaturalismo cabal y recio”, que “avala la inferibilidad de normas fundamentales juridiconaturales a partir de la propia naturaleza humana”. Solo que, a su juicio, “no es ese el camino más acertado. Hay otro mejor” (p. 52).

Entre unas cosas y otras, a estas alturas no sé si yo mismo puedo considerarme iusnaturalista (Ollero, 2016). Los que se pregonan tales de estricta observancia no me incluyen en sus filas; lo que ciertamente no me genera mayor zozobra. Compararé pues en este diálogo con Peña mis puntos de vista, por si ello me permite avanzar en cuestión al parecer tan trascendental.

² “La esencia del derecho es racional; esa su racionalidad se concreta en el principio del bien común y demás axiomas de la lógica nomológica -que siempre forman parte del derecho, de todo derecho, lo mismo que el principio de razón suficiente o no arbitrariedad” (p. 70). “La lógica del derecho implica el derecho natural, que es el alma de las instituciones jurídicas, su núcleo perpetuo es inalterable” (p. 40).

³ Quizá por influjo juanramoniano, opta por iniciar con jota y no con i sus alusiones iusnaturalistas.

2. Fundamento metafísico y antropológico

Su alternativa girará en torno a un “imperativo de bien común”, que “no emana de particularidad alguna de la humana naturaleza. Es verdad que viene implicado por ella, ya que uno de sus rasgos esenciales es la *socialidad*”, pero esta no sería “un rasgo único de la especie humana, sino común a todas las especies de seres sociales” (p. 58); afirmación esta última que me sumerge en profundas cavilaciones. Habrá que dejarle explicarse con más detenimiento: “La adopción del derecho natural no implica para nada abrazar la máxima de vivir según la naturaleza en ninguno de los sentidos directos de tal locución; no conlleva ninguna exhortación a un vivir natural, al que vendría dado por constantes antropológicas”. En resumen, no “hay en esta obra ninguna afinidad con el naturalismo bucólico de Rousseau. Ningún adamismo” (p. 251).

Me da la impresión de que maneja un planteamiento demasiado físico de la naturaleza, bastante alejado de la dimensión entelequial que le atribuye Aristóteles. Pienso en la *naturaleza* como un programa esencial que impulsa teleológicamente un existencial desarrollo perfeccionador; cómo debe el hombre actuar para realizar su propia esencia y acabar siendo más (Ollero, 2007, p. 216). Este planteamiento encierra por tanto una concepción del hombre y de su proyección solidaria en un contexto social; una antropología en suma, si no se considera a Lévi Strauss como dueño de la patente. Al fin y al cabo el propio Peña acabará admitiendo: “No digo que en ética no quepa razonar; mas el razonamiento no puede ser independiente de la opción por una metafísica, una teoría del conocimiento, una concepción del ser humano, una visión de la vida humana (p. 311). Espacio habrá que dedicar a confrontar qué entendemos uno y otro por ética.

3. Una sociedad de animales

La alusión a los animales merece algún comentario, ya que parece adentrarse en el vanguardismo animalista. Peña nos dice que la “lógica del derecho implica el derecho natural, que es el alma de las instituciones jurídicas, su núcleo perpetuo e inalterable, aquello por lo cual, en una sociedad de animales cada uno de los cuales tiene su propia voluntad y su propia visión de las cosas, ha de existir un entramado de normas, unas emanadas de la esencia misma de las relaciones sociales, otras de la costumbre y, finalmente, otras cuya declaración vinculante ha de incumbir a una autoridad, cuya única legitimación y tarea es velar por el bien común” (p. 40).

Reconozco que esto trajo a mi memoria algunos pasajes de Ulpiano estudiados en el primer curso de la licenciatura. Me tranquiliza que también Peña se apresure a poner tierra de por medio. “Yerra Ulpiano, pues, al entender esas pautas como imperativos juridiconaturales si son meramente modos de vivir instintivamente adoptados, sin mediar un vínculo social, una autoridad y una función de la misma de velar por el bien común” (p. 63).

Nuestro autor no rehúsa el envite. “Surge aquí el espinoso problema de si el bien común, axiomáticamente reconocido en nuestra lógica nomológica, ha de entenderse solo como el de los miembros humanos de nuestra sociedad o como un bien común que, en algún grado, sea asimismo compartido por aquellos no-humanos que pertenecen a la misma; toda vez que nuestras sociedades humanas (preponderantemente humanas) son, en rigor, interespecíficas”. Pasa a preguntarse: ¿Deberíamos -según lo piden los animalistas radicales- reconocer un principio de igualdad (igualdad animal), o sea, reconocer a los miembros no humanos de nuestra sociedad unos derechos no subordinados a los de los humanos (aunque sean distintos en virtud de las dispares necesidades de unos y otros)? Para el animalismo

radical, superar el especismo es como superar el sexism, el clasismo y el racismo" (p. 125).

A su juicio, nuestro "deber para con los miembros no humanos de nuestra sociedad -compañeros nuestros- no es como nuestro deber hacia un paraje natural, hacia un monumento, hacia el medio ambiente, hacia el planeta o hacia la naturaleza. Aunque algunos digan que también la naturaleza tiene derechos, lo desmiente el hecho de que no le asignamos deber alguno". En todo caso, dado su carácter interespecífico, "es arbitrario excluir de la pertenencia a nuestra sociedad a los no humanos", aunque "es desmesurado -y en la práctica imposible- pretender una igualdad animal" (pp. 126-127). Me temo pues que la *pachamama* no tendrá derechos; lo siento por mi buen amigo y colega Aurelio de Prada (2013).

Personalmente considero que nuestro trato con los animales tiene solo indirectamente consecuencias jurídicas, bien por solidaridad con las generaciones humanas que nos sobrevivirán o porque el respeto a nuestros semejantes, e incluso a nosotros mismos, genera deberes que rechazan tratos crueles evitables.

4. ¿Iusnaturalismo racionalista?

Peña criticará precisamente a Finnis, emparejándolo con Alexy, por empeñarse ambos -a su juicio- en "prescindir de metafísicas, al paso que a toda la construcción jusesencialista del presente libro subyace una metafísica"⁴. Comparto su desmarque del recatado "*no-positivismo* de Robert Alexy (¡pudica y anodina autodenominación!)"⁵. Insiste en que, por el contrario, su "racionalismo jurídico, o jusnaturalismo aditivo parte de una metafísica y una ontología". Recuerda que "el racionalismo pragmático de Alexy es posmetafísico, siendo su modelo una argumentación trascendental de inspiración habermasiana y apeliana" (p. 65 y nota 33).

Racionalismo junto a iusnaturalismo componen una pareja un tanto sorprendente en un autor para el que la hermenéutica no es tierra desconocida. No dejará sin embargo de insistir en suscribirlo: "el jusnaturalismo abrazado en este libro toma como sus maestros y precursores a los jusfilósofos de la Ilustración racionalista de los siglos XVII y XVIII, en particular, a Leibniz" (p. 15). No deja de mostrarse consciente de la dificultad de su empeño: "En su defensa del racionalismo jurídico, este libro se empeña en un número de batallas que, hoy por hoy, cabe dar por perdidas. No lo ignora el autor. ¿Esfuerzo vano? La posteridad lo dirá" (p. 17). Habrá que decir de ello más abajo.

El problema se pone a prueba cuando descendemos al despliegue de la hermenéutica jurídica, más existencial que esencialista. Peña no duda en admitirlo. "Hoy mismo la jurisprudencia viene considerada por muchos como genuina fuente del derecho (opinión a la cual se inclina el autor de estas páginas). Por lo tanto, no puede ser derecho solo aquello que funde las decisiones judiciales, sino que, como mínimo, también son derecho esas mismas decisiones" (p. 200). Esto le obliga a formular una interrogante decisiva: "La interpretación ¿es constitutiva o es cognitiva? Si es cognitiva, el precepto tiene su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla. En ese supuesto no hay tal indeterminación. Si la interpretación es

⁴ Un tratamiento más detenido: PEÑA, L. (2015) «Fundamentos metafísicos del Derecho Natural», en *Una Filosofía del Derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados y Universidad Rey Juan Carlos, págs. 411-442. También en sus *Consideraciones inactuales*, publicadas por Blogger para "Bitácora JuriLog" -el 11/28/2017 11:23:00 a. m.- se ocupa de la inactualidad del jusnaturalismo y de la metafísica.

⁵ Por mi parte, me explayé sobre "un pudibundo no positivismo" en *El derecho en teoría* (2007)

constitutiva, entonces surge la cuestión adicional de si, durante el lapso que media entre el acto legislativo y el pronunciamiento jurisdiccional, ya es verdadera una interpretación o no es verdadera ninguna" (p. 146; también 438-439). A mi modo de ver ni una cosa ni la otra; hay interpretaciones verdaderas, pero no solo una. Sin duda me llevan a pensar así algunas experiencias personales.

Recuerdo cómo en una deliberación en la Junta Electoral Central, de la que -abandonado mi escaño- fui elegido miembro durante una legislatura, uno de los magistrados del Tribunal Supremo que la integraban argumentó, tras quedarse en absoluta minoría, que la norma de turno decía una cosa mientras lo que el resto de los presentes defendíamos era una mera interpretación. No fue difícil hacerle ver que su postura era tan interpretativa como minoritaria. Cualquier norma jurídica dice lo que al respecto exprese un tribunal competente, salvo que otro superior interprete luego lo contrario.

Años después ya en el Tribunal Constitucional, con su querencia autorrestrictiva respecto a los poderes del Estado, hube de hacer propio el *principio de conservación de la norma*. La presunción de constitucionalidad de cualquier norma legislativa obligaba a agotar la búsqueda de alguna interpretación que resulte conforme con la Constitución. El Tribunal admitía pues que hay interpretaciones más verdaderas que otras, pero renunciaba a jerarquizarlas estableciendo cuál era la más verdadera; se conformaba con excluir las que fueran fruto de un error de hecho o expresión de pura arbitrariedad.

5. La creencia en el sistema

De lo dicho es fácil derivar que me muestro más bien escéptico cuando se me invita a considerar el derecho como un sistema de normas, a lo que invita sin duda la herencia del racionalismo codificador. Tal escepticismo surgió antes de las experiencias aludidas, tras una temprana lectura sobre la relación entre tópica y jurisprudencia (Viehweg, 1953).

Peña parece más adicto al sistema. A su juicio, la "definición (real, no nominal) del derecho" es la de "constituir un sistema de normas que regulan la vida en común de los miembros de una sociedad y cuya función es el bien común de la misma" (p. 200). Fiel a ese punto de vista, tendencialmente normativista, el mutuo juego entre derecho natural y derecho positivo pierde, a mi modo de ver, flexibilidad. Peña defiende que "se puede ser un jusnaturalista aditivo", no incompatible con la existencia de normas positivas contrarias al bien común, "sin necesidad de profesar el aserto de la superioridad jerárquica". Lo que, sin embargo, no "es admisible para ningún jusnaturalista es que las normas jurídico-naturales sean de rango inferior. Pero es posible que coexistan en el ordenamiento normas jurídico-naturales y normas positivas sin gozar ni las unas ni las otras de superioridad jerárquica" (p. 252).

Personalmente, tiendo más bien a entender el derecho natural como el motor del derecho positivo, tanto en el momento legislativo como -aún más- en el judicial. Su influir desde dentro tiene más que ver con los principios que con las normas, indispensables sin duda para garantizar una seguridad e igualdad genéricas, no pocas veces entorpecedoras a la hora de hacer justicia en el caso concreto. Peña capta esa situación, pero pretende resolverla defendiendo la existencia de un sistema, a condición de que no sea tal. "Aunque, para Alexy, los principios son máximas de optimización (no mucho más que desiderata orientativos), en la práctica pueden entrar en la lid con tanta pujanza como las reglas, las cuales pierden esa vinculatividad [sic] rígida, estricta e intangible con que inicialmente las había concebido Dworkin. Por eso, en el desarrollo de la teoría de Alexy, tengo la impresión de que se desdibuja un

tanto la dicotomía de reglas y principios. En mi propia visión no existe tal dicotomía para nada. Lo que hay es una triple variación de grados" (p. 270).

Aunque siga hablando de normas más bien parece detectar unos principios como caballo de Troya dentro de las almenas del sistema. Ante una antinomia su iusnaturalismo "no dice que sea nula o írrita la norma jurídico-positiva opuesta a un principio jurídico-natural, pero le disputa el terreno al haber introducido una norma de contenido opuesto". "La ley sigue vigente, pero ahora ya el terreno lo tiene que compartir y disputar con una norma de signo opuesto, con la cual habrá de pelear" (p. 290). Pienso más bien que es la flexibilidad de los principios la que permite evitar la colisión antinómica, al orientar interpretativamente la norma legal.

Sin duda para que el derecho natural se haga operativo necesita una mediación capaz de generar una "*opinio juris seu necessitatis* a favor de tales normas [más bien principios...] en la conciencia pública, particularmente en la conciencia de los operadores jurídicos (o de un amplio e influyente sector de los mismos)". "No cabe duda de que los tribunales hallan en la Constitución principios y valores que no están en ella y que solo se pueden fundar en el canon del bien común [ya hablaremos de él...], o en dar una lectura (forzada) a disposiciones constitucionales según la pauta hermenéutica de que sean conformes con ese canon" (p. 253). Esto ya va sonando mejor... Acabará reconociendo que no faltan "recomendaciones basadas en los fines del Estado, los principios generales del ordenamiento, los valores sociales u otros rótulos que, en el fondo, son circunloquios o eufemismos para referirse a unas normas de derecho natural que, bajo tal denominación, no pueden alegarse en una cultura jurídica donde domina el positivismo" (pp. 208-209). Al fin, de acuerdo...

Si nos encerramos en el sistema, todo vuelve a complicarse; "pese a todas sus antinomias y pese a proliferación de fuentes, el derecho es un ordenamiento, un sistema. Sistema, desde luego, lleno de antinomias, sistema imperfecto, pero sistema. Cualquier operador jurídico lo entiende así. El ideal de sistematicidad jurídica anida en el propio derecho, aunque en la práctica sea constantemente violado". Tras afirmar que el "racionalismo jurídico propuesto en esta obra ofrece unas pautas para devolverle al derecho su sistematicidad, sin negar sus antinomias", acaba reconociendo que nos hallamos ante unos "actuales ordenamientos (en buena medida, es verdad, desordenados)" (pp. 293-294; pese a lo antes criticado en pp. 285-286).

A la hora de la verdad parece que nos acercamos: "Frente a la objeción de que solo un derecho natural sustractivo o un orden moral extrajurídico podrían servir de ariete contra contenidos injustos o censurables del derecho positivo, he mostrado que, para contrarrestar leyes injustas, mucho más eficaces serán unos principios que aniden en el propio derecho que no un orden normativo o axiológico externo y ajeno, sin relevancia jurídica" (p. 434).

6. Derecho natural y moral

En poco puedo estar más de acuerdo con Peña que en tomarnos en serio la distinción entre derecho y moral y, en consecuencia, la existente entre ésta y el derecho natural (Ollero, 2017)⁶. Sin duda hace bien en concebir el "derecho natural como diferente de la moral y separado de ella, cuando -como sucedáneo del jusnaturalismo, hoy desdeñado- pululan las tendencias jismoralistas", sin por ello dejar de ubicarse dentro del positivismo (o del pospositivismo, que seguramente no deja de ser un positivismo afinado) (p. 15). Las corrientes pospositivistas "sin renunciar en absoluto a lo esencial

⁶ Entre otros trabajos propios al respecto.

del positivismo jurídico (la tesis de que no hay más derecho que el positivo, o sea, de que la única fuente del derecho es la emanación de una autoridad), a la vez que se mantienen firmísimas en cualquier rechazo a todo lo que sea o parezca un retorno del derecho natural, quieren paliar algunos de los inconvenientes del positivismo estricto mediante un recurso a la moral" (p. 430). La consecuencia pareciera que la hemos interpretado a cuatro manos: "¡Qué circular itinerario! Tras haberse ufano de emancipar el derecho de la moral, ahora el positivismo jurídico llama a las puertas de la moral pidiéndole un auxilio con tal de cerrar el paso a cualquier rehabilitación del derecho natural" (p. 31)⁷. Para ellos, "comoquiera que toda norma que no esté en el Boletín oficial del Estado (o algo similar) es una norma moral, solo hay dos alternativas: o legalismo o *jusmoralismo*" (p. 332). En realidad, los principios del "derecho natural están integrados en el propio ordenamiento jurídico (sea o no el legislador consciente de ello), no constituyendo una instancia axiológica ajena o externa, a diferencia de la moral, que sí lo es" (p. 433). Sí señor...

"El derecho natural no es moral, no es ética" (p. 331). Ya habíamos anticipado que tendríamos que ponernos de acuerdo sobre qué entendemos por ética. No comparto esa identificación de lo ético con lo moral, porque considero que implica reducir el todo a solo una parte. Soy consciente de que es tema discutido. Entiendo por ético lo relativo a cómo debo comportarme; el contexto material -no la mera homologación formal- será lo que me ayude a discernir si estamos hablando de elementos morales o jurídicos. Muy bien lo capta nuestro autor cuando señala como significativa característica que "la moral también rige actos de la vida humana que no guardan relación (o muy tenue y muy distante) con el bien común" (p. 191 y también 316); término del que también hemos de ocuparnos.

7. Justicia y bien común

"Otro rasgo propio del jusnaturalismo aquí defendido es que toma como deber y valor principal el bien común (en lo cual sigue la conocida enunciación de Santo Tomás de Aquino), al paso que -dentro del menguado círculo de los jusnaturalistas- es hoy más habitual otorgar ese sitial a la justicia" (p. 16; también 40). Entre ellos me incluyo (Ollero, 2011), no por considerar irrelevante toda apelación a él, sino por estimarlo inseparable de la justicia objetiva. Desde luego, si habláramos de la justicia como hábito de comportamiento subjetivo -constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho- habríamos entrado en el ámbito metajurídico de las virtudes morales. La justicia objetiva es algo previo que nos indica qué es lo suyo de cada uno. A mi modo de ver, la búsqueda del bien común colabora a ello dentro de la dimensión generalizadora propia del ámbito legislativo, respecto al que la referencia tomista es particularmente oportuna. En el ámbito judicial será clave el reconocimiento y protección de bienes jurídicos concretos; el legislativo colaborará en este ámbito a hacer justicia garantizando la igualdad de cada uno ante la ley⁸.

Significativa al respecto es la polémica distinción entre la dimensión subjetiva y la objetiva de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. La protección de los derechos fundamentales tiene una dimensión de justicia objetiva bien pronto

⁷ Por mi parte: los positivistas se ven obligados a "admitir dentro de la dinámica jurídica un generoso ámbito de discrecionalidad que paradójicamente se resolvería gracias a juicios morales; lo que no deja de resultar sorprendente, después de haber comenzado dicha teoría convirtiendo el riguroso deslinde de derecho y moral en signo de distinción", en Andrés Ollero, Cristina Hermida del Llano y Juan Antonio García Amado, *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 16.

⁸ Quedará por entrar en juego el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Al respecto: Ollero, A., (2005), *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates nº 163), (2^a edición aumentada y actualizada), Madrid.

reconocida por la doctrina de dicho Tribunal⁹. Tras la reforma planteada por la ley orgánica 6/2007 el “en su caso” del artículo 53 CE se traduce, a mi modo de ver, en la conversión del recurso de amparo en un recurso en interés de Constitución, semejante al planteable en interés de ley, dada la exigencia de una *especial trascendencia constitucional* añadida a la escueta existencia de violación, cuya satisfacción queda residenciada en la jurisdicción ordinaria, a la vez que condiciona - pero no fundamenta- la posibilidad del amparo.

Me temo que la mera referencia al bien común no aporte, dada la obvia incidencia individual del derecho, demasiada precisión. Sírvanos de muestra este párrafo: “La preceptividad [sic] del bien común significa la obligatoriedad de que este exista. Pero ¿en qué consiste la existencia del bien común? Por su propio concepto, el bien común es aquel bien que se tiene colectivamente y del cual, a la vez, participan todos los miembros de la sociedad; a salvo, únicamente, de aquellas restricciones necesarias para el propio bien común, o sea, de aquellos sacrificios de unos u otros cuya imposición sea precisa para salvaguardar o acrecentar el bien común sin resultar arbitrariamente discriminatorios ni desproporcionados; de serlo, quebrantaría la misma existencia del bien común, el cual, en esa medida, dejaría de ser un bien genuinamente común” (p. 176).

Peña admitirá que “la noción de bien común es jurídicamente indeterminada es verdad, como tantísimas nociones del derecho. Eso les pasa a todos los valores jurídicos, como la igualdad, la libertad, el interés general, la paz, la justicia, etc.”. A ello añade, extremo que no comparto, que al menos “el bien común es mucho más concreto que la justicia, la cual solo indica una proporción entre supuestos o datos y consecuencias jurídicas, sin ofrecer pauta alguna ni de la escala de proporcionalidad ni de qué supuestos o datos se han de tomar.” (pág. 291).

La proporcionalidad suele ser un canon de frecuente relevancia a la hora de intentar hacer justicia. El Tribunal Constitucional precisa hasta tres exigencias, más individualizadas que comunes, para considerar la proporcionalidad razonablemente satisfecha: que se trate de una medida *adecuada*, capaz de contribuir a la finalidad pretendida; *necesaria*, en el sentido de que no haya otras menos gravosas para los derechos en juego; así como que la ponderación que lleva consigo pueda considerarse *proporcionada* en sentido estricto. Personalmente considero que la justicia objetiva lleva consigo el intento de *ajustar* la libertad con la exigencia de tratar al otro como un igual, lo cual implica una búsqueda que lleve performativamente a un resultado razonablemente justo. De ahí que la doctrina del Tribunal reitere que no hay derechos ilimitados.

No estoy, en consecuencia, de acuerdo con el colofón de esta afirmación de Peña: “el jurista ha de dilucidar, enseñar y aplicar el derecho que es, interpretándolo según cánones hermenéuticos válidos, que diluciden su contenido auténtico (la interpretación es cognoscitiva, no voluntarística [sic]), sin acudir a maniobras exegéticas que lo alteren según el capricho del exégeta; eso sí, el sentido de un texto jurídico, el sentido que realmente vehicula, queda determinado por un cúmulo de factores, uno de los cuales es la propia misión del derecho como regulación racional para el bien común” (p. 296). Sí hago mía, por el contrario, esta otra: “los juristas no

⁹ Así en la sentencia 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 1, aunque el denunciante en el juicio de faltas, debidamente emplazado, no compareció, afirma que su “no presencia en este proceso no impide que entremos en el examen de si sus derechos fundamentales han sido o no vulnerados, puesto que quien está legitimado para ello ha ejercido ante nosotros en forma y momento oportunos la pretensión de amparo. Se pone así de manifiesto la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en cuanto bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

han necesitado esperar a que aparezca esta obra para obrar así. Desde el derecho romano clásico justamente es eso lo que hacen: en la medida de lo posible (y también en la medida de sus propias luces) tratan de interpretar el derecho que es ajustándolo al que debiera ser" (p. 297).

Particularmente afortunada me parece esta última referencia, que resalta la tensión ser-deber ser latente en la hermenéutica jurídica¹⁰, al margen de toda *falacia naturalista* (pág. 50). Peña denunciará la inconsistencia de quienes le critican su planteamiento iusnaturalista por escasamente crítico y sugieren a la vez que concede excesivas facultades al intérprete (p. 295, también 297-298).

8. ¿Iusnaturalismo aditivo o sustractivo?

Sin duda lo más original -no por ello menos complejo- de su planteamiento es la distinción entre un iusnaturalismo *aditivo*, que hace propio, y otro *sustractivo*, que rechaza. Como veremos, me quedo con la duda de si será tan fácil deslindarlos. "Mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo. Es aditivo aquel jusnaturalismo que adiciona a las normas del derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común). Es sustractivo el jusnaturalismo que sustrae de las normas de derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es mixto aquel jusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo" (p. 64-65). Para mí, rara vez no acabará siendo mixto.

Si, como es mi caso, partimos de un derecho natural que solo *existe* (la expresión, como luego se verá, no es casual) dentro del derecho positivo, o al menos -considerándolo un sistema- se reconoce su notable porosidad, no nos resultará tan fácil deslindar ambas variantes. Las interpretaciones que encierran las resoluciones jurisdiccionales (pienso en las del Tribunal Constitucional...) son inevitablemente aditivas, aunque Peña lo rechace. Incluso las sentencias consideradas de *aplicación de doctrina* rara vez se limitan a una austera remisión a otras anteriores, sino que en más de una ocasión el ponente no renunciará a introducir algunos *obiter dicta* que, cara al futuro, la ramifican o desbordan. Por supuesto, la dimensión sustractiva sí es obvia; no en vano Kelsen calificó al control concentrado de constitucionalidad como *legislación negativa*. Quedará de relieve siempre que el Tribunal declara inconstitucional y -casi siempre- nula una norma o acto de los poderes públicos.

Peña lo ve de otra manera. "Cuando es correcta una sentencia del TC, no crea derecho. Su pronunciamiento ya estaba contenido en la Constitución"; lo considero un modo de hablar, dada la dimensión performativa y por tanto creativa de toda sentencia. "Pero cuando es errónea, crea derecho. Crea una situación jurídica en la que tenemos vigentes dos normas opuestas y de cumplimiento incompatible: la Constitución y el contenido de la errónea sentencia del TC" (p. 152, también 161). Por supuesto no considero al Tribunal infalible, pero no deja de consolarme que, hasta equivocándonos, seamos creativos. Doy por hecho que debo entender que la sentencia sería correcta o errónea en la medida en que podamos captar una coherencia con exigencias del bien común, o -en mi caso- de la justicia objetiva. Más de una vez ello me ha llevado a -siendo ponente de una sentencia y habiendo votado a su favor- no resistirme a formular un voto particular concurrente, resaltando mi discrepancia con aspectos de su fundamentación o incluso de su fallo.

¹⁰ Por mi parte: "resulta imposible ir poniendo el derecho que positivamente es sin irse preguntando continuamente cómo debe ser" – Ollero, A., (2007) *El derecho en teoría*, p. 50.

Tenemos pues que “el derecho natural aditivo no quita nada del derecho positivo sino que le añade unas normas juridiconaturales”, que incluirían “la obligatoriedad del bien común, junto con el principio de razón suficiente o no-arbitrariedad; en cambio el derecho natural sustractivo no añade nada al derecho positivo sino que le quita algo: le quita aquellas normas de derecho positivo formalmente válidas, pero contrarias a cánones metajurídicos suprapositivos” (p. 428). No considero al derecho natural *superior* al positivo; me limito a constatar que tiende a introducirse irresistiblemente en él. En cuanto a la quita de normas hay que reconocer, paradójicamente, que la depuración del ordenamiento jurídico no deja de resultar sumamente positiva. Es más, el pondonoso magistrado firmante de un voto particular suele, las más de las veces, estar convencido de que acaba de poner la primera piedra de un nuevo sesgo en la doctrina del Tribunal. El propio Peña acaba considerando una “racionalización” a la “eliminación de escorias, la depuración; en suma, la reconciliación de la existencia del derecho con su esencia” (p. 45).

“No niego que se da, en cierto modo y sentido, ese indirecto efecto sustractivo, pero, así y todo, entiendo que persisten dos fortísimas discrepancias entre el jusnaturalismo aditivo y el sustractivo. La primera es que, a diferencia del jusnaturalismo aditivo, el sustractivo no permite a los operadores jurídicos ninguna decisión positiva que sea una aplicación de normas suprapositivas (sí les permite, en cambio, la decisión negativa de considerar írritas ciertas normas positivas); a falta de norma positivamente edictada [sic], el jusnaturalista sustractivo no tiene materia jurídica para resolver nada” (p. 429; también 439). Sin duda será consciente de que no debe suplantar al legítimo legislador y se congratulará con el ahorro de tiempo; más de quinientos recursos de amparo le aguardan...

9. Esencia y existencia en el derecho

Mi máxima identificación con Peña es su relevante distinción, ya argumentada, entre esencia y existencia¹¹ del derecho natural, que servirá de eje a su dimensión crítica. Por una parte, apela a unos “imperativos” que serían “la esencia misma del ordenamiento normativo, la función por y para la cual existe. Por ello, quizá mejor que hablar de un derecho natural o de jusnaturalismo sería hablar de esencialismo jurídico. Como era de esperar esa “esencia implica que contenga un imperativo supremo de bien común” (p. 61). Por otra parte, considera que su “tesis no es legitimadora del orden existente. Al señalar que la esencia del derecho es la regulación normativa de la convivencia para el bien común no nos dice que los ordenamientos existentes cumplan perfecta, ni siquiera adecuadamente, esa función que les es consustancial; no nos dice que no haya contradicción entre esencia y existencia”. De ahí deriva su dimensión crítica: “lejos de ser legitimador del orden existente, el esencialismo jurídico o jusnaturalismo lógico es profundamente crítico, porque desvela cómo la esencia del derecho está en contradicción con su existencia” (p. 206).

Superando su creencia en el sistema, admitirá que el “derecho es antinómico. En él están los cánones fundamentales que le dan sentido, lo justifican, lo regulan y construyen su aplicación según pautas preceptivas; pero también están unos contenidos agregados por la arbitrariedad, el antojo, las fantasías y pasiones de los gobernantes o de los gobernados; las escorias. Esa unión contradictoria es el derecho real. Su evolución va en el sentido de, paulatinamente, hacer prevalecer la esencia sobre la existencia, eliminar las escorias” (p. 386). Precisamente por ello es “imposible

¹¹ Por mi parte, Ollero, A., (2007) *El derecho en teoría*, p. 50.

ahondar en ese problema sin acudir a la metafísica, a las nociones de esencia y existencia" (pág. 431).

De ahí la obligada distinción "entre racionalidad y racionalización. Sostengo, para empezar, que el derecho es racional, en su esencia, en su médula, en su función social, en su tarea; dicho sumariamente, en su razón de ser". Sería, sin embargo, absurdo olvidar que "en el derecho positivo, esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del derecho; de ahí la necesidad de la racionalización, que no es sino una desalienación, un reconciliar la existencia del derecho con su esencia" (p. 43, también 67).

Esto le lleva a admitir, lejos de antinomias normativas, la función *ad intra* de los principios iusnaturalistas. "El jurista de orientación jusnaturalista (...) no formula tal crítica desde fuera del derecho, en el curso de una actividad ajena, como pensador político o moralista ni nada por el estilo". Ello le llevará a "evaluar negativamente esas escorias, exigiendo que se eliminan para reconciliar esencia y existencia; es, pues, una labor de jurista" (p. 70-71). En ella admitirá que "es verdad que la faceta sustractiva de este jusnaturalismo no acarrea ninguna depuración de contenidos injustos, ni siquiera de contenidos opuestos al bien común. Salvo casos palmarios de burda y flagrante violación de la lógica jurídica, este jusnaturalismo coincide con el positivismo jurídico en reconocer y respetar la capacidad legiferante del titular del poder legislativo, considerando condición suficiente de vigencia de una norma que haya sido edictada y promulgada por el legislador" (p. 291); lo que flexibiliza notablemente su planteamiento inicial.

Considera que todo ello lleva "a los jueces a no invocar abiertamente, por ese nombre, las normas de derecho natural; mas han seguido haciéndolo subrepticiamente" de diversos modos. Bien "interpretando las leyes vigentes con un canon hermenéutico explícito o implícito de ajuste al valor del bien común (acudiendo, para tal exégesis, a criterios como el de entender la ley según su propósito; no el propósito del legislador, sino la razón de ser de la propia ley, o, mejor aún, la finalidad del propio ordenamiento jurídico)" (p. 209). O bien "recurriendo a otros cánones hermenéuticos, tales como la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la ley; una realidad social que no es otra cosa, en el fondo, que un imperativo de bien común según se concibe en nuestra sociedad o según el juez lo entiende" (p. 210).

Peña se muestra realista a la hora de reconocer que el derecho natural no es la piedra filosofal. Ciertamente "un jusnaturalista podrá argumentar que el bien común solo queda convenientemente salvaguardado en una sociedad con matrimonio monogámico heterosexual. Mas otros jusnaturalistas pueden sostener lo contrario, sin faltar quienes estiman que el matrimonio, opuesto al amor libre, es incompatible con el bien común y, por ende, con el derecho natural" (p. 63). La situación no parece preocuparle demasiado: "si las discrepancias entre los jusnaturalistas sobre los principios y las consecuencias del derecho natural bastan para desacreditarlo, con mayor razón las mucho más frecuentes divergencias entre los partidarios del derecho positivo habrían también de llevar a negar su existencia. No hay una sola cuestión de derecho positivo en la cual reine la unanimidad" (pág. 275).

En cualquier caso, su lógica acude al quite. "Para entender mejor lo que estoy alegando hay que retrotraerse a la lógica. Mi jusnaturalismo está basado en una lógica contradictoria y gradualista, en la cual algo puede ser así y no así, lo uno y lo otro en cierta medida. Lo que la tesis sostiene no es que todos los sistemas jurídicos cumplan perfecta y cabalmente su misión de servicio al bien común, sino que no solo deben

hacerlo sino que, además, adecuadamente interpretados, lo hacen en alguna medida, sin precisar cuál es esta" (p. 203).

* * *

En resumen, la ajetreada llegada de Lorenzo Peña a la tribu filosófico-jurídica ha sido una buena noticia. Su afán de reflexionar de modo transparente está sirviendo para hacernos pensar, tanto a los que descubrimos puntos de confluencia con sus planteamientos como a los que se han beneficiado de su afán por dialogar con los que sabe alejados de ellos. Sirvan estas páginas de sincero homenaje.

Bibliografía

- DE PRADA, A., (2013), "Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (27), págs. 43-57.
- OLLERO, A., (2017), "Legalidad y constitucionalidad" en *Current Constitutional Issues. A Jubilee Book on the 40th Anniversary of Scientific Work of Prof. Boguslaw Banaszak*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszwa, págs. 313-333.
- OLLERO, A., (2016), ¿Soy en realidad iusnaturalista? en *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad, Oviedo, pp. 515-534.
- OLLERO, A., (2011), "El bien común: justicia, política y moral" en *Las raíces del humanismo europeo y el Camino de Santiago* (ed. Marcelino Agís Villaverde, Agustín Dosil Maceira, Marcelino Oreja Aguirre) Santiago de Compostela, Universidad, págs. 419-422.
- OLLERO, A. (2007), *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- POOLE, D., (2017), *Historia del iusnaturalismo tomista del siglo XX en los Estados Unidos*, "Dikaion" (26-2), págs. 173-224.
- VIEWEG, T., (1953), *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, München.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

manuel.atienza@ua.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4362>

Comentario a un libro singular

1.

Visión lógica del Derecho. Una defensa del racionalismo jurídico es un libro singular, y lo es por una diversidad de razones.

Lo es, desde luego, por lo que se refiere a su contenido. Lorenzo Peña defiende aquí un tipo de iusnaturalismo (él lo escribe con “j”: *jusnaturalismo*) que dice situarse en la tradición de Tomás de Aquino, Vitoria, Leibniz o Wolff (p. 22) y que se diferencia mucho de la concepción iusnaturalista que hoy cuenta con más seguidores y que tiene a John Finnis como principal referencia. Peña no escatima elogios a este último autor, y al que considera como verdadero iniciador de ese tipo de concepción (Germain Grisez), pero su versión de iusnaturalismo se alinearía más bien con la de autores críticos de los dos anteriores (pero también tomistas y pertenecientes al mundo angloamericano) como Russell Bittinger, Ralph McInerny, Henry Veatch y Anthonny Lisska (pp. 51-52, nota). Se trata de un iusnaturalismo, el de Peña, que nada tiene que ver con la teología, pero que no se basa tampoco en la razón, en el sentido de que para él la razón es una facultad que nos permite efectuar inferencias (o descubrir los principios del Derecho natural), pero la “naturaleza” a la que nuestro autor apela se identifica más bien con la animalidad (no con la racionalidad) de los seres humanos (vid. p. 243, nota); exactamente, con la socialidad (el vivir en sociedad), que es un rasgo que los humanos comparten con otras especies animales, como las hormigas o los elefantes. Y lo que parece ser esencial, lo más esencial, en esas especies animales es el imperativo del bien común y la necesidad de una autoridad que vele por él y lo regule. Su concepción iusnaturalista se remontaría, pues, en último término, a los juristas romanos, a Ulpiano, quien, como se sabe, definió el Derecho natural como “lo que la naturaleza ha enseñado a todos los animales”. Peña no suscribe del todo esa formulación¹, pero nos invita a aceptar que

¹ Se aparta del jurista romano en estos dos extremos: el primero es que Ulpiano no tiene en cuenta el bien común; y el segundo (vinculado al anterior) es que sólo se fija “en pautas de comportamiento ‘naturales’” (pp. 62-3).

se pueda hablar de Derecho en relación con “sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, equídeos, pingüinos, cuervos, etc.” (p. 58).

Es singular también en cuanto a su forma expositiva. El libro de Lorenzo Peña sigue el modelo de la *disputatio* medieval, lo que quiere decir que, después de exponer sus tesis, formula una serie de objeciones, de dificultades, que podrían ponerse a las mismas (y que, de hecho, por lo menos en algunos casos, se le han puesto), acompañadas de las correspondientes soluciones; un método cabalmente dialéctico que hoy podríamos considerar una rareza pero que, sin duda, resulta particularmente efectivo. Además, el libro está escrito (como toda la obra de Lorenzo Peña) en un cuidado y expresivo castellano y con un estilo intencionadamente arcaizante.

Y, en fin, resulta igualmente singular que el autor del libro comenzara siendo un filósofo a secas (conocido sobre todo por sus estudios de lógica, por haber elaborado una lógica gradualista y paraconsistente a la que denominó “lógica transitiva”) para convertirse luego, en su etapa de madurez, en un entusiasta y prolífico filósofo del Derecho. Ese “reconocimiento” del valor no sólo práctico sino también teórico del Derecho contrasta vivamente con la actitud de menosprecio e ignorancia hacia la cultura jurídica que, en mi opinión, es un rasgo bastante común entre los filósofos españoles.

Todo lo anterior (y quizás alguna otra circunstancia) produce en el lector una impresión de extrañeza y de dificultad a la hora de enfrentarse con el libro y de hacerse un juicio de conjunto sobre el mismo; la academia, dígase lo que se diga, no promueve (yo diría que cada vez menos) la verdadera innovación, el ir contra corriente. Lorenzo Peña es agudamente consciente de ello, pero es obvio que ha escrito su libro con entera prescindencia de las modas intelectuales que rigen hoy en nuestras universidades, incluidos los departamentos de filosofía del Derecho. El resultado de su esfuerzo, en todo caso, es una obra de gran valor y que, inevitablemente, rompe con los esquemas que solemos manejar para caracterizar una determinada concepción del Derecho como la que él nos presenta. Como antes he dicho, el autor se califica a sí mismo de “jusnaturalista”, pero lo hace no sin algunos titubeos (por eso en ocasiones utiliza otras expresiones como “esencialismo jurídico” o “racionalismo jurídico”); aunque de lo que sí parece estar bien seguro es de que su concepción del Derecho es frontalmente no positivista, sin encajar tampoco dentro de lo que hoy se suele denominar “postpositivismo”. Mi opinión, sin embargo, es que se trata de una concepción del Derecho que asume, en efecto, un rasgo que bien puede atribuirse al iusnaturalismo: el esencialismo; pero que, al mismo tiempo, acepta lo que yo considero como el elemento más conspicuo del positivismo jurídico: la ideología de la separación y, en particular, la tesis de la separación entre el Derecho y la moral; y que tendencialmente habría que considerar como postpositivista. En lo que sigue, voy a tratar de desarrollar brevemente esos tres aspectos que caracterizan el pensamiento de Peña, para formular luego algunos comentarios (más bien críticos) al conjunto de la obra.

2.

Lorenzo Peña califica muchas veces su concepción del Derecho de “esencialista”, y aunque esta expresión podría entenderse de diversas maneras, lo que él parece querer expresar con ello –si yo le he entendido bien– es lo siguiente: No simplemente que existan ciertas propiedades o rasgos que caracterizan a lo jurídico de manera necesaria; si así fuera, también habría que considerar como esencialista la concepción de Kelsen (sin normatividad y sin coactividad no habría Derecho) o la de Hart (para que exista Derecho –o un sistema jurídico evolucionado– se necesita contar con dos tipos de normas: primarias y secundarias); y, en fin, la tradición –más

bien positivista- de lo que suele considerarse como conceptos básicos del Derecho también podría calificarse así, puesto que se trata de analizar aquellas nociones – esenciales- presentes en cualquier sistema jurídico. Sino que el esencialismo de Peña supone algo más, a saber, que el rasgo verdaderamente necesario –esencial- del Derecho no radica en la existencia de entidades (sean estas o no normas) creadas por seres humanos, sino en algo ajeno a la voluntad humana y que vendría dado por la “naturaleza”, entendida esta expresión en el sentido antes señalado; o sea, la esencia del Derecho sería la de “constituir una ordenación de la vida de los miembros de una sociedad en tanto en cuanto afecte a la convivencia y con un propósito no contingente, inmutable, indeclinable, que es el bien común” (p. 436).

Ese concepto de Derecho no satisface, por lo tanto, lo que suele considerarse como una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico: la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho o del carácter convencional del mismo (el Derecho es un producto de la voluntad de los seres humanos y, en ese sentido, no se le puede atribuir un carácter necesario, sino contingente: los sistemas jurídicos podrían ser distintos a como son). Para Lorenzo Peña (que asume aquí la definición de iusnaturalismo de Max Weber), hay normas que forman parte del Derecho, que valen, no “por provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes” (p. 25). Su concepción del Derecho es, por tanto, dualista; el Derecho no es solo el Derecho positivo, el Derecho puesto. Y, en tal sentido, entraña con toda la tradición iusnaturalista, empezando por la invocación de la Antígona de Sófocles (para desobedecer lo ordenado por Creonte) a las normas que se sitúan por encima de las de origen humano y que “no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron”.

Según Peña, ese contenido esencial de Derecho natural viene dado fundamentalmente por la “lógica nomológica”, por sus axiomas y sus reglas de inferencia, que están presentes en cualquier ordenamiento jurídico, esto es, valen en todos los sistemas jurídicos y tienen incluso un carácter eterno, puesto que son verdades necesarias. Para dar una idea a quien no haya leído la obra. Las reglas de inferencia son estas dos: la regla de equivalencia que “nos habilita a afectar por el mismo operador deóntico dos hechos que sean necesariamente equivalentes entre sí”; y la regla de presunción de libertad: “mientras no se demuestre la prohibición de una conducta, hay que presumir su licitud” (p. 99). Y entre los axiomas cabe citar: el principio de colicitud: lo que es lícito de manera singular, lo es también de manera conjunta (p. 100); una de las modalidades del principio de la consecuencia jurídica o del *modus ponens* deóntico: “si es obligatorio que sólo se realice A en la medida en que suceda B, entonces sólo es lícito A en tanto en cuanto suceda B” (p. 104); el principio deontico de subalternación preceptiva: “es preceptivo que, en la medida en que una conducta sea obligatoria, sea lícita” (p. 111); el principio de permisividad: “sólo son obligatorias aquellas conductas que sean permisiblemente obligatorias” y “son lícitas aquellas conductas que sean permisiblemente lícitas” (pp. 111-112); el principio de no impedimento o de no vulneración: “en la medida en que una conducta sea lícita, está prohibido impedirla” (pp. 115-116); el principio de la causa lícita: “los efectos causales de conductas lícitas son lícitos” (p. 118); y el fundamental principio del bien común o de la obligatoriedad del bien común (la “clave de bóveda del sistema”), que puede enunciarse de diversos modos, uno de los cuales es este: “es obligatorio que nada suceda salvo en tanto en cuanto se preserve el bien común” (p. 123).

Cualquier lector de este comentario se habrá dado cuenta de que lo anterior guarda cierto parecido con lo que Hart entendió por “contenido mínimo de Derecho natural” si bien, como sabemos, Hart no pretendía que sus principios tuvieran un carácter necesario (había que suponer su existencia sólo si se pensaba en un orden

jurídico con alguna permanencia en el tiempo y mientras los seres humanos poseyeran ciertos rasgos de carácter biológico o psicológico) y los principios poseían, por así decirlo, un mayor contenido empírico que los de Peña. Pero seguramente sean menos los lectores que vinculen los principios lógicos de Peña con una de las obras de García Maynez, de 1953, *Ontología formal del Derecho y su expresión simbólica*, y que podríamos considerar como precursora de esa lógica nomológica. El iusfilósofo mexicano atribuyó a sus principios un carácter puramente formal (no hay en su elenco nada parecido al principio del bien común), pero algunos de ellos vienen incluso a coincidir con los de Peña, y creo que ninguno resulta incompatible con los del iusfilósofo español².

Por lo demás, en la concepción de Lorenzo Peña (y para entender bien su esencialismo jurídico o iusnaturalismo) es fundamental la distinción que traza entre la esencia y la existencia del Derecho, por un lado, y lo que llama iusnaturalismo “sustractivo” y “aditivo”, por el otro.

En relación con lo primero, Peña considera que el Derecho es racional en su esencia (en su función de promover el bien común), pero la esencia puede entrar en contradicción con los ordenamientos jurídicos “realmente existentes”: “en el derecho positivo, esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del derecho; de ahí la necesidad de reconciliar la existencia del derecho con su esencia” (p. 43). Ahora bien, para llevar a cabo esa reconciliación, Peña distingue dos vías, que serán las del iusnaturalismo sustractivo y el iusnaturalismo aditivo, a las que cabe añadir una más, una combinación de las dos anteriores: “Mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo. Es aditivo aquel jusnaturalismo que adiciona a las normas del derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común). Es sustractivo el jusnaturalismo que sustrae de las normas de derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es mixto aquel jusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo” (pp. 64-5).

Pues bien, el que sea un iusnaturalismo esencialmente aditivo significa que el Derecho (nuestros Derechos) para Peña tiene(n) un carácter contradictorio: contiene(n) en sí (siempre, necesariamente) un elemento de racionalidad, de idealidad que, sin embargo, no siempre estará plasmado (o no del todo) en las normas establecidas por la autoridad. Ese Derecho natural –nos dice- que agrega a las normas del Derecho positivo las del Derecho natural (y genera –o puede generar- por lo tanto antinomias) “no suprime ni niega la vigencia y validez de la norma positiva jurídicamente defectuosa” sino que, simplemente, “la considera tendencialmente inexequible” (p. 429). De manera que el propósito político (el mensaje normativo dirigido a los juristas) que alienta en todo el libro de Peña, el de contribuir a mejorar el Derecho, viene a plasmarse en estos dos criterios: “en la medida de lo posible, interpretar siempre la norma positiva de manera que sea compatible con la norma suprapositiva”; “dar prevalencia a la norma suprapositiva cuando la conciencia jurídica lo autorice, o sea, cuando exista un consenso suficiente de los operadores jurídicos” (p. 428). A los que hay que agregar un nuevo criterio que se corresponde con el

² Pueden sintetizarse así: quien tiene un deber tiene el derecho de cumplirlo; lo que siendo derecho es al propio tiempo deber puede jurídicamente hacerse, pero no omitirse; no todo lo que es derecho es al propio tiempo deber; lo que siendo derecho no es al propio tiempo deber, puede libremente hacerse u omitirse; ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, prohibida y permitida; todo lo que no está prohibido está permitido; todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido; no todo lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente ordenado; lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse; todo derecho que no se agota en la facultad de cumplir un deber propio, puede libremente ejercitarse o no ejercitarse.

carácter “marginalmente sustractivo” de su iusnaturalismo. O sea, nuestro autor entiende que una norma (o un conjunto de normas) de Derecho positivo carece de validez (el jurista, por lo tanto, no debería tenerlas en cuenta, no tendría que aplicarlas) frente a uno de estos dos casos: 1) “el legislador incurre en una acumulación ilógica de preceptos conculcando así los axiomas de la lógica nomológica” (p. 256); 2) (un caso que Peña considera mucho más importante que el anterior) “el principio del bien común entr[a] en irreconciliable y frontal colisión, no con una norma o con varias, sino con todo el conjunto de prescripciones o con tantas partes sustanciales del mismo que ese conglomerado ya no [es] susceptible –ni siquiera estirando mucho– de interpretarse como un ordenamiento jurídico encaminado a fines de bien común” (p. 257).

3.

Lo señalado en el anterior apartado permite, sin duda, calificar la concepción de Lorenzo Peña de iusnaturalista. Él atribuye en ocasiones a su iusnaturalismo un carácter “cabal y recio” (p. 52) porque (a diferencia de lo que habrían hecho Finnis o Grisez) él no acepta que la razón práctica sea simplemente “paralela a la teórica e independiente de ella”; así, Peña no suscribe la tesis (asumida por los anteriores autores y que el español viene a considerar algo así como una concesión al positivismo jurídico) de la imposibilidad de derivar consecuencias axiológicas o normativas a partir de premisas fácticas: “La tesis de la presente obra es que, de la naturaleza misma de las relaciones sociales, emana (o emerge) la existencia de estados de cosas deónticos, ante todo la obligatoriedad de actuar para el bien común (...) eso significa que hay un tránsito válido del *es* al *debe*” (p. 390). Pero, por lo que se refiere a sus consecuencias prácticas, el iusnaturalismo de Peña, como hemos visto, es más bien cauto y moderado: no rechaza la posibilidad de hablar de Derecho injusto (normas que no realizan plenamente la esencia de lo jurídico), pero para él sólo el Derecho extraordinariamente injusto (que se apartara completamente del bien común) no sería ya Derecho.

En todo caso, como antes decía, Peña no suscribe la primera de las dos tesis con las que suele caracterizarse el positivismo jurídico (la de las fuentes sociales del Derecho, puesto que él reconoce que hay también un Derecho suprapositivo), y lo que puede resultar extraño es que, sin embargo, sí que acepte (y de manera considerablemente radical) la segunda, la de la separación entre el Derecho y la moral. Así, por poner algún ejemplo de su adhesión a la tesis, al final de la obra, Peña nos aclara que su concepción: “no funda el derecho en la moral. La esencia del derecho es el conjunto de axiomas, necesariamente verdaderos, del bien común, de exclusión de la arbitrariedad y de trabazón racional entre las normas y los hechos; son imperativos separados de la moral” (p. 439). Y algunas páginas antes, al plantearse la dificultad de si existe o no una moralidad objetiva, puede leerse lo siguiente: “En conclusión, fue un avance en la concepción moderna del derecho deslindar escrupulosamente el derecho de la moral. El derecho, lo que puede y debe institucionalizarse e imponerse –en última instancia, si es menester, coercitivamente–, ha de ser independiente de las opiniones morales, sean las de un individuo, las de un grupo o incluso las de la masa de la población. Esas opiniones morales a veces pueden venirle bien al derecho y otras veces venirle mal. Mezclar derecho y moral conduce a aberraciones como la de imponer jurídicamente pensar bien y prohibir opiniones o sentimientos moralmente repugnantes” (p. 314).

He hablado de extrañeza porque, curiosamente, la manera que tiene Peña de entender la relación entre el Derecho y la moral se asemeja mucho a la de uno de los más reconocidos positivistas jurídicos de los últimos tiempos, Luigi Ferrajoli. O sea, y para decirlo de manera muy concisa, para Ferrajoli (a diferencia de Peña) el Derecho

es un fenómeno exclusivamente autoritativo pero, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, las normas provenientes de la autoridad no son sólo las de carácter legal (e infralegal), sino también las constitucionales (que vendrían a ser lo equivalente al Derecho natural de Peña; Ferrajoli ha llegado a escribir que en el Derecho del Estado constitucional se produce una reconciliación entre las dos ideas de Derecho de las que son portadores Creonte y Antígona). Y eso hace que los dos iusfilósofos crean poder prescindir de la moral a la hora de identificar y de interpretar el Derecho, en mi opinión, básicamente por las mismas razones. Son estas dos. La primera es que ambos son más bien escépticos en cuanto a la posibilidad de hablar de moral objetiva: como resulta del fragmento que se acaba de reproducir, Peña entiende (al igual que Ferrajoli) que las opiniones morales no valen más allá del ámbito del individuo o del grupo que las emita, y por eso, nunca estaría justificado imponerlas a través del Derecho (pues ello podría significar imponerlas a quien no las acepta). Y la segunda, la más importante, es que los dos favorecen lo que podría denominarse como una actitud de “crítica interna” al Derecho: en el caso de Ferrajoli, la función del jurista (el teórico o el dogmático del Derecho) debería ser la de poner de manifiesto las lagunas dejadas por el legislador (al no desarrollar los derechos fundamentales de la Constitución) o las contradicciones en las que incurre (en relación con la normatividad constitucional); y en el de Peña, como hemos visto, el papel de la Constitución lo desempeñan sus axiomas de la lógica nomológica y, sobre todo, el principio del bien común. En ese sentido, cabría decir que la ventaja que Peña ve en su iusnaturalismo aditivo, la posibilidad de una crítica desde dentro del Derecho (“en el interior del terreno de juego” [p. 291]), lo sería en relación con el iusnaturalismo básicamente sustractivo o con cierto tipo de positivismo, pero no con el de un autor como Ferrajoli³. Es más, los paralelismos entre Peña y Ferrajoli podrían seguirse incluso más allá de lo que acabo de indicar: así, la distinción a la que antes se hizo referencia entre vigencia y validez, por un lado, y exequibilidad, por el otro, viene a corresponderse con la que Ferrajoli traza entre validez formal y validez sustantiva de las normas⁴; ambos son críticos en relación con el procedimiento de la ponderación tal y como lo presenta Alexy (p. 270) y renuentes al manejo de nociones valorativas como la de dignidad, que consideran más bien vacías de contenido⁵; los dos autores parecen haber construido una teoría dirigida fundamentalmente al legislador, más que al juez⁶; etcétera.

4.

El parecido entre las concepciones de Peña y de Ferrajoli llega, de todas formas, hasta donde llega. Ambos han construido una concepción dualista del Derecho (el

³ “El jurista de orientación jusnaturalista (al menos aquel que haya abrazado una orientación jusnaturalista acorde con el racionalismo nomológico) no formula tal crítica [al Derecho vigente] desde fuera del derecho, en el curso de una actividad ajena, como pensador político o moralista ni nada por el estilo. Realízala a fuer de jurista. Actúa como lo que es: un operador jurídico. La propia docencia e investigación del derecho también forman parte del quehacer jurídico” (p. 70).

⁴ “Para que una norma jurídico-natural sea exequible (o sea, para que legítimamente sea aplicable por el juez postergando normas positivas) no es menester ni que las normas jurídico-naturales anulen o invaliden a las positivas ni siquiera que posean superioridad jerárquica.

La condición necesaria y suficiente para la exequibilidad judicial de las normas juridiconaturales es que haya prendido la *opinio juris seu necessitatis* a favor de tales normas en la conciencia pública, particularmente en la conciencia de los operadores jurídicos (o de un amplio e influyente sector de los mismos) (p. 253). Una idea esta última que parece aproximarse mucho a lo que Alf Ross consideraba como una de las fuentes del Derecho: “la tradición de cultura”.

⁵ Segundo Peña, el sentido en el que se emplea “dignidad” en la Declaración Universal de 1948 es “totalmente antikantiano”, pero además se trata de un vocablo “de contenido semántico... etéreo y escurridizo” (p. 170). En otra ocasión, habla de “latiguillos posiblemente huecos, como los de autonomía y dignidad humana” (p. 244). Y, en fin, antes que de “dignidad humana”, Peña dice preferir “hablar del valor del ser humano” (p. 273, nota).

⁶ “De todos modos, los principios del derecho natural se dirigen más al legislador que al juez, puesto que la actuación legislativa no es un acto escueto de arbitraría voluntad” (p. 434).

Derecho está integrado por dos componentes: el suprapositivo y el positivo; el constitucional y el legal) y, en ese sentido, ambos se aproximan al postpositivismo. Pero, en mi opinión, la concepción de Peña es más tendencialmente postpositivista que la de Ferrajoli, porque este último está anclado en el positivismo jurídico de manera firme, quiero decir, Ferrajoli sólo ve el lado autoritativo del Derecho, mientras que Peña reconoce también plenamente su carácter valorativo, si bien en una forma que, en mi opinión, no resulta completamente satisfactoria. Luego me referiré a esto último, pero antes querría decir algo sobre el postpositivismo de Peña. Y es lo siguiente. Su crítica al postpositivismo y el alejamiento que muestra en su obra en relación con esta concepción del Derecho se debe, en mi opinión, a estas dos razones. La primera es que la noción que maneja de postpositivismo resulta, a mi juicio, inadecuada: el postpositivismo no es lo que él piensa que es. Y la segunda razón es la que ya antes he mencionado: que Peña no ha logrado desprenderse completamente del positivismo jurídico, como lo muestra su tesis de la separación entre el Derecho y la moral.

En diversos momentos de la obra, Peña contrapone su concepción a lo que entiende por “postpositivismo” y hace algunas referencias a dos de sus más conspicuos representantes: Alexy y Dworkin, si bien, de manera un tanto sorprendente, los otros dos grandes nombres de esa corriente (al menos en mi opinión), Nino y MacCormick, están completamente ausentes (como, por otro lado, lo está también Ferrajoli). Y aunque no exista una caracterización muy precisa de lo que sería el postpositivismo según Lorenzo Peña, la idea central que él parece tener al respecto es la de que se trata de un nuevo tipo de positivismo, de un “positivismo afinado” (p. 15): “Estas [las corrientes llamadas “postpositivistas”], sin renunciar en absoluto a lo esencial del positivismo jurídico (la tesis de que no hay más derecho que el positivo, o sea, de que la única fuente del derecho es la emanación de una autoridad), a la vez que se mantienen firmísimas en cualquier rechazo a todo lo que sea o parezca un retorno al derecho natural, quieren paliar algunos de los inconvenientes del positivismo estricto mediante un recurso a la moral” (p. 30).

Bueno, las cosas, en mi opinión, no son así. He escrito algunos trabajos tratando de precisar qué es lo que habría que entender por “postpositivismo” (y por qué esa es una corriente que nada –o muy poco- tiene que ver con lo que se acostumbra a llamar “neoconstitucionalismo”: en mi opinión una expresión esta última absolutamente confundente con la que se pretende designar un concepto, simplemente, mal construido: la denotación y la connotación del mismo van por caminos distintos), pero no voy a entrar aquí en esa cuestión. Me limito a señalar que la característica central de esa concepción del Derecho (una característica que se puede formular de diversas maneras) es precisamente la de negar que el Derecho pueda verse exclusivamente como un conjunto de normas emanadas de una autoridad. Para el postpositivismo, el Derecho, fundamentalmente, es una práctica social orientada al logro de ciertos fines y valores. Es una actividad (no un objeto, una cosa) y, por ello, su “esencia”, si se quiere utilizar esa expresión, radica en su función. O sea, la misma idea de Derecho defendida por Peña e introducida en el debate jurídico hace aproximadamente un siglo y medio por Rudolf von Ihering, un autor (positivista) también ausente en el libro de Peña, y al que yo considero como el precursor del postpositivismo. Lo que Peña escribe en el capítulo de *Conclusión de Visión lógica del derecho*, recapitulando lo que él considera como “la cuestión básica”, podría haber sido escrito perfectamente por el alemán (aunque este último hablaba de “las condiciones de vida de la sociedad”, en lugar de “el bien común”): “Es la función [el postulado del bien común] sin la cual carece de sentido que haya un ordenamiento. El derecho es esencialmente funcional; igual que les sucede al arte náutico, a la ingeniería, a la medicina, a la arquitectura o al arte bélico” (p.430).

Y, por lo que se refiere a la separación entre el Derecho y la moral, tampoco me es posible entrar aquí a discutir una cuestión tan compleja, de manera que no tengo más remedio que incurrir en cierto dogmatismo y limitarme a hacer algunas afirmaciones abruptas (que, creo, podrían verse atemperadas con la lectura de mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*, en donde he elaborado con cierto detalle lo que aquí voy a decir). Me limito, pues, a afirmar lo siguiente: La moral, para los postpositivistas, está, por un lado, fuera del Derecho (hay instituciones jurídicas injustas, contrarias a la moral; y hay cuestiones de moral personal que no afectan –no deben afectar– al Derecho⁷), pero también hay una moral interna al Derecho, que forma parte del Derecho, y juega un papel esencial en las tareas de identificación e interpretación del mismo: por eso no se puede separar de manera radical –ni desde el punto de vista del contenido ni desde el metodológico– el Derecho de la moral. La existencia de una *continuidad* entre el Derecho y la moral (puesta en cuestión por Peña: p. 312) es un hecho perfectamente explicable: la moral (la moral pública) es también una práctica social⁸, cuyos fines y valores coinciden en parte con los del Derecho: cuando se ve el Derecho como una actividad y no simplemente como un conjunto de normas, se aclara mucho el problema de la separación y de la conexión (que en ambos casos tiene un carácter *necesario*) entre el Derecho y la moral. La existencia, al lado de la moral positiva, de la moral crítica, justificada, es una necesidad para dar cuenta de la práctica del Derecho (por ejemplo, de la práctica de la motivación de sus decisiones por parte de los órganos públicos) y resulta sorprendente que esa objetividad resulte cuestionada por alguien que sí reconoce un valor objetivo (o incluso más que objetivo) al postulado del bien común. Y, en fin, los postpositivistas defienden la unidad de la razón práctica (a la que Peña se opone radicalmente: pp. 332-333), pero no se trata con ello de afirmar que lo correcto (lo bueno) jurídicamente sea equivalente a lo correcto moral o que la corrección jurídica sea un tipo de corrección moral; en mi opinión, como debe entenderse esa tesis es en el sentido de que el razonamiento justificativo de un juez o de un legislador descansa en último término en la moral (aunque la moral, en ocasiones, puede justificar la toma de una decisión no basada en lo que serían “las mejores razones morales consideradas en abstracto”).

5.

Voy a formular ahora un juicio de conjunto de la obra (apoyándome en buena medida en todo lo anterior) que, para facilitar la discusión, articularé en una serie de puntos. Tendré que hacerlo de manera muy escueta, pero espero que lo que sigue resulte comprensible para el lector.

1) El núcleo de la obra de Lorenzo Peña, en mi opinión, no reside en la defensa de un tipo peculiar de iusnaturalismo, sino en haber elaborado una concepción del Derecho que combina elementos del iusnaturalismo, del positivismo jurídico y del postpositivismo.

2) La parte iusnaturalista de la misma (el esencialismo jurídico) supone una crítica que puede considerarse justificada frente a quienes sostienen que el Derecho es puramente producto de la voluntad de seres humanos. Pero esa crítica, a mi juicio, va demasiado lejos, en el sentido de que le lleva a Peña a situar el Derecho no tanto (o no solo) en el terreno de lo social y de lo histórico (en el que, sin duda, hay muchos componentes que no son de carácter voluntario o convencional) sino (o también) en

⁷ Es por ello un error pensar que la idea de que existe una moral objetiva tiene las consecuencias negativas a las que se refiere Peña.

⁸ Pero Peña considera que “Si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa “ética pública” –sea lo que fuere–, entonces es derecho natural. Si no es jurídicamente vinculante, si solo constriñe en otro ámbito, trátase de un orden normativo disjunto del derecho” (p. 317)

el de la metafísica. En este punto, yo diría que la visión del Derecho de Peña (como se sugiere, por otro lado, en el título de su libro) es más bien la de un lógico (que de alguna forma parte de que la lógica y el Derecho pertenecen a una misma región ontológica) que la de un jurista involucrado en la experiencia jurídica. Así, es posible que tenga sentido hablar de “platonismo matemático” y que “no se pued[a] comprender la matemática sin postular esencias eternas, entes supraindividuales transempíricos que descubrimos por la razón”; pero hablar de “platonismo jurídico”, o sea, que sea imposible “habérselas con el derecho sin postular una inmutable esencia transempírica del mismo, a saber: el derecho-en-sí, el cual engloba, además de la finalidad o función del derecho, también las pautas esenciales de su trabazón racional o lógica” (p. 438), me parece, como decía, llevar las cosas demasiado lejos. O, si se quiere decirlo de otra manera, los problemas que tiene que resolver un jurista son de naturaleza muy diferente a los que se enfrentan los matemáticos o los lógicos (aunque, por supuesto, en los problemas jurídicos haya siempre un componente lógico).

3) La llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho me parece justificada si se entiende en el sentido de que el Derecho es un fenómeno social e histórico, o sea, que no es algo natural, sino artificial, parte de la cultura. Pero no es una tesis aceptable si lo que quiere decirse con la misma es que el Derecho es puramente convencional, o sea, que puede reducirse a un conjunto de normas establecidas por la autoridad. Esta última es la interpretación que los positivistas suelen hacer de esa tesis, y a la que se opone Peña en su libro y también los postpositivistas; para estos últimos, como es bien sabido, el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios (que pueden ser explícitos o implícitos), o sea, hay normas que el jurista encuentra dentro del Derecho y que no han sido puestas por ninguna autoridad, aunque ese Derecho implícito tenga un límite en lo establecido por la autoridad (el Derecho implícito tiene que ser coherente con el Derecho explícitamente establecido). La apelación de Peña al Derecho *natural* parece significar, en principio, que él no reconocería ni siquiera ese límite (la referencia a la autoridad parecería serlo a un elemento de artificiosidad que se opondría a la esencia –a la naturaleza- del Derecho), pero ya hemos visto que las consecuencias prácticas del iusnaturalismo fundamentalmente aditivo de Peña no difieren en realidad gran cosa (o no difieren en absoluto) de las que suscribiría un postpositivista. Lo que antes (al final del punto 1) señalaba como criterios normativos dirigidos a los juristas (él sí que hace “exhortaciones” a los juristas, diga lo que diga [vid. p. 333]) es aproximadamente lo mismo que se contiene en la famosa “cláusula de Radbruch”; algo que resulta perfectamente aceptable para un postpositivista (recuérdese que Alexy apoyó su uso por parte de tribunales alemanes en relación con los llamados “tiradores del muro”), pero un recurso que no es necesario utilizar (este punto me parece que es muy importante resaltarlo) en los Derechos del Estado constitucional, puesto que el principio en cuestión (“lo extraordinariamente injusto no es Derecho”) forma simplemente parte de nuestros ordenamientos jurídicos. A mí me gusta señalar el paralelismo que existe entre la frase de Ernst Bloch de que la escuela histórica (una de las primeras direcciones positivistas) “crucificó al Derecho natural en la cruz de la historia” (que aparece en diversos escritos de González Vicén al explicar el paso del Derecho natural al positivismo jurídico) con lo que hoy cabría decir a favor de una concepción postpositivista (y constitucionalista) del Derecho: “el constitucionalismo contemporáneo crucificó al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”.

4) El haber (relativamente) postergado la naturaleza social e histórica del Derecho tiene algunas consecuencias en la obra de Peña que a mí me parecen negativas. Quiero decir, al fijar la esencia del Derecho en un rasgo que las sociedades humanas comparten con otras especies animales, el foco no se pone en el conflicto social (o en cierto tipo de conflicto social) que es lo que históricamente ha dado lugar a la

existencia de sistemas jurídicos. Pero esto supone, en mi opinión, un error de perspectiva. Y no es que a mí me parezca inaceptable lo que Peña dice sobre los derechos de los animales (en términos generales comparto sus tesis) o que rechace expresiones del tipo de “el bien común de un hormiguero” (p. 384) (puede ser un uso metafórico comprensible de la expresión “bien común”). Soy muy consciente también de que, aunque Peña piensa que “las normas jurídiconaturales” no son exclusivas de las sociedades humanas, sin embargo, él no deja de establecer diferencias entre las diversas especies animales y establece una clara jerarquía en favor de la nuestra, de los seres humanos. El problema es que ese cambio de perspectiva supone una visión del Derecho que resulta inaceptable, si es que queremos construir un concepto de Derecho que esté razonablemente próximo a lo que usualmente (los juristas, los científicos sociales, etc.) entienden por Derecho. Y, en ese sentido, creo que puede hablarse de un consenso en la antropología social (o jurídica) que reconoce la existencia de sociedades humanas organizadas en forma no jurídica, o sea, el Derecho, lo que normalmente entendemos por tal, surge en un cierto momento de la evolución de las sociedades, está ligado a cierto tipo de conflicto que no se da en cualquier tipo de sociedad, y ni siquiera en cualquier tipo de sociedad humana. El planteamiento de Peña lleva por ello, yo creo, a una visión idealizada de lo jurídico, precisamente porque desconoce el anclaje histórico y social (humano) del Derecho. El Derecho, en definitiva, no “existe necesariamente mientras exista una sociedad de animales con características como las de los seres humanos”⁹; no es cierto el proverbio romano de que “ubi societas ibi ius”.

5) La visión “excesivamente” lógica que del Derecho tiene Peña le lleva también, en mi opinión, a situarse en ocasiones en un plano demasiado abstracto, lo que ha acarreado el desenfoque de algunas cuestiones.

Por ejemplo, yo creo que él da una importancia excesiva a lo que llama “lógica nomológica” y a sus axiomas a la hora de construir una visión general del Derecho, de la práctica jurídica¹⁰. No digo que carezca de interés para el jurista, pero el manejo de problemas jurídicos exige usualmente contar con principios mucho menos abstractos y que puedan resultar operativos. Es sintomático, yo creo, que cuando (como veíamos antes) Peña se plantea la eventualidad de que un sistema jurídico vulnere alguno de los axiomas de la lógica nomológica, no pueda poner ningún ejemplo tomado de la experiencia jurídica (los suyos son ejemplos imaginarios); y por lo que se refiere a la noción (clave) de bien común, yo creo que la misma necesita de un análisis también en términos menos abstractos y que eso es algo, además, que no puede hacerse sin recurrir a la filosofía moral, o sea, sin cuestionar la separación entre el Derecho y la moral¹¹.

Y me parece que también incurre en un desenfoque de este tipo cuando critica, por innecesaria, la categoría hohfeldiana de “privilege”. Es un tema que sale recurrentemente en el libro y que es abordado en términos yo creo que excesivamente abstractos y que, por ello, no captan el sentido que la categoría tiene en Hohfeld; pues la perspectiva desde la que este último escribe no es para nada la de un lógico, sino la de un jurista que trata de construir categorías adecuadas para habérselas con problemas jurídicos reales. De manera que en lo que Hohfeld estaba pensando no

⁹ “Aunque el derecho positivo de tal o cual sociedad es fruto contingente de la historia y de las circunstancias, el derecho existe necesariamente mientras exista una sociedad de animales con características como las de los seres humanos (cada uno de los cuales tiene su propio entendimiento y su propia voluntad)”.

¹⁰ Y téngase en cuenta que Peña considera –en mi opinión acertadamente– que la teoría o filosofía del Derecho en cierto modo también forma parte del Derecho.

¹¹ Peña considera que “el bien común es mucho más concreto que la justicia” (p. 291), pero yo no veo que eso quede demostrado en su obra.

era en banalidades (a las que tan aficionados son ciertos iusfilósofos analíticos; no, por cierto, Lorenzo Peña) del tipo de que uno es libre de sentarse en un banco de un parque siempre y cuando esté vacío, o cosas por el estilo; de lo que quería dar cuenta Hohfeld era del tipo de relación que se establece, por ejemplo en un interrogatorio cruzado, entre el abogado de una parte y el testigo o el abogado de la otra parte; en la traducción que hizo Carrión de ese texto ponía, como ilustración de la idea, la situación en la que se encuentran dos púgiles en un combate de boxeo: cada uno es *libre* de golpear al otro (respetando ciertas reglas), pero ninguno de los dos boxeadores tiene el *deber* de dejarse golpear o de contribuir a satisfacer el *derecho* del otro. Es un tipo de relación que difiere mucho de la que se entabla, pongamos, entre el individuo que tiene *derecho* a una cierta prestación de salud y el sanitario (o la Administración) que tiene el *deber* de proveérsela; y esa es la razón por la que, en mi opinión, está justificado introducir esa categoría con la que, por lo demás, los juristas de nuestro ámbito no suelen contar.

6) Lo que a mí me parece más cuestionable (en parte, por lo extraño que resulta) de los planteamientos de su libro es el que tiene que ver con la separación tajante que establece entre el Derecho y la moral, y al que ya antes me he referido.

Yo creo que esa es la tesis del positivismo jurídico que resulta más cuestionable (la otra, como antes indicaba, puede ser interpretada en una forma satisfactoria), y quizás también la más característica de esa concepción del Derecho: el empeño por trazar límites estrictos entre las diversas dimensiones del mundo (en nuestro caso, del mundo social), olvidándose de que la realidad está hecha también de continuidades. Y digo que esto resulta particularmente extraño que lo sostenga alguien como Lorenzo Peña que ha construido una lógica gradualista y que concibe además “las relaciones lógicas como relaciones entre las situaciones, o sea, como relaciones ontológicas” (p. 300). Y alguien que, como hemos visto, no niega la posibilidad de pasar lógicamente del ser al deber ser y que entiende (también como los postpositivistas) que “el derecho que es no es independiente del derecho que debe ser” (p. 318). Ya sé que a lo anterior añade: “mas ese *deber* es jurídico no moral”, pero supongo que a cualquier lector ha de resultarle extraño que, si cabe pasar del ser al deber ser, resulte sin embargo imposible el paso de un deber ser a otro deber ser, o sea, que lo que justifica en último término el deber ser jurídico sea el deber ser moral.

Supongo que a lo anterior (a la extrañeza que acabo de mostrar) puede replicarse simplemente recordando la forma como Peña concibe la ética (o la moral: él usa los dos términos como sinónimos): como un conjunto de normas cuya base no es otra que la conciencia personal (la de cada individuo o cada grupo) y que, por tanto, no estaría en condiciones de ofrecer criterios objetivos (claros y vinculantes) de orientación. Pero esto no hace más que llevarnos, en mi opinión, a una nueva extrañeza: ¿Por qué la moral no alcanza para más y, sin embargo, el Derecho natural sí que es capaz de establecer esas normas objetivamente vinculantes?¹² Y la única respuesta que se me ocurre, que podría explicar esa actitud de Peña, es la necesidad de ser coherente con una de las tesis anteriores: la que basa el Derecho (y el Derecho natural) en un rasgo que compartimos con otras especies animales, mientras que la ética sí que sería una realidad exclusivamente humana. Pero si es así, entonces eso

¹² Y no vale tampoco pensar que el Derecho natural viene a ser una parte de la moral (de la moral pública): “si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa ‘ética pública’ –sea esta lo que fuere, entonces es derecho natural. Si no es jurídicamente vinculante, si sólo constricta en otro ámbito, trátase de un orden normativo disjunto del derecho” (p. 317, nota). O sea, la ética y el Derecho, en opinión de Lorenzo Peña, están condenados a llevar vidas separadas.

constituiría, en mi opinión, una razón más para abandonar el esencialismo jurídico que él defiende.

7) La lectura de las obras de quienes nadan contra corriente puede ser de gran valor porque nos permiten darnos cuenta de aspectos de la realidad (de la realidad del Derecho o de las teorizaciones existentes sobre el Derecho) en las que no habíamos reparado hasta entonces. En ese sentido, es muchísimo lo que uno puede aprender (lo que yo he aprendido) con la lectura reflexiva de este libro. Pero hay también un riesgo en ese tipo de pensamiento: el de tender a exagerar algunos de esos elementos, o a prescindir de algunos datos “incómodos”, como forma de defender una tesis que se sabe heterodoxa. Así, me parece que Peña tiene razón al señalar que hay mucha más continuidad de lo que suele pensarse entre el iusnaturalismo de Tomás de Aquino y de los autores de la escuela española, por un lado, y el llamado “Derecho natural racionalista”, por el otro; pero parece algo exagerado contraponer a Locke, como defensor de la esclavitud (y que se lucró con ella), a Tomás de Aquino, que la habría condenado (p. 166). No sé en qué basa Peña su afirmación, pero lo que yo tengo entendido es que Tomás de Aquino sí que defendió la esclavitud, aunque no considerara que fuera una institución de Derecho natural primario, sino secundario. También me parece inexacta su apreciación de que el fundamento ontológico del Derecho natural que él defiende va en la misma línea que el de Fuller, solo que a este último le habría faltado algo: “Solo le faltaba dar ese paso ulterior de comprender que no basta regular la conducta humana en general, sino que tiene que ser con vistas a un fin” (p. 241). Fuller sí que dio ese paso (está muy bien explicado en el libro que le dedicó Robert Summers) que, por otro lado, ya había dado con mucha anterioridad Ihering. No creo que tenga razón en las apreciaciones negativas que hace (antes me he referido a ellas) en relación con el concepto de dignidad humana (el fundamento, según opinión muy extendida, de los derechos humanos) y dirigidas, claro está, contra la filosofía moral kantiana que usualmente se contrapone a la de raíz tomista. Y, en fin, sorprende su insistencia en considerar que la prohibición de la tortura tiene un carácter absoluto, que incluso una “tortura leve sigue siendo tortura” (p.272)¹³, pero, sin embargo, sí que está dispuesto a aceptar “que la esclavitud antigua estuvo –al menos en alguna medida- justificada por su necesidad para la utilidad pública” (p. 268). ¿Habrá que concluir entonces que Espartaco actuó mal al encabezar una rebelión de esclavos? ¿O quizás actuó bien moralmente, pero en contra del Derecho natural (del bien común)? Y, en fin, ¿cómo es posible que la noción de bien común sea, en su opinión, mucho más concreta que la de la justicia cuando existen semejantes disparidades a la hora de interpretar ese concepto?; ¿qué explicación podría dar Lorenzo Peña al hecho de que quienes en nuestros días más reivindican el bien común (el iusnaturalismo de raíz tomista) defiendan en la práctica posiciones que se alejan de manera bastante radical de cómo él interpreta el bien común?

8) Finalmente, me gustaría aclarar que la perspectiva desde la que estoy haciendo estas consideraciones es la de un postpositivismo que se sitúa básicamente en la línea abierta por los autores antes mencionados (Dworkin, Alexy, Nino y MacCormick), pero que se aparta algo de ellos en estos cuatro puntos: su concepción de la moral está excesivamente escorada hacia el individualismo y eso plantea dificultades en relación con el peso dado a los derechos sociales; las teorías del Derecho que han construido no toman suficientemente en cuenta el saber social disponible; propenden a una visión un tanto idealizada del Derecho; sus concepciones del Derecho y de la filosofía del Derecho no están adecuadamente orientadas hacia la transformación social. Como varias veces he dicho en las anteriores líneas, la obra

¹³ O sea, que la tortura (causar dolor para obtener una información) nunca podría integrar un caso de legítima defensa o estado de necesidad (por ejemplo, un acto de tortura leve para conseguir salvar la vida de muchos inocentes).

de Lorenzo Peña puede considerarse también que se sitúa tendencialmente en el postpositivismo. Y aporta además elementos que podrían contribuir a desarrollar esa concepción en el sentido que acabo de indicar. A mí me parece, por ejemplo, muy oportuna la clasificación que propone de los derechos humanos en derechos de bienestar y derechos de libertad, ambos basados en la noción de bien común que, en mi opinión, no es otra cosa que una manera de entender la justicia. Y en esa idea de justicia, yo también estoy de acuerdo con él en que, al lado de los valores de imparcialidad y neutralidad (vinculados con el individualismo) (vid. pp. 284-5), habría que poner también (o darle más peso) al elemento social o colectivo: llámesele bien común, intereses generales o como se quiera.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4363>

¿A qué podemos aspirar razonablemente? La libertad migratoria según Lorenzo Peña

1. Introducción

Como es sabido, Immanuel Kant resumió los problemas centrales de la filosofía en tres escuetas preguntas: “¿Qué puedo saber?”, “¿qué debo hacer?” y “¿qué puedo esperar?”. La primera hace referencia al uso teórico de la razón en su búsqueda del conocimiento; la segunda cuestión invoca el uso de la razón como guía de la acción a través de los principios morales y políticos. La tercera surge a partir de la suma de ambos usos de la razón: dados los requerimientos que demanda la moralidad, y dado lo que sabemos acerca de cómo puede funcionar la causalidad natural, ¿a qué tipo de “mundo” podemos razonablemente aspirar? Esta tercera cuestión no solo implica preguntarse ¿qué nos cabe razonablemente esperar?, sino ¿hacia dónde cabe razonablemente dirigir nuestros esfuerzos para su consecución? (Kant, 1989, A805-B833).

En este trabajo me gustaría discutir la visión que ofrece el profesor Lorenzo Peña sobre los derechos humanos, tanto en su nuevo libro *Visión lógica del Derecho. Una defensa del racionalismo jurídico* (Peña, 2017), como en la tesis doctoral *Idea Iuris Logica* (Peña, 2015) que le sirve de prolegómeno. El libro consiste, de hecho, en los “resultados y conclusiones” de la tesis (“Las justas nupcias de la lógica y el Derecho”) más una extensa segunda parte donde el autor contesta o trata de solucionar las múltiples cuestiones que ha generado la presentación de esta obra ante algunos de los miembros más representativos de la actual comunidad académica hispana de filosofía del derecho. En ambos trabajos, el autor defiende la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, por oposición a la doctrina del positivismo jurídico que, según él, “no puede en absoluto fundar los derechos humanos” (Peña, 2015, p. 299; 2017, p. 162), puesto que se caracteriza por afirmar la no existencia del derecho natural, es decir, de cualquier “sistema de normas de conducta que fijen comportamientos lícitos e ilícitos sin necesidad de haber sido promulgadas por ningún legislador humano” (Peña, 2015, p. 300).

Según el autor, los derechos humanos son “reclamaciones esenciales para la vida humana que al individuo le es lícito reclamar [...] y que a la sociedad le es ilícito

rehusar" (Peña, 2015, p. 298). En cuanto a la lista específica de derechos humanos, Peña reconoce que dependerá de las circunstancias de cada época, aunque expresa su insatisfacción con la tendencia actual a incrementar el número de derechos ("no todo derecho es un derecho humano"), puesto que se corre el riesgo de "diluir la noción y de esencializar lo accidental" (Peña, 2015, p. 299). Sin embargo, en el monográfico de la tesis se habla de un "derecho de radicación y naturalización" como un derecho humano, y en el libro se elabora una larga lista de prohibiciones ilegítimas de la libertad natural del hombre ("nuestro derecho a ser y vivir libres"), sin que ni aquel derecho ni estas prohibiciones a la libertad (o inmunidades) se encuentren reconocidas en la lista "oficial" de la Declaración Universal de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966. En realidad, la fundamentación iusnaturalista que sostiene Peña de los derechos humanos hace que la positivización (en tratados internacionales, constituciones o leyes ordinarias) no tenga, para él, nada que ver con la vigencia jurídica de estos derechos (Peña, 2015, p. 299-230). Para nuestro autor, el reconocimiento de los derechos es una cuestión de pura lógica deóntica a partir de unas determinadas premisas (o situaciones) fácticas y jurídicas sobre las que cabe esperar una aceptación casi unánime. Las normas del derecho natural son premisas o situaciones jurídicas deducibles, también a través de dicha lógica, del principio jurídico-natural supremo, que el autor identifica con el principio del bien común (Peña, 2017, p. 192).

Mi trabajo se divide en tres partes. Empezaré con una breve descripción de la concepción de los derechos humanos que sostiene el profesor Peña, señalando por qué creo que una concepción basada en el derecho natural no nos ofrece una idea adecuada de hacia dónde deberíamos orientar nuestros anhelos y esfuerzos en la protección y fomento de los derechos humanos. A continuación, elaboro sucintamente algunas de las nociones clave de una concepción "práctica" o "política" de los derechos humanos; al igual que la concepción "iusnaturalista", una concepción "práctica" no tiene su fundamento en una visión "positivista" del derecho (o "voluntarista" del estado); sin embargo, a diferencia de la concepción de Peña, la concepción "práctica" considera la incorporación de los derechos fundamentales a los sistemas jurídicos (así como la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos) como una condición necesaria, aunque no suficiente, de su vigencia como normas jurídicas. Para terminar, la última parte estará dedicada a la discusión sobre si cabe considerar el "derecho a incorporarse a una población extranjera" como un derecho fundamental que los estados deberían garantizar a todos los individuos sin discriminación alguna por razón de sus condiciones personales o sociales, como son, por ejemplo, el nacimiento o el origen familiar.

2. La idea de Lorenzo Peña de los derechos humanos

Según el autor, el fundamento último de un régimen de libertades (es decir, del gobierno de la mayoría bajo un sistema de protección de derechos individuales básicos) no reside en esas mismas libertades (y en sus valores conexos) tal y como vienen reflejadas en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos, sino en un principio aún más fundamental del que procedería la fuerza normativa de los derechos individuales. Este principio último es "el principio jurídico-natural del bien común", "que emana solo de la esencia misma del derecho y de la naturaleza del ser humano" (Peña, 2017, p. 162). Para el autor, el principio del bien común es la justificación última de la autoridad política y la razón de ser de los sistemas jurídicos. Bajo este enfoque, los derechos humanos se derivan del "precepto de derecho natural" según el cual "todos tienen derecho a participar del bien común y obligación de contribuir al mismo"; este precepto, por ser de derecho natural, está en vigor en cualquier sistema jurídico, "háyalo reconocido el legislador o no" (Peña, 2015, p. 305). De la vigencia jurídica del principio del bien común el autor infiere la vigencia

jurídica de los derechos humanos. Estos derechos son “corolarios del axioma del bien común, puesto que ese bien común solo existe en la medida en que lo posean, colectiva o conjuntamente, todos los miembros de la sociedad y disfruten de él, asimismo, todos ellos” (Peña, 2017, p. 161). Con ello, el autor se sitúa en la órbita de lo que podríamos denominar la tradición filosófica “clásica” del derecho natural, es decir, antes de Kant.

Toda mi argumentación crítica sobre la concepción del profesor Peña partirá de la presunción (que el autor rechaza, véase Peña, 2017, p. 166) según la cual, al menos desde Kant (algunos dirían que desde Rousseau), la razón práctica (donde incluiríamos la ética y el derecho) no se basa en la causalidad natural, sino que se define como la “causalidad de la libertad”, es decir, como la construcción de un orden “racional” (humano de los pies a la cabeza) en un “mundo” que, considerado “en sí mismo”, nos es total y dramáticamente desconocido (la realidad “nouménica” o “lo incondicionado”). Según este enfoque, el derecho (entendido como orden jurídico) forma parte de la razón práctica y, al igual que la moral, no se fundamenta en nuestro conocimiento (empírico o metafísico) de la naturaleza, sino en unos principios regulativos obligatorios que nos permiten orientar nuestra acción personal y colectiva. Bajo esta perspectiva, las normas de los derechos humanos representan los criterios de justificación fundamentales de la acción de los poderes públicos en el trato que reciben los individuos que viven bajo su gobierno. Al igual que los “reclamos del bien común” o los “principios de la justicia”, los derechos humanos no se siguen de nuestro conocimiento del mundo (empírico o metafísico), sino de un compromiso moral con la igualdad de consideración y respeto. Dicho brevemente, la única razón para obedecer a los dictados de la moral es una razón moral; igual que la única razón (genuina) para aceptar la autoridad del derecho es una razón jurídica.

A mi juicio, la supuesta demostración histórica de las raíces iusnaturalistas de los derechos humanos no tiene mayor alcance que evidenciar la idea de que los derechos humanos no cayeron del cielo. Es cierto que la fundamentación conceptual de los derechos humanos en el derecho natural nos demuestra (en el mejor de los casos) que hay buenas razones para defender el disfrute universal de los derechos humanos. Sin embargo, un enfoque iusnaturalista tiende a ignorar lo que podríamos llamar la “responsabilidad institucional”, es decir, el conjunto de razones y circunstancias que deberíamos tener en cuenta para asignar responsabilidades institucionales globalmente sobre los derechos humanos. La pregunta interesante en este terreno es, a mi juicio, hasta qué punto la idea heredada del derecho natural metafísico nos sirve para comprender y mejorar la práctica internacional contemporánea de los derechos humanos. En este sentido, los autores que han defendido una concepción “práctica” o “política” de los derechos humanos (Rawls, 1999; Beitz, 2003; Cohen, 2004; Lafont, 2010; Iglesias, 2017) coinciden en afirmar que tales derechos no equivalen a los derechos naturales que todo ser humano tendría por el mero hecho de serlo y, por tanto, vinculados a un estado preinstitucional del ser humano. Este enfoque “práctico” es el que emplearé al final de este artículo para discutir la existencia de un “derecho humano a incorporarse a una población extranjera”.

La concepción “práctica” comparte con la concepción “racionalista” de Peña un tramo importante: se basa en una visión del derecho no positivista, es decir, no basada en la voluntad o intención del legislador/estado/pueblo. Para la concepción “práctica”, la autoridad jurídica de los derechos humanos no radica exclusivamente en la autorización del órgano y procedimiento por los que fueron incorporados al sistema jurídico (mediante la firma y ratificación de un tratado internacional, o mediante la aprobación de una constitución o de una ley ordinaria de derechos humanos). Sin embargo, la concepción “práctica” sí otorga una importancia decisiva

a la positivización de los derechos humanos. Para esta concepción, los derechos humanos carecen de existencia jurídica con anterioridad a dicha positivización; lo cual no significa presuponer una concepción “positivista” del derecho. Una vez incorporados al sistema jurídico, la autoridad de las normas de derechos humanos no deriva únicamente de este hecho, sino también de su consistencia o compatibilidad con las exigencias morales que traen consigo los derechos fundamentales.

¿Por qué el autor rechaza un fundamento “moral” de los derechos humanos? Según Peña, la fundamentación moral implica la invocación de la conciencia subjetiva, un ámbito en el que reina el mayor de los desacuerdos (“cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextricables”), y en donde se incluyen actos de la vida humana relativos a la vida íntima de las personas que poco o nada tienen que ver con el bien común (Peña, 2017, p. 191). Frente al reino de la subjetividad, el autor defiende la presunta objetividad de la lógica deóntica a partir de premisas casi unánimemente aceptadas. Ahora bien, la presunción de objetividad de las exigencias del bien común no puede probarse de manera incontrovertida por medio de la experiencia. Y si esto es así, ¿no deberíamos entender el principio del bien común como un principio de contenido “regulativo”, es decir, un principio de carácter práctico (“actúa siempre para el mayor provecho del bien común”, por ejemplo) que carece de ninguna base empírica que nos permita afirmar su existencia objetiva? A mi modo de ver, esos principios regulativos cuyo contenido específico no cabe determinar empíricamente (más bien al contrario, la experiencia nos daría sobrados ejemplos de su escasa vigencia efectiva) son los compromisos o valores morales con los que orientamos nuestro esfuerzo por ordenar el “mundo”, en la medida en que nos permiten los imponentes (o, como diría Kant, lo “incondicionado”).

El mismo problema se reproduce en la cuestión de las “lagunas” del derecho, cuando nos preguntamos si la interpretación jurídica es “constitutiva” o “cognitiva”. Según Peña, los preceptos jurídicos tienen “su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla”, por lo que no existirían “lagunas” o indeterminación “objetiva” en el derecho, sino únicamente indeterminación “subjetiva” (Peña, 2017, p. 146). “Qué es el derecho está fijado, pero lo desconocemos; o, aunque lo conoczamos, ese nuestro conocimiento no es un saber científico; o, si es científico, no tiene el rigor, la exactitud, la plena certeza de los asertos de las ciencias duras” (Peña, 2017, p. 147). Pero, entonces, cabe preguntarse qué adelantamos con insistir en que la labor del intérprete del derecho se ciñe a “descubrir” un significado ya fijado en el texto de las normas. ¿No es preferible pensar que la idea de la “respuesta correcta” no es más que un principio “regulativo” que aceptan todos los operadores jurídicos como una de las reglas básicas de la práctica argumentativa del derecho? En realidad, como han puesto de relieve numerosos autores, la interpretación judicial tiene una naturaleza “híbrida”, pues implica combinar la aplicación del derecho existente con el desarrollo de derecho nuevo. En esto consiste lo que Joseph Raz ha llamado “el aspecto jánico de la interpretación jurídica” (Raz, 1998, p. 177): por una parte, la interpretación jurídica es “cognitiva” por cuanto que trata de respetar el marco jurídico dado, asegurando así en lo posible la continuidad y la estabilidad del sistema; pero también es “constitutiva”, por cuanto que va más allá de las cuatro esquinas del texto jurídico en el intento de hacer justicia para las partes conforme a los valores constitucionales que presiden dicho marco jurídico. Esta es la razón por la que la “equidad” (otro principio “regulativo”) tiene un papel tan relevante en la interpretación de las leyes, puesto que ayuda a los jueces a evitar cometer injusticias en la delicada operación de aplicar reglas generales o principios para casos específicos (Kavanagh, 2009, p. 33).

3. Una concepción “práctica” de los derechos humanos

¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos la concepción de los “derechos naturales”? Como ha señalado Joshua Cohen, una concepción “práctica” de los derechos humanos trata de ofrecer

una perspectiva ampliamente compartida a escala global... [o, al menos] un terreno compartido de deliberación sobre los estándares que pueden exigirse a las sociedades políticas con respecto al trato de individuos y grupos; y en correspondencia, el trato que los individuos pueden razonablemente demandar, quizás solicitando ayuda del exterior para lograrlo (Cohen, 2004, p. 194).

En este sentido, la concepción “práctica” de los derechos humanos pretende ser un elemento del ideal de razón pública para la comunidad internacional.

Dicha concepción es consistente con el “minimalismo justificativo” que animó la Declaración de 1948. Como es sabido, esta estrategia permitió el acuerdo sobre unos contenidos comunes a pesar del amplio abanico de perspectivas religiosas, filosóficas, éticas y políticas existentes entre las partes. Una estrategia similar está detrás del giro “político” que Rawls dio a su teoría liberal de la justicia, así como tras su esfuerzo por encontrar un terreno común de justificación de la autoridad política en el derecho internacional (Rawls, 1999). Sin embargo, aunque en la obra de Rawls este “minimalismo justificativo” parece venir asociado con una cierto “minimalismo sustantivo” en cuanto a los principios de justicia global, otros autores han podido desarrollar una concepción “práctica” en sentido rawlsiano sin restringir o acotar la lista completa de los derechos humanos (Beitz, 2003; Cohen, 2004).

Según esta concepción, el consenso sobre los derechos humanos es el consenso sobre el papel práctico de estos derechos como estándares globales de justificación pública, un consenso que permite el desacuerdo sobre el contenido concreto de esos derechos en cada caso, haciendo así posible o fundando una práctica argumentativa dirigida a clarificar y, en el mejor de los casos, reducir los términos del desacuerdo (Cohen, 2004, p. 195). Esta concepción de los derechos humanos ofrece un terreno compartido de deliberación sobre normas justificadas, y no una doctrina determinada y concreta a la espera de su aceptación o rechazo. Esta concepción práctica presenta un conjunto de límites a la soberanía interna, estableciendo las condiciones bajo las que se reconoce la legitimidad de la soberanía interna de un estado.

¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos (es decir, como “razón pública global”) la concepción de los “derechos naturales”? Lo impide, de entrada, el que los derechos naturales sean, por definición, derechos que tendrían todos los seres humanos incluso en un estado de naturaleza preinstitucional. Difícilmente pueden servir de normas de responsabilidad global (en un mundo con estados separados e interdependientes) unos derechos preinstitucionales que supuestamente tienen todos los individuos en virtud de su mera humanidad. Los derechos naturales, en cuanto derechos morales universales, carecen, pues, de la fuerza normativa necesaria para poder desempeñar la función justificativa de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos que aparece en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales presupone la existencia de una estructura social e institucional desarrollada capaz de garantizar razonablemente su ejercicio. Los derechos humanos son, según esto, razones de justicia en un contexto de interacción institucional en marcha. Más allá de lo que Ferrajoli denomina “inmunidades” (la prohibición de la tortura, la esclavitud y la servidumbre, la vida e integridad física), el resto de los derechos requiere para su disfrute y ejercicio de una estructura social e institucional compleja. Así, por ejemplo, se incluyen derechos que

tienen que ver con la legalidad (como el derecho a un juicio justo), los derechos políticos (como el derecho a “participar en el gobierno del país” y a “elecciones periódicas y genuinas”); derechos económicos (“libre elección de empleo”, “remuneración equitativa y satisfactoria” y “seguridad social”); y derechos de comunidades (autodeterminación). Estos derechos se declaran pertenecientes a toda persona sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, así como sin distinción alguna “fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona” (Artículo 2). Esto último nos indica que no son solo los estados los responsables del respeto de los derechos humanos, sino cualquiera que administre de algún modo la autoridad política sobre una determinada población en un territorio concreto.

La lista “oficial” de los derechos humanos no especifica exactamente un modelo concreto de democracia liberal, pero indudablemente tampoco se limita a determinar unas “condiciones mínimas” exigibles para todo ser humano por el mero hecho de serlo. Los derechos de la Declaración y de los Pactos cubren prácticamente todas las dimensiones de la estructura institucional básica de una sociedad, desde la protección contra el abuso del poder del estado hasta los requisitos del proceso político, las políticas de salud y de bienestar, y los niveles de compensación por el trabajo. De ahí que quepa concebir los derechos humanos internacionales como “las condiciones necesarias de la legitimidad política, o incluso de justicia social” (Beitz, 2003, p. 39). Son, por tanto, las normas de responsabilidad global, aquello que es legítimo exigir a un estado moderno, si es necesario mediante la intervención de la comunidad internacional en las cuestiones internas del país.

Una concepción “práctica” de los derechos humanos no puede dejar de ofrecer alguna explicación sobre por qué ciertos derechos son apropiados para el cumplimiento efectivo del papel de los derechos humanos como “razón pública global”. Aquí es donde es necesario aplicar el “minimalismo justificativo”: debemos evitar cualquier razón que invoque una determinada perspectiva religiosa o moral. Por ejemplo, debemos evitar seguir aquí a Kant y decir que los derechos humanos son las precondiciones de una agencia moral autónoma; asimismo, tampoco nos sirve cualquiera de las teorías del derecho natural, incluida la del profesor Peña. No porque deseemos adoptar por prudencia una posición escéptica, pragmática o postmetafísica, sino por un compromiso con la tolerancia y el pluralismo.

Los derechos humanos son normas asociadas con la idea de ciudadanía, es decir, “la idea de afiliación o inclusión en una sociedad política organizada” (Cohen, 2004, p. 197). En este sentido, los derechos humanos son requisitos de integración en una sociedad política, a ser posible en la que hemos nacido y crecido. Los derechos humanos se conciben como nuestros derechos asociativos más amplios, cuya existencia y justificación dependen de una relación e interacción previas. Los derechos humanos son normas de responsabilidad global de los estados basadas en la afiliación de los individuos a sus respectivas comunidades políticas y pretenden garantizar la efectividad de las condiciones mínimas de ciudadanía.

Como señala Beitz (2003, p. 43), si nos centramos en los beneficiarios de los derechos humanos, pondremos el acento en la importancia moral de los derechos humanos en la vida de las personas; pero eso es solo la mitad de la historia (y la parte fácil). Una explicación completa de los derechos humanos tiene que decir también de dónde deben proceder los recursos necesarios para satisfacer el derecho y quién y por qué tiene el deber de garantizarlos. Este segundo orden de cuestiones nos conduce inevitablemente a tener en cuenta las relaciones sociales de las personas.

De este modo, una concepción “práctica” de los derechos humanos implica que estos derechos son una categoría de derechos “especiales”: los derechos que surgen de las relaciones de las personas como participantes en una economía política global. En este punto es donde surge precisamente la disputa de los filósofos de la justicia global: los “estatistas” frente a los “cosmopolitas”. Según los autores que defienden esta última visión, como Cristina Lafont y Marisa Iglesias, una visión estatista de las normas de inclusión restringe de manera inapropiada el papel justificativo de los derechos humanos. Según estas autoras, las actuales circunstancias de interdependencia e interacción a escala global, así como su emergente materialización en instituciones de gobernanza global, requieren una concepción de los derechos humanos que no se restrinja a la inclusión en una sociedad política concreta, sino que considere los derechos como requisitos de inclusión en la comunidad internacional.

Sin embargo, un estatismo bien entendido no está reñido con una concepción cooperativa de los derechos humanos en el plano internacional. Se trata, eso sí, de abandonar la visión “voluntarista” del derecho por la que la única fuente de autoridad de los tratados de derechos humanos es la firma y ratificación por parte de los estados. A mi juicio, una vez aceptado esto, puede sostenerse una visión estatista perfectamente apta para un mundo globalizado, incluso más apropiada que la visión cosmopolita que pretende sustituirla. La visión estatista no niega que pueda haber otros agentes responsables de la protección de los derechos a parte de los estados; lo que afirma es que dicha responsabilidad es secundaria. Los sistemas regionales de derechos humanos, por ejemplo, no asumen la responsabilidad directa del disfrute de los derechos humanos, sino que actúan subsidiariamente para garantizar que los estados miembros asumen dicha responsabilidad y actúan en consecuencia. Aunque la visión estatista no es, obviamente, cosmopolita, tampoco se basa en una visión westfaliana de la comunidad internacional, como suelen alegar sus críticos.

La perspectiva estatista simplemente interpreta que la obligación de cooperar requiere que la comunidad internacional contribuya de diversas maneras a que todos los gobiernos respeten los derechos humanos de su población ya sea monitoreando su comportamiento, brindándoles asistencia o aplicándoles sanciones progresivas cuando sea necesario (Montero, 2013, p. 467).

A mi modo de ver, bajo esta visión cosmopolita la concepción “práctica” de los derechos humanos equivale estrictamente a la idea de “derechos naturales”, derechos que disfruta todo ser humano por el mero hecho de serlo. La autoridad de los “derechos cosmopolitas” o derechos de “justicia relacional global” procede de nuestra afiliación más básica, la que nos vincula a la comunidad de la humanidad. A mi juicio, sin embargo, situar la comunidad internacional en el mismo plano de responsabilidad que las comunidades nacionales o plurinacionales en materia de protección de derechos humanos, perdiendo así la perspectiva estatista, implica abandonar el enfoque adecuado para captar el papel práctico de estos derechos. Dicho enfoque, recordemos, exige poner atención, no solo en las razones del disfrute universal de los derechos, sino también en la responsabilidad institucional de su protección y promoción efectivas. Dejaré esta cuestión para otro momento; mi intención ahora es recuperar la concepción del profesor Peña y acometer el final de este trabajo discutiendo su concepción del “derecho a incorporarse a una población extranjera”.

4. La idea de Lorenzo Peña de la libre radicación y naturalización

La concepción “racionalista” de Peña establece una lista de “restricciones injustificadas de la libertad”, en donde el autor enuncia lo que en su opinión son unos

“cercenamientos de nuestro derecho a ser y vivir libres” que no vienen “en absoluto exigidos por imperativos o exigencias del bien común” (Peña, 2017, p. 182). Entre ellos, figuran el control estatal sobre la compraventa de medicamentos, el cultivo, venta y consumo de drogas, el tránsito por estaciones o intercambiadores, la entrada o salida de edificios públicos, la eutanasia, etc. En la mayoría de los casos, el autor no parece negar la necesidad de algún tipo de control estatal, pero denuncia un uso abusivo de estos controles más allá de lo permitido por el principio supremo del bien común.

En lo que sigue, me centraré en la prohibición de la “libre migración”, que el autor enuncia así:

Que no seamos libres de cruzar las fronteras viajando a cualquier país del planeta Tierra para radicarnos y naturalizarnos en él cumpliendo, a tal efecto, la condición de un período residencial probatorio que nos acredite para, con la adquisición de la nacionalidad, tener acceso a los servicios sociales (Peña, 2017, p. 183)

En el caso de la libertad migratoria, la libertad cercenada no es el genérico “derecho a ser y vivir libres”, sino un derecho específico a emigrar que el autor define en los siguientes términos:

[Derecho] para incorporarse a una comunidad humana diversa de aquella donde uno nació, o sea: viajar del propio país a uno extranjero para fijar en él su residencia, para buscar allí una vida mejor para sí mismo y para los suyos y, al cabo de un proceso de incorporación, ser un miembro más de esa comunidad nueva (nueva para él); esa vida mejor la buscará a través del trabajo, o sea de la contribución remunerada al bien común de la sociedad de acogida, como parte que es de la amplia familia humana (Peña, 2015, p. 342).

Se trata, por tanto, según el autor, de un derecho doble: el derecho a radicarse y el derecho a naturalizarse en el país de acogida. El primero representa un derecho natural que no puede sujetarse a ninguna condición; exigiría, por tanto, una política migratoria de “puertas abiertas”, donde los estados simplemente deberían no interferir en las opciones vitales de los individuos: “impone a las sociedades de destino solo un deber negativo de dejar hacer (de dejar inmigrar)”. Por el lado del individuo, en cambio, el derecho a inmigrar entraña un deber positivo: “el de buscar seriamente un trabajo que desempeñar en la sociedad de acogida para el bien común de la misma” (Peña, 2015, p. 342). En cuanto al segundo derecho, el de “incorporación a la comunidad de habitantes preexistente” o “naturalización”, conlleva obligaciones positivas para el Estado receptor, aunque a cambio éste puede legítimamente regular el ejercicio individual del derecho sujetándolo a controles y limitaciones.

Según Peña, el derecho de “incorporación” o “ingreso” pertenece a todos los seres humanos como uno de sus derechos naturales (“meramente por pertenecer a la especie humana”), de modo que “a ninguna comunidad nacional le es lícito excluir a ningún extranjero (salvo casos individualmente justificados de exclusión, cuyos motivos de legitimidad han de ponderarse con el principio de no discriminación”. Por parte del individuo que ejerce este derecho, a cambio, existe la condición de cumplir con aquellos deberes que acrediten “la seriedad, la firmeza y la viabilidad razonable de su solicitud” (Peña, 2015, p. 344).

Hasta aquí la concepción de Peña sobre la libertad migratoria. Lo primero que quisiera discutir es la división que hace el autor entre los derechos de entrada e incorporación basándose en la separación de deberes negativo y positivo. A mi juicio, el derecho a la libre inmigración también exige deberes positivos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firme defensor de la doctrina de la no

discriminación como *ius cogens*, los estados están obligados a “adoptar una acción afirmativa con objeto de revertir o modificar las situaciones discriminatorias que existen en sus sociedades para el detrimento de un específico grupo de personas” (CtIDH, 2003, párr. 104). Concretamente, en el caso de las relaciones laborales entre partes privadas, el requisito de no discriminación se aplica entre el empleador y el empleado, porque “de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)” (párr. 140). De esta manera,

los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores (párr. 149, énfasis añadido).

Ahora bien, si la dualidad de la libertad migratoria no se basa en el carácter de los deberes del estado, ¿tiene acaso su asidero en la distinta legitimidad del estado para discriminar entre individuos cuando se trata de distintos tipos de políticas regulatorias? ¿Es cierto que las razones que sustentan la autoridad de los estados para regular la nacionalización de los emigrantes no sirven también para justificar el control de los flujos migratorios? En mi opinión, no hay ninguna razón significativa para aceptar la capacidad regulatoria del estado en un caso y rechazarlo en el otro. Tanto la entrada como la posterior naturalización son partes de la política migratoria de un país, y no podemos confundir en ninguno de los dos casos las discriminaciones ilícitas basadas en la raza o el género con la multitud de diferenciaciones que establecen los estados en su legislación de extranjería. De hecho, la Declaración Universal reconoce “el derecho a circular libremente y a elegir residencia” únicamente “en el territorio de un Estado” (Artículo 13).

Por último, la cuestión que quisiera discutir para terminar es: ¿resulta apropiado incluir entre los derechos humanos la “libertad de inmigración e incorporación”? ¿Tiene sentido este derecho como norma de responsabilidad global? En mi opinión, no es apropiado porque no pretende ser únicamente un requisito de integración (“todos somos nosotros”), dirigido a garantizar la ciudadanía a todas las personas que viven en el territorio y están sujetas al gobierno político del estado, sino que más bien aspira a ser un requisito de apertura (“nosotros somos todos”) por el que los estados deberían responsabilizarse de garantizar la ciudadanía a toda persona que así lo deseé, tenga relación o no con la sociedad política en la que desea integrarse, e independientemente de la razón, motivo o fuerza que haya provocado este deseo. De hecho, Peña denomina el debate “estatismo-cosmopolitismo” como una batalla dialéctica entre “clausuristas” y “aperturistas” (Peña, 2015, pp. 344-345).

Tampoco creo que debiéramos incluir entre los derechos humanos el derecho a emigrar. Aunque el Artículo 13.2 de la Declaración Universal habla del “derecho a salir de cualquier país, incluso el propio”, los estados no pueden presentar como ejercicio o disfrute del derecho a emigrar la salida “voluntaria” de los que se oponen al gobierno o sufren las consecuencias de una política errada o injusta (“si no le gusta cómo están las cosas, siempre puede ejercer su derecho a emigrar”). Por tanto, como señala Rawls en el diseño de su “posición originaria”, “aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), prohibirán cualquier arreglo que solo pueda considerarse justo si se permitiese la emigración” (Rawls, 1993, p. 277). Para entender por qué la “salida” o “abandono” del propio país no puede reconocerse fácilmente como una exigencia moral de carácter

universal, basta recordar lo que escribió Rawls sobre lo que implica normalmente la emigración en la vida de las personas:

Normalmente, abandonar el propio territorio es dar un paso muy grave: significa dejar atrás la sociedad y la cultura en las que hemos crecido, la sociedad y la cultura cuya lengua usamos al hablar y al pensar para expresarnos y entendernos a nosotros mismos, a nuestros objetivos, nuestras metas y nuestros valores; la sociedad y la cultura de cuya historia, de cuyas costumbres y convenciones dependemos para encontrar nuestro lugar en el mundo social [...] Los apegos a personas y lugares, a asociaciones y comunidades, así como los lazos culturales, normalmente son demasiado fuertes como para abandonarlos, y este es un hecho que no es de lamentar (Rawls, 1993, pp. 222, 277).

No es necesario ser un seguidor de Kymlicka para darse cuenta de la importancia que tiene la pertenencia cultural a una determinada comunidad política, algo que parece olvidar Peña cuando somete a la misma exigencia de justicia relacional la comunidad nacional o plurinacional con la comunidad humana. El autor defiende una concepción “sinalagmática y panhumanista de los deberes y derechos humanos” según la cual la comunidad con relación a la cual los individuos establecen un vínculo de reciprocidad fundamental no solo es el estado al que pertenecen, sino también la “comunidad” de los seres humanos. “De ahí que el individuo esté obligado a contribuir al bien común de la humanidad y, recíprocamente, tenga derecho a reclamar beneficiarse de ese bien común, a través de una doble serie de derechos concretos, los unos de libertad y los otros de bienestar” (Peña, 2015, p. 342).

Esta visión cosmopolita no se compadece con el hecho de que las normas de los derechos humanos presuponen que los individuos tienen una afiliación cultural relativamente “fija”. Como señala Rawls al hablar de las partes de la posición original (al efecto de desarrollar una teoría de la justicia),

esta presunción refleja el hecho de que nacemos en nuestra sociedad y dentro de su marco realizamos una de las posibles formas de nuestra persona; la cuestión de nuestra entrada en otra sociedad no se plantea. La tarea de las partes, por tanto, es acordar principios para la estructura básica de la sociedad en la que se supone que conducirán sus vidas. Aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), no permitirán arreglos que solo serían justos si se permitiese la emigración [...] De ahí que el derecho a emigrar no afecta a lo que cuenta como una estructura básica justa, porque esta estructura ha de ser vista como un esquema en el que las personas nacen y se espera que lleven una vida completa (Rawls, 1993, p. 277).

Lo mismo cabría decir, a mi juicio, cuando hablamos de una concepción “práctica” de los derechos humanos: se presupone que todos los individuos tienen una afiliación a una comunidad política nacional o plurinacional. Las normas de responsabilidad global se basan en la idea de que cada comunidad política (y, más en concreto, quien administra la autoridad política en dicha comunidad) es la principal responsable de los derechos humanos de las personas que viven en su territorio, precisamente porque se presupone un vínculo especial entre esa comunidad y los seres humanos que la integran. El derecho a emigrar se permite, pero no es una exigencia de justicia.

¿Y el derecho a inmigrar? Rawls no considera este derecho puesto que parte de una idea “cerrada” de sociedad. ¿Cuál sería la respuesta según la concepción “práctica”? Dependerá, en mi opinión, de si adoptamos una visión estatista (centrada principalmente en las comunidades nacionales o plurinacionales donde los individuos conducen sus vidas completas) o cosmopolita (enfocada primordialmente en la comunidad humana a la que todos los seres humanos están afiliados por el mero hecho de serlo). Bajo esta última visión (que en mi opinión es una especie de derecho

natural contemporáneo), parece lógico aceptar el derecho de todos los seres humanos a radicarse y naturalizarse en el país de su elección, puesto que la comunidad nacional o plurinacional ha dejado de ser el *locus* preferente en materia de derechos humanos. Si adoptamos, por el contrario, la visión estatista, no se reconocerá el derecho a la libre radicación y naturalización de los seres humanos, aunque tampoco se prohíba; simplemente es un derecho que ha de reconocer un estado distinto al que pertenecen los individuos por nacimiento y vinculación cultural, y al que se debe reconocer un “margen de apreciación” o discrecionalidad a la hora de regular los términos de entrada y nacionalización de los ciudadanos de otros estados.

Cosa distinta es cómo le está yendo a la práctica internacional contemporánea de derechos humanos. En este sentido, creo que el panorama es indiscutiblemente sombrío, en especial si ponemos en relación la supuesta “libertad migratoria” con los derechos que Peña denomina “del bienestar”. El modelo de Estado constitucional que ha predominado entre los países de la Unión Europea después de la Segunda Guerra Mundial es precisamente el modelo de los derechos sociales, económicos y culturales (el “Estado democrático y social de derecho” del artículo primero de la Constitución española). El problema es que, en las circunstancias de una desigualdad estructural profunda dentro de la comunidad internacional, la globalización ha venido acompañada de un incremento constante de flujos migratorios desde los “países pobres” (tres cuartas partes del planeta habitado, más o menos) a los “países ricos”. De este modo, se está produciendo un aumento exponencial de la oferta de mano de obra barata, haciendo que las recetas de la socialdemocracia resulten ineficaces. El modelo socialdemócrata europeo, al igual que los principios rawlsianos de justicia, presuponen un mundo formado por comunidades políticas relativamente estables y fijas, donde los ciudadanos completan su vida entera, y no un mundo con una población transfronteriza flotante de millones de personas demandando empleo, educación y una vida digna. Lo que significa, a mi juicio, en términos del profesor Peña, que cuanto mayor sea la “liberalización” de las fronteras (con el aumento consiguiente de los “derechos de libertad”) mayor será la dificultad en el mantenimiento del estado del bienestar (con el consiguiente ajuste en los “derechos de bienestar”). Un nudo gordiano del que solo es posible salir acortando gradualmente el desequilibrio estructural de la riqueza a escala global.

Bibliografía

- BEITZ, C. (2003), “What human rights mean”, *Daedalus*, 132, pp. 36-46.
- COHEN, J. (2004), “Minimalism about human rights: The most we can hope for?”, *Journal of Political Philosophy*, 12(2), pp. 190-213.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, *Opinión consultiva OC-18/03*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- IGLESIAS, M. (2017), “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), pp. 393-413.
- KANT, I. (1989), *Crítica de la razón pura* (trad. Pedro Rivas), Alfaguara, Madrid.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge.

- LAFONT, C. (2010): "Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica de la concepción estatista de los derechos humanos", *Isegoría*, 43, pp. 407-434.
- MONTERO, J. (2013), "Derechos humanos: estatistas, no cosmopolitas", *Isegoría*, 49, pp. 459-480).
- PEÑA, L. (2015), *Idea iuris logica* (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, disponible en la siguiente dirección electrónica:
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/667139/pena_gonzalo_lorenzo.PDF?sequence=1 (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- PEÑA, L. (2017), *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico*, Plaza y Valdés, Madrid.
- RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAZ, J. (1998), "On the authority and interpretation of constitutions: Some preliminaries". En: ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 152-193.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha

alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4364>

El jusnaturalismo lógico y biológico de Lorenzo Peña

El veterano filósofo Lorenzo Peña desembarcó en la filosofía jurídica hace algo más de dos décadas desde la filosofía *tout court*. El profesor Peña podría haber consumado su “viraje jurídico” (como él mismo lo llama en p. 55, nota 17), desplazando su mirada y sin moverse del sitio; es decir, limitándose a ser un “filósofo-jurista” más entre tantos entretenidos en trasplantar o confirmar en el Derecho su propio sistema filosófico. Sin embargo, Peña no obró así. No se limitó a cambiar de objeto de estudio. Además se transformó existencialmente, en el sentido de que quiso también convertirse en jurista. Por recurrir una vez más a la célebre dicotomía bobbiana, estos años Peña ha procurado convertirse en un genuino “jurista-filósofo” comprometido con la tradición jurídica. En ese empeño, el abogado Lorenzo Peña se ha colegiado en Madrid y aun se ha doctorado en Derecho, bajo la supervisión de Liborio Hierro tras someter su tesis doctoral “Idea Iuris Logica” al juicio de un tribunal integrado por jusfilósofos tan distinguidos como Juan Antonio García Amado, Marina Gascón, Francisco Laporta, Juan Ruiz Manero y Alfonso Ruiz Miguel (p. 23). Luego, aquella tesis doctoral fue revisada por el propio autor y publicada bajo el título que aquí se reseña. Dado que la Universidad es lugar propicio para egos hipertrofiados y últimamente ha caído en desgracia a causa de corruptelas nada edificantes, resulta casi conmovedor que un académico de su talla y experiencia se haya sometido a estos *rites de passage* con tal honestidad intelectual.

Mas consigno estas consideraciones sobre los orígenes y la evolución del pensamiento jurídico de Lorenzo Peña más bien para advertir al lector de que no habrá de esperar una obra de filosofía jurídica al uso. Peña cuestiona muy libremente (i.e. saludablemente) actitudes, intuiciones y teorías fuertemente arraigadas en el pensamiento jusfilosófico contemporáneo de nuestro país. Así, Peña no duda en criticar los prejuicios gremiales que buscan aislar en “archidiócesis académicas” (p. 28) el pensamiento jusfilosófico del filosófico *tout court*. Sin ambages se autocalifica como jusnaturalista (también como esencialista, p. 25) muy consciente de la carga negativa que la escuela del Derecho natural soporta en España desde el tardofranquismo. Formula una crítica al positivismo jurídico apartándose irreverente de los cauces trazados por la jusfilosofía anglófila dominante. Comparte *en passant* esporádicas opiniones políticas antipaternalistas, libertarias y aun anarquistas (puede

consultarse el catálogo de diecinueve de ellas en pp. 182 y ss.). Rechaza la lógica estándar clásica y la lógica deontica de cuño vonwrightiano para defender lógicas alternativas paraconsistentes y materiales (pp. 395 y ss.). Rechaza la distinción entre normas y proposiciones normativas. Rechaza la distinción entre permisos débiles y fuertes. Rechaza el principio de prohibición. Rechaza la oportunidad del dilema de Jørgensen (pp. 342 y ss.). Fundamenta el Derecho sobre bases biológicas al tiempo que rechaza la distinción fuerte entre juicios descriptivos y prescriptivos basada en el “prejuicio” (p. 51) o “dogma” (p. 281) de “Hume-Moore”. Sostiene audaz que el Derecho está presente en comunidades animales e incluso que “la democracia no es un invento humano” (p. 56, nota 19) —algo que quizás sirva de explicación, si se me consiente la broma, a su afirmación de que Suiza es “el único país democrático del mundo” (p. 250)—. Éstos son sólo algunos ejemplos del tono provocativo de *Visión lógica del derecho*. En esta obra su autor se expone, “remando contra una corriente impetuosa, torrencial y arrolladora” (p. 39), al riesgo de incurrir en un *malditismo intelectual*, que quizás no le desagrade del todo.

Desde un punto de vista formal, la estructura del libro sigue a trechos las maneras escolásticas de formular *seriatim* ciertas *quaestiones disputatae* (p. 18, nota 2) y darles su *respondeo* una a una. Este proceder le lleva a incurrir en alguna reiteración que el lector, después de todo, no habrá de lamentar, pues ello contribuye a entender mejor el pensamiento del autor y las relaciones sistemáticas entre sus tesis. El estilo de Peña es directo, conciso y claro. También es muy personal y reconocible, como se advierte en el uso invariable de pronombres enclíticos, que reviste el texto con un aire arcaizante. El empleo de tecnicismos lógicos no oscurece la lectura más allá de lo razonable y Peña ilustra muchos problemas lógicos con escenas o casos, que sirven, oportunos, para comprender mejor los problemas lógicos involucrados. Pensemos, por ejemplo, en el recurso a la pintoresca prohibición a las mujeres del uso del pantalón en Francia, vigente hasta fechas no tan lejanas (pp. 157 y ss.).

Para examinar las tesis fundamentales de Peña, haremos bien en buscarlas en su apartado natural, el de las conclusiones (pp. 431 y ss.). Allí el autor deshace ciertas incógnitas que quizás hayan ido asaltando al lector durante la lectura. El propósito fundamental de este libro consiste nada menos que en rehabilitar para el mundo hispano (p. 440) la tradición jusnaturalista de Tomás de Aquino, Vitoria, Grocio, Leibniz y Wolff (p. 22) y para ello sostiene una concepción racionalista del Derecho en que el Derecho positivo se halla vinculado conceptualmente al Derecho natural. Peña se declara además esencialista (p. 61) y defiende la existencia de una metafísica jurídica; pero al mismo tiempo sostiene hegeliana o heraclíticamente (p. 47) un concepto de Derecho que no exige el ajuste pleno de la realidad del Derecho a todos los rasgos identificados como parte de su esencia (*Recht an sich*). Del mismo modo que “la definición de agua como H_2O es idealizante o estilizante” (p. 204), porque el agua que bebemos contiene otras cosas (impurezas, sales minerales, etc.); así los ordenamientos jurídicos existentes son *racionales* hasta cierto punto, pero siempre existe margen para su *racionalización* porque aquéllos se hallan parcialmente “alienado(s), polucionado(s), mancillado(s), desnaturalizado(s)” (p. 44). Tal *racionalización* busca, por tanto, “la reconciliación de la existencia del derecho con su esencia” (pp. 45, 67 ss.). El Derecho natural es entendido por Peña como aquel orden normativo orientado a la búsqueda del bien común (cuyo requerimiento es para Peña, por tanto, “la auténtica *Grundnorm*”, p. 85). En su metaética consecuencialista entre tomista y utilitarista (p. 291, concretamente utilitarista de las reglas, p. 311, nota 7; pp. 323 y s.), recuerda la visión del Derecho de Peña, con los debidos matices (pp. 124 y s.), a esa *ordinatio ad bonum commune* de Tomás de Aquino. La idea de bien común es para Peña una realidad natural y objetiva que podemos hallar no sólo en

comunidades humanas, sino en cualquier comunidad animal organizada con fines de autoconservación.

Este vínculo del Derecho con la naturaleza a través del bien común establece un elemento esencial de todo Derecho y también sirve para deslindar el Derecho de la moral, puesto que en la visión lógica del Derecho que Peña desarrolla, la moral es algo claramente diferenciable del Derecho natural. La moral pertenece, en opinión de Peña, al dominio de la conciencia individual (“de ahí que no pueda fundar ninguna reclamación en el ámbito jurídico”, p. 194). Aunque Peña base su parecer en una tradición venerable, su concepción de la moral o la moralidad podría resultar demasiado estrecha y desfasada porque presupone un doble dualismo cuestionable. El primero es el dualismo moral social/moral crítica. Da la impresión de que la moral a la que alude Lorenzo Peña es una moral esclarecida, ilustrada y pura en que no hay interferencia posible de la moral social. En segundo lugar, Peña sostiene una moral crítica solipsista que se circunscribe a la conciencia del individuo, lo cual también podría resultar cuestionable. A mí me parece que teorías tan influyentes como las de Habermas y Rawls son lo suficientemente persuasivas para llevarnos al menos a interrogarnos sobre la división rígida y absoluta de moral social y moral crítica y también de moral social y conciencia individual. Una vez cuestionado este divisionismo estricto, es más fácil reconocer una vinculación conceptual de la práctica jurídica con la moralidad, entendida a la manera del constructivismo ético. Desde este punto de vista, en cuanto práctica social, el Derecho representa un conjunto de actos de habla que se inscriben en ese conjunto más amplio de actos de habla regulativos regidos por una pretensión de corrección. Sin embargo, este planteamiento alexiano presupone la idea de la unidad de la razón práctica y Peña rechaza esta idea (p. 332) y la rechaza, si lo he entendido bien, porque para él “los valores son entes, tienen existencia” (p. 363) y por tanto no están sometidos a una racionalidad específicamente práctica.

Creo, por cierto, que en este orden de cosas, Lorenzo Peña no hace justicia a un jusfilósofo tan influyente como Robert Alexy, con quien Peña manifiesta en una discreta nota a pie (p. 65, nota 33) cierta sintonía, excepción hecha de al menos dos elementos aquí relevantes: su autocalificación “no-positivista” (“ipídica y anodina autodenominación!” —apunta un indignado Peña—) y su carácter “posmetafísico”. Pues bien, por más que podamos cuestionar la adecuación de la autodenominación “no-positivista” —que a mí no me parece tan mal—; de lo que no tengo duda es que afirmar, como hace Peña, que Alexy defiende una teoría “posmetafísica”, no es justo. Y no es justo, porque Robert Alexy ha escrito un artículo precisamente para oponerse a las posiciones postmetafísicas de Jürgen Habermas, Günther Patzig y John Rawls (Alexy 2004). Cuestión aparte es si esa posición de Alexy sea coherente —que a mí no me lo parece (García Figueroa 2011)—; pero Alexy es un claro defensor de la filosofía del Derecho como parte de la *metaphysica generalis sive ontología* (Alexy, 2010, p. 19). Después de todo, bien puede ser que Peña se halle más cerca del pensamiento alexiano de lo que él mismo cree, por más que se desmarque de ciertos aspectos concretos de su teoría (pp. 270 y ss.; p. 306).

El Derecho natural (que no la moral, como vemos) al que queda vinculado el Derecho positivo en la teoría de Lorenzo Peña se orienta esencialmente al bien común de una comunidad animal, sea humana o no. Se trata, claro está, de una tesis arriesgada y el propio Peña es bien consciente de ello cuando escribe lo siguiente: “Me hago cargo de que para muchos (posiblemente la inmensa mayoría) sonará muy duro hablar de derecho —y quizá incluso de normas— para sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, bóvidos, pingüinos, cuervos, etc.” (p. 58). Personalmente, creo que la idea de un Derecho natural que quiera ser no ya *jus gentium*, sino *jus animalium*, resulta en principio exagerada. No porque crea que en

nuestras “sociedades interespecíficas” (p. 125) los animales no deban tener *derechos* (que creo se los debemos reconocer); sino porque creo que no pueden tener *Derechos* (con mayúscula, en el sentido de Derecho objetivo). Para tener Derechos, ordenamientos jurídicos, prácticas jurídicas complejas, necesitamos ser capaces de participar en juegos de lenguaje profundamente humanos y los animales son ajenos a ellos (como nosotros somos ajenos a los suyos). Vale recordar aquí la célebre opinión de Wittgenstein de que “si un león pudiera hablar, no le podríamos entender”. En otras palabras, creo que muy difícilmente pueden los animales participar en los juegos de lenguaje que integran lo que denominamos habitualmente “Derecho” y que conforman un producto intrínsecamente cultural. Menos razonable aún parece tratar de rastrear en otras especies el Derecho natural que pudiera guiar al legislador humano. Después de todo y como el propio Peña acaba por reconocer, “las hormigas van a lo suyo” (p. 221). En realidad, puestos a imaginar, me parece que la participación en prácticas jurídicas será más probable en futuros androides (o *ginoides*), convenientemente adaptados a nuestros juegos de lenguaje, que en animales (salvo que tales animales sean intervenidos hasta crear las disposiciones necesarias en su cerebro). Sin embargo, todo esto no son más que especulaciones que lanzo sin ninguna pretensión de rigor. Lo que sí me parece cabe sostener más sólidamente es una fundamentación antropocéntrica de nuestros derechos. Fuera de ella, se hallan propuestas que desembocan fácilmente en conclusiones francamente inaceptables, como cuando el finés Pentti Linkola, preguntado por los atentados de Atocha en Madrid en 2004, respondió, según indicaba su propia página web: «Every act, which disrupts the progress of Earth's life destroying Western culture is positive»¹.

Por otra parte, a juicio de Peña, el imperativo del bien común y la existencia de una autoridad son elementos metafísicamente necesarios en cualquier especie social existente o imaginable. Por tanto, también será Derecho natural aquello que regirá en otros mundos posibles la convivencia de “duendes, gnomos, ángeles, cíclopes, dioses o incluso diablos” (pp. 58, 240). Esta tesis me parece más plausible que la del Derecho natural de los animales y, de hecho, me recuerda vivamente la opinión de Thomas Nagel de que, en ausencia de toda criatura inteligente, ciertos métodos básicos de razonamiento subsistirían, en cuanto que “pertenecen a una categoría de *mente* más general. Las mentes humanas son ahora un ejemplo de ella, pero esos mismos métodos y argumentos tendrán que encontrarse entre las capacidades de cualquier especie que hubiera evolucionado hasta llegar al nivel del pensamiento, aun si no existieran los vertebrados y la Tierra estuviera gobernada por una civilización de moluscos y artrópodos” (Nagel, 2000, p. 152).

En cualquier caso, pareciera que el recurso a la idea de bien común y su universalización humana y animal sólo fuera posible mediante el vaciamiento de su contenido. Como reconoce Peña, “[e]l bien común de un hormiguero no es el mismo que el de una manada de elefantes ni que el de un poblado de neandertalenses ni que el de uno de hombres de Cromañón de hace cinco mil generaciones...” (p. 384). Para los vándalos de Genserico el bien común es el botín, pero también la gloria del ejército, etc. (p. 225). Y esa pluralidad se explica porque “(e)s bien común de una sociedad de animales de cierta especie, en un determinado entorno material y temporal, lo que redunde en la prosperidad del conjunto y en el bienestar distribuido, en que la colonia (o la manada, o, más en general la comunidad) vaya a más...” (p. 384). La amplitud de lo que por bien común se entiende podría hacernos sospechar que nos hallamos ante una tautología (e.g. si sustituimos “prosperidad” por bien en la definición de “bien común”), pero Peña sostiene, en fin, que es el calificativo “común” lo que impide que “bien común” se reduzca a mera tautología. El bien común es

¹ http://www.penttilinkola.com/pentti_linkola/ecofascism_writings/time_to_quiet_down/
(fecha de consulta: 27de febrero de 2016).

incompatible con el individualismo (pp. 284 y s.), puesto que el Derecho natural emerge de la naturaleza social y cooperativa de las especies.

Peña califica su jusnaturalismo como *aditivo*, i.e. no *sustractivo* (aunque relativizará esta distinción más adelante: p. 428). Es decir, el jusnaturalismo de Peña se caracteriza por *añadir* al Derecho positivo la normatividad del Derecho natural (p. 65). Consecuentemente, no sería *sustractivo* como es el caso de la conocida opinión de Agustín de Hipona (“*nam lex mihi esse non videtur, quae justa non fuerit*”). Desde esta perspectiva, el jusnaturalismo del jurista Peña quiere ser muy respetuoso con el Derecho positivo (“no afirmo que las normas de derecho natural posean jerarquía superior al derecho positivo”, dice en pp. 252 y ss. y similarmente en p. 290); aunque reconoce limitaciones que pueden surgir de la idea de Derecho, del bien común, pero nunca de la moral (por ejemplo, cuando sostiene que el esclavismo de la Antigüedad clásica sí estuvo justificado, pero no así el del colonialismo más reciente, p. 268; o cuando considera que el senilicio podría estar justificado en una tribu hambrienta, pp. 258 s.). No es de extrañar (y es tranquilizador, dado que uno ya tiene una edad) que “la doctrina expuesta en la Parte I (...) no acarre[e] ninguna obligación de obedecer el derecho” (p. 278).

Pero este jusnaturalismo aditivo de Peña no es sólo biológico (científico, p. 310), sino sobre todo lógico. A juicio de Peña, el Derecho no se rige por una lógica estándar, sino por una nomología material y paraconsistente. Material, porque no se trata de una lógica meramente formal y acoge entre sus axiomas principios sustantivos (singularmente “la obligatoriedad del bien común”, pp. 123 y 432) y paraconsistente, porque admite la existencia de contradicciones. El vínculo de la lógica con el Derecho natural en Peña se explica porque “la lógica nomológica (es) la parte del derecho natural que, hoy por hoy, podemos formalizar” (p. 432). En este contexto, el blanco de crítica predilecto de Peña es el tan influyente proyecto de Alchourrón y Bulygin al que dedica el anexo núm. 2 (pp. 407 y ss.), así como una contundente conclusión: “Alchourrón y Bulygin han hecho un ciclópeo esfuerzo que merece nuestro reconocimiento. Mas las construcciones de los ciclópeos acabaron hundiéndose por falta de argamasa y sólidos cimientos” (p. 414). Así que en defensa de este jusnaturalismo de cariz lógico, Peña dedica buena parte de sus energías (pp. 140 y ss.) a defender frente a Alchourrón y Bulygin el “principio de permisión” (o “de prohibición”, Alchourrón y Bulygin 1975, pp. 177 y ss., al que llamaremos en todo caso “PP”, por brevedad y por salvar la discrepancia nominal entre Peña y los autores argentinos). Como es sabido, el PP sostiene que todo lo que no está prohibido, está permitido (lo cual, así leído, hará de la elección de estas siglas algo muy cuestionable). Es decir, todo está o bien prohibido, o bien permitido. En cierto modo, todo jusnaturalista se halla comprometido con el PP porque el Derecho natural supone una omniregulación y, por si fuera poco, el PP habría formado parte de los presupuestos que los juristas han aceptado secularmente. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin han demostrado (a mí me parece que convincentemente) que el PP no es un principio lógico de los sistemas normativos. Si “permitido” (débil) significa “no prohibido por alguna norma del sistema”, entonces PP reza así en una primera versión, PP1: Todo lo que no está prohibido, no está prohibido (por alguna norma del sistema). Es decir PP1 es trivial. Pero si “permitido” en PP significa, en sentido fuerte, “permitido (explícitamente o implícitamente) por alguna norma del sistema”, entonces tenemos PP2: Todo lo que no está prohibido, está (explícita o implícitamente) permitido por alguna norma del sistema, lo cual no es cierto. Por tanto, el PP es o bien trivial (PP1) o bien falso (PP2). Esto significa a su vez que el PP no es un principio necesario de los sistemas normativos, sino tan sólo un principio contingente que rige exclusivamente cuando ha sido adoptado por el sistema. Es decir, basta con que el sistema normativo lo enuncie, para que entonces rija en ese sistema; pero no es consustancial a los sistemas normativos. De hecho, el empeño con que Peña ilustra

la vigencia del principio en tantos países y momentos de la historia (pp. 351 y ss.) puede resultarle en este sentido contraproducente, si bien se apresura a sostener que sería una simpleza que el legislador se limitara a registrar una tautología (p. 356). Lorenzo Peña cree que la distinción entre permisos fuertes y débiles es improcedente y también cree que el PP sí es un principio lógico. Sin embargo, él lo cree así porque su *nomología* es material y no formal; esto es, porque incluye axiomas sustantivos. No todos los lógicos están dispuestos a admitir lógicas materiales, pero ésta es una cuestión sobre la que no puedo opinar de manera competente. Aun a riesgo de ilustrar dolorosamente con mi posición el “fenómeno hispano (...) (del) deslizamiento subrepticio de la doctrina del derecho natural, nominalmente abrazada, a un jusnaturalismo anodino, acomplejado, reticente, presto, con alacridad, a concesiones de principio al positivismo jurídico —incluso al neopositivismo radical y extremo inaugurado por Alchourrón, con su rechazo del principio de permisión” (p. 156), me temo que no tengo otro remedio que expresar mi adhesión intuitiva a la opinión de Alchourrón y Bulygin (que, no lo olvidemos, reconstruyen sistemas normativos más allá del Derecho). A renglón seguido, debo entonces subrayar que en los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados el PP rige ante todo porque ha sido incorporado a nuestras Constituciones merced a la existencia de un amplio catálogo de principios jusfundamentales que tienden a expandirse a tal punto que no dejan resquicios libres de regulación jurídica. Me aventuraría a decir, en fin, que el PP puede ser una exigencia pragmática del Derecho (pragmático-trascendental, si se quiere), pero no es una necesidad lógica de cualquier sistema normativo (que es lo que, al fin y al cabo, reconstruyen Alchourrón y Bulygin). Quizá nos hallemos ante una falsa discrepancia, si en relación con la validez del PP, Alchourrón y Bulygin están pensando en cualquier sistema normativo posible y Peña en el Derecho tal y como lo conocemos actualmente.

Para terminar, desearía formular un apunte metaético. Otro principio importante que cuestiona Lorenzo Peña es, en sus palabras, el “prejuicio Hume-Moore” y aquí desearía simplemente apuntar que quizá sea una forma algo ambigua de enunciar un conjunto de tesis diferenciables. Con ello quiero recordar que, según algunos intérpretes autorizados, la falacia naturalista de Moore no alude tanto al problema de la imposibilidad de *derivar* normas de hechos (no olvidemos que el autor de *Principia Ethica* las hace derivar de *hechos* no naturales), sino más bien a la imposibilidad de *definir* “bueno”. Mary Warnock (1968, p.33) lo expresó certeramente: “La auténtica falacia es el intento de definir lo indefinible” y no tanto que lo bueno se haga derivar o no de enunciados acerca de hechos, naturales o no.

A modo de conclusión, ninguna objeción podrá oscurecer el juicio general que merece este libro, una obra estimulante y ambiciosa que a buen seguro agitará los presupuestos más asentados de muchos. No podemos sino darle la bienvenida como justamente merecen todos aquellos libros que nos ponen en guardia frente a las tentaciones biempensantes del pensamiento único en cualquier aspecto del saber y de la vida.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C.E y BULYGIN, E (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- ALEXY, A. (2004), “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, pp. 15-24.

- ALEXY, A. (2010), "Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years", paper presentado en Law, Democracy and Legal Argumentation. A Seminar Dedicated to the Thinking of Professor Robert Alexy, Tampere, 9/2/2010.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2011), "Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas", en C. Bernal (ed.), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, pp. 245-275.
- NAGEL, Th. (2000), *La última palabra*, trad. P. Bargallo & al., Gedisa, Barcelona.
- WARNOCK, M. (1968), *Ética contemporánea*, trad. Conchita López-Noguera de Muguerza, Labor, Barcelona.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Marcelo Vásconez Carrasco

Universidad de Cuenca

marcelo.vasconez@ucuenca.edu.ec

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4365>

La crítica de Lorenzo Peña a la ética y su supuesta objetividad

El Capítulo VII de *Visión lógica del derecho* de Lorenzo Peña gira en torno a la cuestión de si: “¿Existe una moral objetiva que no sea derecho natural?”. El propósito de la presente contribución es el de examinar en concreto la 4^a Dificultad, sobre la moralidad objetiva, problemática que se extiende al Anejo, titulado “La separación entre derecho y moral”, con el que termina dicho capítulo. Advierto al lector que, aunque tal separación efectivamente se desprende de la diferencia radical (Peña 2016, p. 20) entre ambas disciplinas, sin embargo, en la presente colaboración, dicha temática será abordada sólo instrumentalmente en la medida en que contribuya a dilucidar el problema de la objetividad de la ética. Por ello, téngase presente que, al delimitar el ámbito de la ética, muy a menudo se lo hará tácitamente en contraste con el del derecho.

De entrada cabe señalar que nuestro autor, por lo general, no distingue entre ética y moral; da a conocer de pasada (p. 193, nota 160), sin ninguna elaboración, que admite una diferencia entre moral subjetiva y ética objetiva. Al parecer, a Peña no le interesa tanto explotar la distinción entre ética y moral (p. 318); por lo cual, aquí, en principio, se asumirá que son equivalentes, como de hecho lo hace el autor en otros lugares (Peña 2017a, y 2018). Como es de esperarse, la preferencia de Peña va por la moral.

La desacreditación de la ética o moral que hace el autor es una pieza dentro del mecanismo desplegado por él para impedir que el juspositivista recurra a ella en su intento de cubrir la vacante abierta por el desalojado derecho natural al momento de subsanar las deficiencias del derecho positivo. Si, como sostiene el positivismo jurídico, no existe el derecho natural, ¿qué marco de referencia queda para criticar, encarar o constreñir de algún modo el derecho positivo? Según la tendencia doctrinal que Peña llama jismoralismo, una variedad dentro del juspositivismo, la plataforma desde la cual se puede enjuiciar el derecho positivo sería la moral, de suyo exterior al derecho, pero que puede servir para parcialmente delimitar su contenido. Es esta apelación a la moral por parte del jismoralista lo que desea bloquear Peña, lo cual facilita el camino al derecho natural para que cumpla su cometido de fundar y servir de base al derecho positivo. Baste esta pequeña llamada de atención para

contextualizar el tratamiento que viene a continuación. Por lo tanto, el lector hará bien en tener presente a lo largo de estas páginas que el marco específico que aloja la discusión por venir es la disputa entre jusmoralismo y jusnaturalismo. Como no sorprenderá a nadie, menciono que la llamada ética pública tampoco se salva de los dardos críticos de Peña, y en este punto me sumo a él.

Pues bien, si nuestro problema es el de la objetividad de la ética o la moral, necesariamente corresponde en primer lugar analizar qué concepción de ética maneja Peña, pues de ella depende en parte la respuesta a nuestro problema. A pesar de que en tres escritos (Peña 2017a, 2017d, y 2018), el autor caracteriza la ética presentando una enumeración de cuatro rasgos distintivos, en realidad no siempre figuran las mismas características si comparamos las listas unas con otras; por lo cual delinear el perfil de la ética o moral resulta un poco más complicado de lo que podría parecer a primera vista. El esbozo que a continuación se presenta es pues un desglose de lo que se ha podido encontrar en varios escritos de Peña desde el 2015.

Avanzando en esta primera tarea aclaradora de la noción de ética, y para delimitar aún más nuestro objeto de estudio, merece tenerse en cuenta la distinción entre ética entendida como una reflexión o ejercicio intelectual que utiliza el método filosófico, y la ética considerada como una teoría o conjunto de proposiciones. Se trata de una dualidad semejante a la de forma y contenido; por un lado, la práctica del pensamiento filosófico crítico en torno a problemas morales; y, por otra parte, la ética como un sistema de principios morales a los que tendría que ajustarse nuestra vida. Nos concentraremos en la segunda comprensión de la ética, en tanto que los cultivadores de esta pretenden haber descubierto cuáles son los principios que regularían nuestra conducta.

Para develar la concepción que Peña tiene de la moral y sintetizar en una sola frase la corriente dentro de la cual se inscribe, mencionemos ya que la moral es el ámbito de la conciencia subjetiva. Las notas definitorias que desarrollan esta visión pueden verse como una explicación de este su núcleo significativo. Como espero quedará patente más adelante, esta imagen de la moral inclina la balanza hacia un lado.

Continuemos. Dentro de la filosofía analítica y dejando en un segundo plano la ética de la virtud, las corrientes éticas más populares en nuestros tiempos comparten el punto de partida de que las dos nociiones más importantes de la ética son las del bien y del deber. Presuponiendo que esto es así, Peña añade sus particularidades.

La ética no estudia todo tipo de bien, sino sólo el bien en general; concretamente, Peña quiere dejar fuera de su campo de investigación el valor del bien común, que sería objeto exclusivo para la filosofía del derecho. En realidad, si un ético discurre sobre el bien común, lo hará desde su propia perspectiva filosófica particular, sin ninguna pretensión de que su doctrina sea asumida por el legislador. Por ello, Peña declara que hay dos bienes comunes, uno ético y otro jurídico (p. 323, n. 15). Similmente, el adjetivo “bueno” es ambiguo (p. 320, n. 13); sería posible que, en lo jurídico, asertos sobre lo bueno tengan un valor de verdad, mientras que, en ética, asertos acerca de lo bueno no sean ni verdaderos ni falsos, o viceversa. Además, el alcance de la ética es mucho más amplio que el del derecho, pues ella también rige acciones que no están relacionadas con el bien común. Y finalmente, el bien del individuo va más allá de las exigencias del bien común, requiriendo que la acción se adecúe con pautas de lo correcto.

Pasemos al segundo objeto de estudio de la ética, el criterio de la acción correcta, o las teorías del deber. El problema aquí es el de determinar aquello que hace que una acción sea (moralmente) obligatoria, prohibida o meramente lícita. ¿Qué es lo que marca la diferencia entre uno u otro de estos calificativos deónticos? Hay básicamente tres corrientes éticas que tratan de responder la pregunta planteada: antecedentalismo, intrínsecismo y consecuencialismo; la diferencia entre ellas radica en el aspecto en donde ubican el factor que convierte a la acción en merecedora de una evaluación u otra; simplificando, en las intenciones, en la acción misma, o en sus resultados, respectivamente.

Teniendo en cuenta esta triple división, en el período de tiempo que estamos considerando (2015-2018), Peña insiste en que, en verdad, no hay una triple opción, sino solo una: toda doctrina ética valoraría una conducta según el criterio de las intenciones, o predominantemente por ellas; incluso para los consecuencialistas, la intención pesaría más que cualquier rasgo objetivo (Peña, 2017b). Es decir, en estos últimos años, Peña pasa a adoptar una especie de antecedentalismo, pero advierte que se desvanecen las tres alternativas anunciatas, pues la obligatoriedad de una acción estaría condicionada a que la conciencia del agente la vea como tal (Peña, 2018); si la propia conciencia no juzga una acción como obligatoria, nadie puede considerarse obligado a realizarla. Y esto sería así independientemente de cuál sea la teoría ética a la que uno se adhiera, valiendo incluso para los utilitaristas.

Resumiendo, para nuestro autor, en la ética, las cualidades de obligatoria, prohibida o lícita para ser adscritas a una acción tienen que someterse a la aprobación de la conciencia subjetiva; es esta a fin de cuentas la que produce la imperatividad de una acción. Consecuentemente, el criterio que sirve para juzgar la conducta es la conciencia individual; la valoración moral de las acciones es pues subjetiva, basándose en las convicciones de cada persona. Y, en efecto, estas pueden ser adoptadas en circunstancias que no necesariamente son racionales, ya que adquirimos muchas de nuestras creencias sin que hayan intervenido procesos argumentativos. De esta subjetividad de la moral se sigue que sus contenidos no pueden ser coercibles ni peor sancionables por el poder público.

Sin embargo, me parece que el borrar la diferencia entre antecedentalismo y consecuencialismo que hace Peña es *contra naturam*, pues desvirtúa la rivalidad entre dichas tendencias. Recurro a cuatro fuentes para mostrar que las intenciones no juegan ningún papel en una teoría consecuencialista. Revisemos dos entradas en *La Enciclopedia Stanford de Filosofía*. El artículo sobre el consecuencialismo hace la siguiente precisión para evitar la vaguedad y fijar su significación esencial. “Una tesis es claramente necesaria. Cualquier teoría consecuencialista debe aceptar la tesis de que... ciertas propiedades normativas dependen únicamente de las consecuencias. Si tal tesis es dejada de lado, la teoría deja de ser consecuencialista” (Sinnott-Armstrong, 2015a, § 2). Nuevamente,

el consecuencialismo acerca de la corrección moral de los actos ... sostiene que el que un acto sea o no moralmente correcto depende únicamente de las consecuencias de aquel acto o de algo relacionado con aquel acto, como el motivo detrás del acto o una regla general que requiera actos del mismo tipo. (Sinnott-Armstrong, 2015a, Preámbulo)

Entendamos bien lo que se quiere decir; parece claro que el sentido de la frase es que lo que determina la corrección de una acción es solamente las consecuencias, y que estas pueden ser o bien consecuencias del acto, o bien consecuencias de su intención, o consecuencias de la regla bajo la cual cae la acción.

Consultemos ahora el artículo sobre el consecuencialismo de la regla; este coincide en que el criterio de corrección de una acción es solo las consecuencias, aunque ahora sean consecuencias de la regla correspondiente. En efecto: “El consecuencialismo de reglas es esencialmente la conjunción de dos tesis: (1) que las reglas han de ser seleccionadas únicamente en función de sus consecuencias y (2) que estas reglas determinan qué tipos de actos son moralmente malos” (Hooker, 2016, § 8).

En tercer lugar, permítaseme citar un estudio que contrasta una ética intencionalista con otra centrada en los hechos.

Dado que las intenciones son un *sine qua non* para la evaluación moral, es imposible caracterizar la bondad o maldad de las acciones independientemente de las intenciones que ellas materializan. Pero esto es precisamente lo que hace el utilitarismo, apelando... al dolor y sufrimiento -bienes no morales- independientemente de su origen. (King, 1995, p. 20)

Desde la perspectiva intencionalista, podríamos pensar que el utilitarismo está errado al abandonar las intenciones para evaluar moralmente las acciones, abandono que no sería posible. La crítica puede ser certera, estando el utilitarismo equivocado; sin embargo, aun suponiendo que el utilitarismo sea falso, su supuesta falsedad no elimina el hecho de que esta teoría mantiene que las intenciones son irrelevantes para valorar los actos.

Añado una cuarta fuente que corrobora lo anotado. Según el utilitarismo: “Si bien es injusto matar, no lo es porque haya algo intrínsecamente malo en el hecho de matar, sino porque el matar produce una disminución de la felicidad humana. ... Por estas consecuencias malas dominantes, el utilitario condena el asesinato” (Hospers, 1979, pp. 300-301). La maldad o bondad de los actos no residen en ellos mismos sino en aquello a lo que conducen. “El utilitario nunca puede decir coherentemente que deberíamos decir la verdad, ser honrados, *cualesquiera que sean* los resultados, porque son precisamente estos resultados los que proporcionan el criterio para saber si la acción en cuestión es justa o no” (Hospers, 1979, p. 308). Sin embargo, la última frase de la cita no es del todo exacta y merece ser enmendada, puesto que la mayoría de los utilitaristas clásicos y contemporáneos no proponen las consecuencias como un procedimiento de decisión, sino como el criterio que distingue lo que es debido de lo que no lo es.

Finalmente, concedo que sí hay un sentido en el que es adecuado enunciar que el consecuencialismo sea subjetivo, ya que las consecuencias que un sujeto pueda prever o razonablemente esperar que sucedan dependen de la información que esté disponible a dicho sujeto; pero esto no convierte al consecuencialismo en subjetivo en el sentido de hacer depender el criterio de obligatoriedad de algún contenido en la mente del sujeto (Sinnott-Armstrong, 2015a, § 4).

La evidencia presentada apunta a que hay un rasgo necesario para definir el consecuencialismo, el sostener que el criterio de corrección u obligatoriedad de una acción está dado por las consecuencias; si las intenciones entran en el cálculo, no serán por ellas mismas, sino por sus consecuencias. Luego, parece que Peña rompe las casillas al querer introducir dentro de la misma categoría teorías realmente antagónicas deformando su naturaleza. No toda teoría ética privilegia las intenciones.

Y sin embargo, incluso él mismo reconoce que “se puede (y se debe) articular una teoría moral que no sea tan subjetivista”, como lo es la moral de intenciones (Peña, 2015, p. 7, n. 4). Y recordemos que en la obra que es objeto de este *Book Forum*, Peña declara que acepta que hay una moral subjetiva y una ética objetiva

(Peña, 2017d, p. 193, n. 160). ¿Cómo resolver esta tensión en su *Visión lógica del derecho*? No tengo otra salida que la de tomar las afirmaciones a favor de un objetivismo ético *cum grano salis*, ya que su modo de ver el debate en torno al derecho natural le mueve en la dirección opuesta.

Para proseguir con la caracterización que Peña hace de la ética hay que hacer una matización. Hemos dicho que, según su opinión, la ética evalúa las acciones, clasificándolas como (moralmente) lícitas, ilícitas u obligatorias; y para determinar su calificación deóntica necesita un criterio, que es la conciencia, la cual es subjetiva; de ahí que la ética misma sea subjetiva, dependiendo sus valoraciones de las convicciones personales de cada individuo. El resultado general de la valoración de [tipos de] actos serán normas (es decir, según Peña, un hecho o estado de cosas afectado por un calificativo deóntico); la ética sería, por lo tanto, un sistema de normas. El problema es que no todos los cultivadores de la ética la conciben de ese modo, como bien aclara Peña; para autores emotivistas, tales como Alfred J. Ayer, Charles L. Stevenson, o Richard M. Hare, o para el ficcionalista hermenéutico Mark E. Calderon, o para el representante del sentimentalismo Jesse Prinz, la ética no contendría deberes ni prohibiciones, ni tampoco sería un sistema de normas. Todos estos autores son no cognitivistas, esto es, sostienen que los juicios éticos no son aseveraciones, no atribuyen una propiedad moral a un sujeto; por lo tanto, no designan hechos morales, ni pueden pues tener un valor de verdad.

Lorenzo Peña constata la existencia de esta concepción anticognitivista de la ética y se aprovecha de tal situación para tener una razón más para separar la moral del derecho, el cual sí es un sistema normativo y además una institución social. A pesar de este reconocimiento, Peña rechaza la tendencia no cognitivista en ética, aduciendo que, si los juicios morales no expresaran creencias, que pudiesen ser verdaderas o falsas, entonces no se explicarán adecuadamente las discusiones morales; los asertos morales del tipo que sean solamente son posibles si se puede predicar una cualidad deóntica de un sujeto cualquiera, y tal predicación requiere una ontología que contenga dichas propiedades morales. Mas, recuérdese que, para nuestro autor, no es lo mismo lo lícito ético que lo lícito jurídico. Cuando Peña habla de las cualidades deónticas, lo hace en el contexto del derecho natural, y aquí sí se refiere a una ontología, como aquel universo que abarca propiedades tales como la obligatoriedad, licitud e ilicitud, pero estas son jurídicas.

En cambio, Peña nunca explicita que se compromete ontológicamente con la existencia de cualidades morales; no obstante, ese compromiso ontológico con propiedades éticas viene exigido por su adhesión al cognitivismo ético. La actitud que manifiesta Peña con respecto a propiedades deónticas que estén correlacionadas con normas éticas es una recelosa admisión de su pretendido lugar dentro de un inventario ontológico, debida a una inseguridad o incertidumbre en cuanto a las perspectivas de éxito en la empresa de justificar a carta cabal la precaria realidad de las propiedades en cuestión. Así, la resistencia que exhibe Peña es más epistémica que metafísica. Hay por lo tanto un componente de escepticismo moral dentro de su posición. Siendo más específicos y presuponiendo la taxonomía elaborada por Walter Sinnott-Armstrong (2015b, § 1), diré que el escepticismo de Peña es epistemológico pirrónico, pues no niega, sino que duda de que se pueda satisfactoriamente justificar una creencia moral, en concreto aquella sobre la existencia de las propiedades morales. Consecuentemente, su desafío al cognitivismo ético deja a salvo la tesis de la realidad de tales propiedades, pero cuestiona más bien la factibilidad de una justificación apropiada de la creencia correspondiente. Las creencias morales son o verdaderas o falsas, mas resulta difícil probar qué valor de verdad tienen.

Finalmente, ¿tiene la ética una función? En *Visión lógica del derecho*, Peña indica que el fin de la ética es el clásico del perfeccionamiento personal. En (2017c), responde que la ética no necesariamente tiene una función; puesto a buscar una, encuentra que es el mejoramiento de las relaciones entre los miembros de la sociedad, lo cual de manera indirecta contribuye así a la armonización del tejido social.

Una vez delimitado el campo de la ética, pasemos a la cuestión sobre su objetividad o no. Tal como cabe esperar, la respuesta de Peña es un rotundo no. Veamos su modo de argumentación.

Peña se hace la pregunta por la objetividad de la moral teniendo como marco de referencia tres características de la objetividad del derecho natural. Los dos primeros aspectos constituyentes de la objetividad del derecho natural tratan de responder a dos preguntas: de dónde se extraen sus principios, y con qué método; a los cuales se añade, como tercera característica de la objetividad jusnatural, la exigencia de que el legislador incorpore dichos principios jusnaturales en el derecho positivo. Así, Peña sostiene que el punto de partida que constituye el *ubi* de los principios jusnaturales es el ordenamiento jurídico, el cual ya contiene tales principios, que corresponde al filósofo del derecho desentrañar utilizando el método de la abducción, o inferencia a la mejor explicación; es decir, dado el *corpus* jurídico – positivamente vigente como un sistema de normas que regula a la vez la conducta de los miembros de una sociedad y la tarea de sus autoridades políticas, así como la función de los legisladores y la actuación de los jueces–, el jusfilósofo se pregunta qué principios deben postularse a modo de condiciones de posibilidad para la existencia de tal sistema normativo, y de esta manera, llega a descubrir los axiomas del derecho natural. El método de la abducción es lógico, y es semejante al uso que de él hace el científico, sólo que su empleo en la filosofía del derecho tiene menor certeza que en el campo de las ciencias. Finalmente, una vez abducidos los principios jusnaturales, es decir los axiomas del derecho natural, hay que conceder que los mismos son portadores de una imperatividad de positivización. Entonces, en el caso jurídico, tenemos tres aspectos que determinan la objetividad del derecho natural: su base, el método empleado para acceder a sus principios, y el requerimiento de que el derecho positivo ajuste el contenido de su normativa a las exigencias de tal derecho natural.

Ahora, según Peña, la ética no cumple ninguno de estos tres rasgos de objetividad presentes en el derecho natural. En efecto, en primer lugar, no sabemos a dónde habría que acudir para encontrar los principios éticos; no hay un *corpus* definido, o sistema normativo claramente identificable que rija las conductas, e incluso intenciones y deseos de las personas, en el que puedan hallarse los principios morales; un sistema de normas que sean públicamente accesibles, intersubjetivamente constatables. Aquí nos toparíamos con una primera indeterminación, consistente en que ni siquiera contamos con un punto de arranque que sea la materia prima desde la cual tratar de averiguar cuáles son los principios éticos, puesto que no hay una ética de mínimos, estando absolutamente todo principio moral sometido a gran discusión, como de hecho sucede. La carencia de unanimidad en el campo moral sería indicio de su subjetividad. Considerando la gran diversidad de opiniones éticas, tales como las de un aristotélico, un kantiano, un utilitarista, un particularista, un emotivista, etc, difícilmente podríamos aspirar a una convergencia sobre los principios éticos. Si esto afirma Peña, asumo que lo que nos quiere decir es que la falta de consenso en cuestiones morales, incluso básicas o fundamentales, mostraría la imposibilidad de llegar a un acuerdo universal en ética y, por lo tanto, esta carecería del primer rasgo de la objetividad.

En segundo lugar, Peña sostiene que tampoco hay un método válido para descubrir o confirmar los principios éticos. Los sentimientos morales y la intuición serían netamente subjetivos. ¿Y el razonamiento? Peña (2017d, p. 311) también lo descalifica aduciendo su dependencia de una visión del mundo, del hombre y los valores; es decir, no habría un tribunal neutral que se halle por encima de las discrepancias y que sirva de apelación de última instancia para dirimir la disputa.

Por último, no cumpliendo la moral las dos primeras notas de la objetividad (que exhibe el derecho natural), sucede lo mismo con la tercera, puesto que no se ve en qué podría basarse la demanda de que el ordenamiento jurídico se adecúe al sistema moral, siendo este inexistente.

¿Qué pensar acerca de esta argumentación en contra de la objetividad de la ética? Desempeñando el papel de abogado en favor de la ética, podemos encontrar algunos elementos en la propia obra de Lorenzo Peña que apuntan en la dirección opuesta a la que acaba de presentarse.

Primeramente, frente a la acusación de una falta de un punto de arranque que permita sentar las bases para un ulterior descubrimiento de los principios éticos, se puede replicar lo que el mismo Peña (2017d, pp. 87, 275) responde ante la dificultad lanzada reiteradamente en contra del derecho natural, a saber, que la controversia acerca de un principio no entraña su inexistencia; ni tampoco la polémica entre distintos puntos de vista en una disciplina acarrea el descrédito de esta; la discusión entre los cultivadores de una misma ciencia no significa que esta no verse sobre objetos reales ni que carezca de verdad objetiva; lo único que sí es legítimo inferir a partir de la discrepancia sobre un principio es que no podemos tener certeza absoluta sobre él.

Pero, de ser posible un conjunto de principios éticos con respecto a los cuales sea razonable aspirar a un consenso casi universal, ¿cuáles serían tales principios?; ¿en dónde los encontraríamos? Un inicio de respuesta lo podemos buscar en los axiomas de la lógica nomológica (Peña, 2017d, p. 195), con la única excepción quizás del axioma del bien común. Recientemente, (Peña, 2017c) sugiere que, de ser la ética un sistema de normas –como es deseable–, las relaciones lógicas que harían de ellas un verdadero sistema serían el conjunto de las reglas de inferencia de la lógica deontica, las cuales serían casi iguales a aquellas de la lógica jurídica. Es decir, tendríamos una lógica de la ética, que formalizaría y axiomatizaría las normas éticas, y que no sería tan diferente de la lógica nomológica. Ahora bien, si los axiomas de la lógica nomológica son la esencia del derecho natural, ¿por qué no considerar los axiomas de la lógica deontica como el núcleo eterno e inmutable de la teoría ética? La ética tendría un conjunto de principios objetivos, universales; así debería ser. Sin embargo, ¿por qué Peña no aceptó esta consecuencia en *Visión lógica del derecho*?

De hecho, la posibilidad de elaborar una lógica deontica que sirva tanto para las normas éticas así como para las jurídicas le fue planteada a Peña en 1984 por Miguel Sánchez Mazas, quien veía que ambos tipos de normas compartían lo esencial, su ser normas. De ser esta una propuesta válida, tendríamos, primero, un nivel más abstracto y general, el de la lógica deontica en sentido amplio, compuesto por principios aplicables a toda norma; y luego, en su interior, a modo de especies, la subdivisión entre lógica de las normas éticas en sentido estrecho, y la lógica nomológica, compartiendo ambas sublógicas un núcleo común, aquellos axiomas y reglas de inferencia de la lógica deontica en sentido lato. No puedo abordar en la presente contribución la diferencia entre ambos tipos de sublógicas, diferencia que refleja sistemas normativos distintos. Baste con señalar que, de aceptar Peña que la ética posee una lógica formal y axiomatizable, él tendría que aceptar la existencia

objetiva de principios éticos que estructuran el sistema normativo ético. Esta admisión abriría las puertas para una fructífera indagación sobre la base de tales principios éticos y el método con el que llegamos a conocerlos; la tarea estaría por realizarse, pero ya no tendríamos de entrada el bloqueo que impedía iniciar dicha tarea.

Y, por lo que respecta al tercer rasgo de la objetividad, el requerimiento de que el ordenamiento jurídico se adecúe a la ética, no veo por qué la ética, para ser objetiva, debería cumplir este requisito del derecho natural. O alternativamente, podríamos decir que la ética sí lo cumple si ella tiene su propia lógica.

La revisión de algunas de las primeras publicaciones de Peña en el campo de la fundamentación filosófica de la lógica deontica nos revela un pequeño cambio de perspectiva; mientras que (Peña, 1987-1988) y (Peña, 1991) están escritos con miras a una aplicación de la lógica gradualista y paraconsistente a la ética o la moral – asimilando la modalidad de posibilidad a la de licitud–, el nuevo sistema lógico deontico introducido en (Peña y Ausín, 1995) está construido para abordar tanto las proposiciones deonticas como las jurídicas. Es decir, en los dos primeros artículos mencionados, nuestro autor entiende “lógica deontica” en sentido estrecho, como aquella lógica que se aplica al ámbito de la ética o la moral; pero en el tercer artículo referido, “lógica deontica” está tomada en sentido amplio, como un sistema más general aplicable a dos ámbitos emparentados, el de lo ético y el de lo jurídico. En los dos primeros trabajos aludidos, Peña presupone que la expresión “lógica deontica” puede legítimamente ser usada en su sentido estrecho, según el cual hay una lógica que sistematiza las normas éticas; y en el tercer trabajo, no vislumbra ningún problema en la utilización de un mismo sistema de lógica para racionalizar las normas éticas, por un lado, y las normas jurídicas, por otro lado, compartiendo ambas el ser tratadas con el mismo instrumental lógico. Tanto las normas éticas como las jurídicas serían lógicas en el mismo sentido, siendo subsumibles bajo las mismas reglas de inferencia. Entonces, no solo las normas jurídicas gozan de ese prestigio que les brinda la lógica deontica en sentido laxo ya que también las normas éticas pueden acceder a ese mismo tratamiento formal y riguroso, revistiéndose de racionalidad. En cualquier caso, sea que entendamos “lógica deontica” en sentido amplio o en sentido estrecho, la ética estaría respaldada por ella, y por lo tanto podría tener títulos para reclamar para sí el estatuto de objetividad.

¿Qué podría replicar Peña para rechazar esta consecuencia? Tengo la impresión de que una posible salida suya podría ser la de apelar al dualismo, distinguiendo entre dos tipos diferentes de lógica deontica: una para la ética y otra para el derecho. Puesto que el sentido de “lícito”, y por lo tanto, de “obligatorio” cambiaría según estemos en la ética o en el derecho, asimismo, los axiomas y las reglas de inferencia lógicas que sistematizan las respectivas normas en esas dos áreas tendrían que exhibir distintos sentidos, por más que simbólicamente tengan la misma forma.

Independientemente de qué solución adopte nuestro autor, uno se pregunta de dónde le viene la desconfianza en desmedro de la ética.

Aquí, su biografía intelectual puede servir para explicar su resistencia frente a la ética, ya que, por su pasado marxista y la influencia de Bertrand Russell, siempre sintió un recelo hacia la filosofía moral (Peña, 2015, p. 5). Recordemos que para la teoría del materialismo histórico, en el capitalismo, tanto la ética como el derecho, perteneciendo ambos a la superestructura, tienen la función de servir a los intereses de la clase dominante, por lo cual sería injustificado defender una ética que pretendidamente fuese universal, ubicándose más allá de la lucha de clases. Y por lo que respecta a Russell, a pesar de sus titubeos, este filósofo desarrolló una versión

de lo que vino a ser la teoría emotivista, negando que los juicios éticos hagan asertos sobre hechos morales, y por lo tanto, aquellos carecen de un valor de verdad. Con este doble trasfondo intelectual en el pasado de Peña, resulta difícil que uno se empeñe en querer rescatar la objetividad de la ética.

Además, sabemos que, alrededor del año 1975, abrazó el objetivismo de los valores gracias a la influencia de Nicolai Hartmann, pudiendo la axiología formar parte de su ontología. Sin embargo, mi sospecha es que al final los únicos valores plenamente admitidos o reconocidos en el universo de Peña son los jurídicos, quedando los valores éticos en suspenso hasta pasar un examen más riguroso.

Para cerrar este análisis acerca de la crítica que hace Peña a la ética y su presunta objetividad, quisiera comentar acerca de la relación entre una ética consecuencialista y el derecho natural, conexión que se aborda en un par de pasajes en *Visión lógica del derecho* (pp. 291, 331). Nuestro autor menciona que, por una parte, el axioma de la obligatoriedad del bien común –que forma parte de la lógica nomológica, esencia del derecho natural– exige, gracias a un principio consecuencialista, que las leyes diseñadas y aprobadas por la legislatura sean aquellas que maximicen el bienestar colectivo, y, por otra parte, que la prohibición de la tortura –que es un teorema del derecho natural– se justifica nuevamente apelando a un principio consecuencialista. Es decir, que al momento de establecer o determinar las reglas que regirán las relaciones sociales, el criterio que nos guía para escoger o elaborar las normas idóneas es consecuencialista; las reglas a las que someteremos nuestra conducta social son aquellas que tienen buenos resultados, o los mejores, en función de los valores que deseemos proteger en el ordenamiento jurídico.

Pero, si tanto el axioma del bien común como la prohibición de la tortura se justifican por el consecuencialismo, y este es considerado típicamente como una doctrina de la ética, resultaría que el derecho natural dependería fundamentalmente de la ética. No obstante, es esta precisamente una de las ideas que desea evitar Peña. Adelantándome a una posible respuesta suya, podría yo prever que una estrategia para restaurar la consistencia de su sistema podría ser la de acudir una vez más al dualismo, distinguiendo, en esta ocasión, dos tipos de consecuencialismo, uno ético y otro jurídico.

Personalmente, creo que esta hipótesis mía es conforme con la tendencia que Peña adopta en varios sitios del Capítulo VII del libro, en el cual opta por un dualismo, en varios aspectos. En efecto, su argumentación está dirigida a distinguir nítidamente los campos de la ética y del derecho por lo que respecta a sus fines, los valores, el bien, el bien común, lo bueno, los deberes, la ley natural, la razón práctica; a lo cual añadiría yo –como lo he tratado de mostrar–, la lógica deontica y el consecuencialismo de reglas. Al interior de cada uno de ellos, hay una dualidad; es decir, cualquiera de estos diez aspectos visto en el contexto de la ética es diferente de ese mismo aspecto visto en el contexto del derecho. No obstante, llevado el dualismo hasta estos extremos, quizás resulta un poco desmesurado, teniendo en cuenta un precepto occamiano de no multiplicar las entidades más allá de lo conveniente. Por lo cual, me atrevo a decir que, llegados a este punto, parecería que es razonable matizar la separación entre ética y derecho, otorgando cierta objetividad a la ética.

Ahora sí termino. Sería una ilusión de mi parte pretender que Lorenzo Peña presenta un talón de Aquiles dentro de su bien trabado armazón. Sin embargo, no me cabe duda de que, con las dificultades aquí expuestas, nuestro autor sabrá dar una respuesta que aplacará las inquietudes aquí vertidas, expandiendo así nuestro diálogo enriquecedor. Muchas gracias por darme la oportunidad de formar parte del mismo.

Bibliografía

- HOSPERS, J. (1979). *La conducta humana*. (J. Cerón, Trad.). Madrid, España: Tecnos. (Trabajo original publicado en 1961).
- HOOKER, B. (2016). Rule Consequentialism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Ed.). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/consequentialism-rule/>
- KING, P. Abelard's Intentionalist Ethics. Recuperado de: http://individual.utoronto.ca/pking/articles/Abelard_on_Ethics.pdf
- PEÑA, L. (1987-1988). Un enfoque no clásico de varias antinomias deónticas. *Theoria - Segunda Época* 7-8, pp. 67-94.
- PEÑA, L. (1991). El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica. *Isogoría* 3, pp. 43-79.
- PEÑA, L. (1995). Quantificational entitlements and relevantoid deontic logic. *Logique et Analyse* 150-151-152, pp. 209-238.
- PEÑA, L. (2015). Prólogo. En L. Peña, *Idea Iuris Logica* (Tesis doctoral, pp. 3-14). Recuperado de: http://digital.csic.es/bitstream/10261/117264/1/IdealurisLogica_LPyG.pdf
- PEÑA, L. (2016). El lugar de la filosofía jurídica en el conjunto de los estudios filosóficos. Recuperado de: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/134637/1/lugar5.pdf>
- PEÑA, L. (2017a). 59 Tesis del racionalismo jurídico. Recuperado de: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/156978/1/59tesis.pdf>
- PEÑA, L. (2017b). A propósito de mis recientes "59 tesis sobre el racionalismo jurídico". Recuperado de: <https://jurilog.blogspot.com/2017/11/a-proposito-de-mis-recientes-59-tesis.html>
- PEÑA, L. (2017c). Ética y derecho: Invitación al debate. Recuperado de: <https://jurilog.blogspot.com/2017/11/etica-y-derecho-invitacion-al-debate.html>
- PEÑA, L. (2017d). *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico*. Madrid, España: Plaza y Valdés.
- PEÑA, L. (2018). Juicio moral y juicio jurídico-penal. Consideraciones sobre la sentencia de La Manada. Recuperado de: <https://jurilog.blogspot.com/2018/08/juicio-moral-y-juicio-juridico-penal.html>
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. (2015a). Consequentialism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2015 Ed.). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. (2015b). Moral Skepticism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Ed.). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/skepticism-moral/>

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

J. J. Moreso

Universitat Pompeu Fabra

josejuan.moreso@upf.edu

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4366>

Acerca de la Logica Iuris de Lorenzo Peña

In logic there are no morals. Everyone is at liberty to build his own logic, i.e. his own language, as he wishes.

All that is required of him is that, if he wishes to discuss it, he must state his methods clearly, and give syntactical rules instead of philosophical arguments.

(Carnap 1937: §17).

1. Introducción

Lorenzo Peña es un lógico y un filósofo reconocido, con una larga lista de contribuciones a la lógica y a la ontología, que en tiempos recientes ha prestado su atención a los problemas filosóficos suscitados por el derecho. Para ello, con su inmensa curiosidad intelectual y capacidad de trabajo, estudió derecho y escribió una tesis doctoral jurídica. Si se me permite decirlo de este modo: la filosofía –analítica para más señas¹ fue un amor de juventud, que no ha abandonado, mientras el derecho es fruto de un amor de madurez.

El libro que suscita estos comentarios (Peña, 2017) es una revisión y ampliación de su tesis doctoral jurídica, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en 2015. En su obra, Peña vierte toda su concepción filosófica al servicio de una concepción del derecho original y heterodoxa.

Reclama ser una concepción deudora del iusnaturalismo *racionalista*, en estos tiempos de post-positivismo, en donde en el paisaje actual el iusnaturalismo más reclamado, por una minoría, es el iusnaturalismo clásico de la tradición tomista.² Hasta el punto que el título, que el del libro evoca, de su tesis doctoral jurídica fue

¹ Su tesis doctoral filosófica, pronto hará cuarenta años, la elaboró en Lieja bajo la supervisión de Paul Gochet, un filósofo *quineano* que, es de suponer, le transmitió la devoción por el gran lógico y filósofo norteamericano.

² De la mano, sobre todo, de Finnis (1980).

Idea Iuris Logica, tomado de la obra de un jurista alemán de dicha tradición, Hermann Vultejus, digamos que no el más conocido de los iusnaturalistas racionalistas.

Y este creo que es otro rasgo del autor, que presupone obviamente una gran erudición: un amor por autores y corrientes menos conocidas y, sobre todo, *heterodoxas*. En el talante filosófico de Lorenzo parece traslucirse un cierto extremismo, filosófico es claro, una atracción por posiciones radicales y minoritarias. Yo, por mi parte –debo confesarlo-, no comparto esa actitud, filosóficamente al menos, mi actitud es más *ecuménica*, presiento que puede haber parte de verdad en muchas posiciones y me resulta harto más difícil que a Lorenzo apartarme de las doctrinas más asentadas, me temo que desde este punto de vista soy más conservador que Lorenzo.

En el libro hay una presentación de los fundamentos lógicos del derecho y del razonamiento jurídico que están inextricablemente ligados a la doctrina del derecho natural defendida por el autor. Hasta el punto de que Peña (2017, p. 432) sostiene que hay un “estrecho vínculo entre lógica nomológica y derecho natural. Ese íntimo conexo consiste en que es lógica nomológica aquella parte del derecho natural que, hoy por hoy, podemos formalizar, o sea, ajustar a los parámetros de regimentación inferencial reconocidos en las ciencias exactas de nuestro tiempo”. Hay algo que no alcanzo a comprender de esta idea: la lógica sólo se ocupa de la dimensión formal de nuestras inferencias, nada dice del contenido, de hecho es compatible con cualquier contenido. Bien, sólo excluye algunos contenidos: aquellos que no son lógicamente posibles. En este sentido, no comprendo bien como la lógica nomológica puede ser parte del derecho natural, sino es en el trivial sentido conforme al cual las verdades lógicas son implicadas por cualquier proposición.

Por esta razón, entre otras, será mejor ir por partes. Dividiré mi comentario en cuatro apartados: en el primero me referiré a lo que podemos denominar las concepciones de la lógica, en el segundo a la sintaxis de la lógica nomológica de Peña, en la tercera a la semántica de dicha lógica, con algunas cuestiones pragmáticas y, en cuarto y último lugar, a la singular tesis de Peña según la cual el derecho natural es un ámbito distinto y autónomo en relación con la moralidad.

2. Concepciones de la lógica

El gran lógico norteamericano, ahora algo olvidado lamentablemente, R. M. Martin cuenta (Martin, 1974, p. 75) que cuando su maestro A. N. Whitehead supo de las lógicas trivalentes de Lukasiewicz, dado que no tenía gran simpatía por las lógicas alternativas, dijo que sólo hay ‘One God, one country, one logic’. No es que yo comparta este también radical punto de vista. Pero tampoco comparto el punto de vista extremadamente liberal al que Carnap parece que se adhería, al menos en el texto que encabeza esta contribución. Me muevo más bien en una posición cercana a Quine, del que Peña se separa en este caso,³ según el cual las revisiones de la lógica clásica deben ser acogidas con mucha precaución, de acuerdo con lo que denominó *la máxima de la mutilación mínima* (Quine, 1970, p. 100).

Tradicionalmente, la lógica deontica se considera una variación de alguna de las lógicas modales que, a su vez, son comprendidas como extensiones de la lógica clásica, normalmente de la lógica clásica proposicional, es decir, en la lógica deontica son válidos todos los axiomas y teoremas de la lógica proposicional clásica.

³ Véase Peña (2017: 55 y nota 17) para la posición de Peña acerca de la concepción de Quine.

Como es sabido, la lógica modal en su versión más débil,⁴ el sistema **K**, (aludiendo a Saul Kripke) surge de añadir los dos siguientes principios a la lógica proposicional:

Regla de necesitación: Si A es un teorema de **K**, entonces también lo es $\Box A$.

(en donde el símbolo \Box está en el lugar de la expresión ‘es necesario que’, al que se añade el símbolo \Diamond , que se lee ‘es posible que’ y se define como $\neg\Box\neg$).

Axioma de distribución: $\Box(A \rightarrow B) \rightarrow (\Box A \rightarrow \Box B)$.

El sistema **K**, sin embargo, es muy débil para dar cuenta de las peculiaridades de lo necesario y lo posible, por dicha razón se acepta ampliamente un nuevo axioma (M) que configura el llamado sistema **T**:

(M) $\Box A \rightarrow A$.

Más controvertida es la aceptación de los axiomas (que se refieren a la iteración de operadores de necesidad y de posibilidad) y que dan lugar a los sistemas, denominados por razones obvias, **S4** y **S5**:

(4) $\Box A \rightarrow \Box\Box A$.

(5) $\Diamond A \rightarrow \Box\Diamond A$.

Pues bien, la lógica deóntica nace como una extensión de la lógica modal, en la que el operador O, por ‘es obligatorio que’, se comporta como \Box , ‘es necesario que’, y ‘P’, por ‘está permitido que’, se comporta como \Diamond , ‘es posible que’. Los axiomas de las diversas lógicas deónticas corren en paralelo a los de las lógicas modales, con una excepción: obviamente aquí no es aceptable el axioma (M) puesto de que A sea obligatorio, no se obtiene que A, dado que la lógica deóntica debe reconstruir la intuición común de acuerdo con la cual nuestras obligaciones pueden ser violadas. Hay que sustituir el axioma (M) por un axioma como (D), que parece conforme a nuestras intuiciones, lo que es obligatorio está también permitido:⁵

(D) $Op \rightarrow Pp$.

No es irrazonable creer que una estrategia como esta podría reconstruir *la lógica del derecho*, es decir la lógica que subyace a la estructura del derecho y al razonamiento de los juristas. Así, por ejemplo, en una obra crucial en esta tradición, Alchourrón-Bulygin 1971, con una lógica deóntica que es una extensión de la lógica proposicional. O bien, más recientemente, y con argumentos a los que es sensible Peña, añadiendo la lógica de predicados de primer orden, la descomunal Ferrajoli 2007, también una extensión de la lógica clásica con la lógica modal y la lógica deóntica.

Sin embargo, esta no es la vía de Lorenzo Peña. Peña había demostrado en muchos de sus trabajos de lógica el rechazo de partes centrales de la lógica clásica. Fundamentalmente, según creo, Peña rechaza de la lógica clásica dos consecuencias importantes. En primer lugar, la idea de que de una contradicción se sigue cualquier consecuencia, *ex falso quodlibet*, también llamada *principio de explosión*. Una

⁴ Vd., por ejemplo Garson 2016.

⁵ Esto es lo que hace el pionero y seminal Von Wright 1951. Véase también McNamara 2014.

consecuencia que fue elegantemente mostrada por C.I. Lewis y C.H. Langford (Lewis-Langford, 1932, p. 252) del siguiente modo:

1. $p \wedge \neg p$	Premisa
2. p	Eliminación de la conjunción 1
3. $p \vee q$	Introducción de la disyunción 2
4. $\neg p$	Eliminación de la conjunción 1
5. q	Silogismo disyuntivo en 3,4.

La segunda idea que rechaza Peña es el principio de bivalencia, según el cual toda proposición es o bien verdadera o bien falsa. Esta es una tesis no del sistema de la lógica proposicional, sino acerca de él. Quiero decir que en el sistema de la lógica proposicional se puede probar que la fórmula

$$p \vee \neg p,$$

puede obtenerse sin premisas del siguiente modo:

1. $\neg(p \vee \neg p)$	Introducción de premisa 1
2. p	Introducción de premisa 2
3. $p \vee \neg p$	Introducción de la disyunción 2
4. $(p \vee \neg p) \wedge \neg(p \vee \neg p)$	Introducción de conjunción 1,3
5. $\neg p$	Regla del absurdo 2,4.
6. $p \vee \neg p$	Introducción de la disyunción 5
7. $(p \vee \neg p) \wedge \neg(p \vee \neg p)$	Introducción de conjunción 1,6
8. $\neg\neg(p \vee \neg p)$	Regla del absurdo 1,7
9. $p \vee \neg p$	Doble negación 8

Es decir, el tercero excluido es un teorema de la lógica proposicional. Ahora bien, esto no es todavía la ley de la bivalencia, para ello debemos aceptar la definición de verdad aristotélico-tarskiana, según la cual “p” es verdadera si y sólo si p y “p” es falsa si y sólo si $\neg p$. Ahora con las definiciones de verdad y falsedad y el tercero excluido puede probarse la bivalencia del siguiente modo:

(V) ‘p’ es V $\leftrightarrow p$	Definición de verdad
(F) ‘p’ es F $\leftrightarrow \neg p$	Definición de falsedad
(TE) $p \vee \neg p$	Tercero excluido
(BIV) ‘p’ es V \vee ‘p’ es F	Bivalencia, por equivalencia de los bicondicionales

A nuestro autor ambos principios, el principio de explosión y el de bivalencia, le parecen rechazables. El rechazo del principio de explosión da lugar a lo que se conoce como lógicas *paraconsistentes*.⁶ Esta posición, que comporta que la paraconsistencia es una propiedad de la relación de consecuencia lógica, no ha de confundirse con el denominado *dialectismo*, una posición acerca de la verdad, que comporta que hay contradicciones que son verdaderas.⁷ Peña presenta claramente esta distinción (Peña, 2017, pp. 47-48) y se inclina por alguna lógica paraconsistente. Parece que esta inclinación surge de profundas convicciones filosóficas que alinean al autor, frente a Aristóteles, con filósofos como Heráclito o Hegel. En sus propias palabras (Peña, 2017, pp. 46-47):

⁶ El nombre se debe al filósofo peruano Francisco Miró Quesada que lo acuñó en el III Simposio latinoamericano de lógica matemática en 1976. Véase, por ejemplo, Priest-Tanaka-Weber 2018.

⁷ Vd. Priest-Tanaka-Weber 2018 y Priest-Berto-Weber 2018.

Lo opuesto a ese enfoque aristotélico es el punto de vista contradictorial que ha guiado todo el itinerario intelectual del autor de estas páginas, inspirado en la filosofía de Heráclito; una filosofía de la antinomia, que entiende que no todo es como es, que algunas cosas son como no son, porque en realidad se dan hibridaciones: mezcla de ser y no-ser, de bien y de mal, de ser así y ser de otro modo.

Y este último aspecto de este enfoque permite (Peña, 2017, p. 47) "comprender los desgarramientos, los *es-no-es*, las impurezas, las desfiguraciones, las adulteraciones". Permite comprender que la realidad es gradual y que los objetos tienen o no algunas propiedades no de sotén sino gradualmente. Ello supone el rechazo del principio de bivalencia: la pregunta no es si a es P o no es P, sino en qué grado a es P.

Por ello, la lógica deóntica que subyace al libro es una lógica paraconsistente, relevante y gradualista o borrosa, una lógica que es una extensión de la lógica relevante y que halla su presentación, por ejemplo, en Ausín-Peña 2012.

Antes de comentar estos aspectos que subyacen a la presentación de las tesis de lógica deóntica del autor, permítaseme decir que en virtud de las ideas del autor que serán tenidas en cuenta en el cuarto epígrafe de este trabajo, las prescripciones son verdaderas o falsas, es más, todas las prescripciones emitidas por una autoridad son verdaderas, lo dice con estas palabras (Peña, 2017, p. 346): "Aquel que hace verdadera la prolación deóntica edictiva es la propia existencia de esa misma prolación, la cual es así autofundante". Siendo así, me temo, y dado que cualquier oración puede ser proferida por una autoridad, la posición de Peña, de tomarnos en serio esta afirmación, hace de su lógica no una lógica paraconsistente ni dialéctica, sino una lógica *trivial*, dado que todas las normas (también las contradictorias entre sí) emitidas por una autoridad son verdaderas, que es la tesis del *trivialismo* (Priest-Tanaka-Weber 2018).

Es cierto que las preocupaciones que llevan a Peña a abrazar estas lógicas alternativas son filosóficamente relevantes. Por ejemplo, es más que posible que entre algunas de nuestras creencias y lo que es implicado por otras de nuestras creencias haya alguna contradicción. Aceptar el principio de explosión significaría que, si soy racional, creo que todas las proposiciones son verdaderas y que todas son falsas. Por lo tanto, necesitamos algún modo de poner freno a dicho principio. También es más que atendible el hecho de que muchos de nuestros predicados son graduales y que la bivalencia es una reglamentación imposible de nuestro lenguaje ordinario. Ambas cosas son importantes en el derecho: es posible que las múltiples autoridades jurídicas dicten normas incompatibles y sería grave considerar que por eso cualquier norma forma parte de determinado conjunto de regulaciones, y también es difícil sostener que cualquier comportamiento de los genitores o bien está de acuerdo con la diligencia de un buen padre de familia o no lo está, puede estarlo en algún grado. Sin embargo, según creo, ninguna de ambas preocupaciones tiene que llevarnos a apartarnos en la medida que el autor lo hace de la lógica clásica. Caben estrategias más *conservadoras*.

Voy a señalar dos de ellas que he ensayado en algunos trabajos en el pasado. La primera consiste en distinguir entre las consecuencias lógicas de un conjunto de normas aquellas que son relevantes de aquellas *irrelevantes* y dejar de este modo que sólo las relevantes sean aptas para la justificación de las decisiones normativas en determinado ámbito (Moreso 1996, 1998). Con ello, no precisamos cambiar nuestra noción clásica de consecuencia lógica. Basta con tomar la noción de consecuencia lógica relevante de Schurz (1991) según la cual

Asumamos que $\{P\} \vdash C$. Entonces: C es una conclusión relevante de $\{P\}$ si y sólo si ninguna variable proposicional en C es sustituible en alguna de sus ocurrencias por cualquier otra variable proposicional, salvo *validitate* de $\{P\} \vdash C$. En cualquier otro caso, C es una conclusión irrelevante de $\{P\}$.

Ello hace, para lo que ahora nos importa, que cualquier conjunto de proposiciones que contenga una contradicción carece de consecuencias relevantes, puesto que todas ellas pueden ser sustituidas por cualquier otra. Así bloquea el principio de explosión para las consecuencias relevantes, aunque no para las consecuencias válidas lógicamente. En Moreso (1996) se extiende esta noción a la lógica deóntrica y se muestran algunas interesantes consecuencias de distinguir entre las consecuencias normativas lógicamente válidas, las relevantes de las irrelevantes.

Algo semejante ocurre con la gradualidad. Entre las diversas estrategias que se han desarrollado para dar cuenta de la vaguedad de nuestros lenguajes, hay una que a mí me parece adecuada para aplicarla a los problemas del derecho (vd. Moreso 2002, 2015), la estrategia del *supervaluacionismo*.⁸ Supongamos que tenemos dudas sobre si Julia Roberts, que mide 1,75 m., es o no alta. Por otro lado, no hay duda que el baloncestista Pau Gasol, 2.13 m., es alto y que el actor Danny de Vito, 1,47m., no es alto. Hay algunas precisiones del predicado 'alto' que son admisibles y otras que no. En todas las precisiones admisibles 'Pau Gasol' es alto es verdadera y 'Danny de Vito es alto' es falsa, ahora bien en algunas precisiones admisibles 'Julia Roberts es alta' es verdadera y en otras falsa. Diremos entonces que si una proposición es verdadera en todas las precisiones admisibles es *superverdadera*, si es falsa en todas las precisiones admisibles es *superfalsa*, si es verdadera en algunas y falsa en otras, entonces no es ni verdadera ni falsa. Tratar así la gradualidad no está exento de problemas, pero permite mantener la verdad de todos los teoremas de la lógica clásica, puesto que por ejemplo, $p \vee \neg p$ es verdadero en todas las precisiones admisibles y $p \wedge \neg p$ es falso en todas las precisiones admisibles. En cambio, si el gradualismo nos lleva, como a Peña, a las lógicas borrosas, a las lógicas polivalentes, entonces si p carece de valor de verdad, también carecen de valor de verdad $p \vee \neg p$ y $p \wedge \neg p$. Lo cual es extraño puesto que parece que la verdad lógica depende sólo de la estructura de las fórmulas lógicas y no de su contenido. Por otro lado, en Moreso (2015) se halla un modo de aplicar el supervaluacionismo tanto a las antinomias como a las lagunas normativas, que no puede ser desarrollado aquí.

2. Cuestiones de sintaxis

Hay muchas cosas que podrían decirse de las reglas y axiomas de la lógica de Peña. Pero me referiré a una sola que guarda relación con una *vexata quaestio* de la lógica deóntrica: la representación de las normas condicionales. Si yo le digo a mi hija Júlia, 'si sales de casa, ponte el abrigo', esta expresión tiene al menos dos candidatos, siendo p 'que Júlia salga de casa' y q 'que Julia se ponga el abrigo':

- (1) $O(p \rightarrow q)$
- (2) $p \rightarrow Oq$,

la primera suele conocerse como la concepción insular y la segunda como la concepción puente. En el primer caso, parece que Júlia está obligada o bien a quedarse en casa o bien a ponerse el abrigo, en el segundo sólo está obligada a ponerse el abrigo si sale de casa, lo que resulta aparentemente en lo mismo. Sin

⁸ Entre la abundante literatura, véase el pionero Fine 1975 y, sobre todo, Keefe 2000.

embargo, el *modus ponens* parece funcionar de modo distinto en ambos casos, en (1) funciona el *modus ponens* deóntico, algo como

$$(\text{MPD}) (O(p \rightarrow q) \wedge O\bar{p}) \rightarrow Oq$$

y, en cambio, en (2) opera el *modus ponens* fáctico:

$$(\text{MPF}) (p \rightarrow Oq \wedge p) \rightarrow Oq.$$

No es lo mismo, y ambas representaciones producen sus paradojas. En el caso de (1), supongamos que alguna amiga llama a mi hija porque necesita contarle algo urgentemente, entonces sucede que p deviene obligatorio, que $O\bar{p}$, y así también Oq . Supongamos que por lo que fuere mi hija no va al encuentro de su amiga, aun así ¿es obligatorio que se ponga el abrigo como requiere el *modus ponens* deóntico?. Y en el caso de (2), supongamos que su madre le autoriza, tal vez ha cambiado el tiempo, que salga sin el abrigo, $\neg Oq$, entonces, por la aplicación del *modus tollens* obtenemos que $\neg p$, una conclusión fáctica, que no sale de casa.⁹

En la lógica deóntica estándar, tal vez aceptando la traducción deóntica del axioma de distribución, se acepta la concepción insular y el *modus ponens* deóntico, al aceptar que

$$O(p \rightarrow q) \rightarrow (O\bar{p} \rightarrow Oq).$$

Sin embargo, Alchourrón (1996) considera que las normas jurídicas condicionales están mejor representadas por la concepción insular y el *modus ponens* fáctico.¹⁰ Tal vez (es una sugerencia que se halla en Greenspan 1975), la concepción insular sea apta para representar las normas condicionales en los que la acción descrita en el antecedente esté en las manos del destinatario de la norma, la verdad de la prótasis sea alterable por el destinatario. Algunas normas jurídicas son de este tipo, por ejemplo: 'Si alguien circula a más de 120 km/h por una autopista, debe pagar una multa de 100 euros'. En cambio, cuando la verdad de la prótasis es inalterable para el sujeto normativo, 'si el semáforo está en rojo, debes detenerte', entonces es más apta la concepción puente. No es posible, al parecer, hacer compatibles ambas intuiciones.

Sin embargo, y es algo que no logro entender bien, Peña (2017, pp. 408-409) rechaza taxativamente el axioma deóntico de distribución, por un lado, y por otro acepta el siguiente *modus ponens* (2017, pp. 104-105 y nota 54) puesto que acepta que (en su vocabulario):

$$o(A \rightarrow B) \rightarrow (A \rightarrow oB).$$

Esto es, la concepción insular implica la concepción puente. No entiendo que ganamos con esta maniobra, entonces mejor quedarse con la concepción puente. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, según Peña (2017, p. 409), "resulta problemática la mezcla, en una misma oración compuesta, de una cláusula aseverativa (y, por lo

⁹ La idea de estos dos tipos de *modus ponens*, de *detachment*, en Greenspan 1975 y Alchourrón 1996. Discutimos los problemas en Moreso-Rodríguez 2010.

¹⁰ Contrariamente a los primeros trabajos de lógica deóntica de Alchourrón (1969), en donde una expresión como $p \rightarrow Oq$ ni siquiera era un expresión bien formada del cálculo. Aunque en el apéndice de Alchourrón-Bulygin (1971) se dice que la lógica subyacente a *Normative Systems*, es la lógica de Alchourrón 1969, la idea de que una norma jurídica correlaciona un caso genérico con una solución normativa presupone la concepción puente (lo que queda confirmado por el uso de algunas expresiones de este tipo en el apéndice). No sé cómo pueda resolverse dicha tensión de *Normative Systems*.

tanto, portadora de valor veritativo) y otra dizque prescriptiva y, a fuer de tal, carente de tal valor; no está clara la naturaleza del resultado de este acoplamiento”, no sé cómo debemos interpretar la apódosis del axioma de distribución.

3. Cuestiones de semántica

La legitimidad de la lógica clásica procede de la noción de consecuencia lógica: La proposición A es una consecuencia lógica del conjunto de proposiciones {B} si y sólo si no es posible que las proposiciones de {B} sean verdaderas y A sea falsa. Cuando tratamos de aplicar esta idea a las normas nos hallamos ante lo que se conoce como dilema de Jørgensen (Jørgensen, 1938): si la lógica se ocupa de las relación de consecuencia entre entidades aptas para la verdad y la falsedad y las normas no son ni verdaderas ni falsas, entonces no hay una lógica para las normas. El único modo de superar el dilema (el nombre se lo puso Ross 1941) es o bien aceptar que las normas son verdaderas o falsas o asumir que la lógica va más allá de la verdad.

Ha habido muchos intentos de encontrar un correlato a la verdad de las oraciones asertivas para aplicarlo a las normas. Tal vez el más exitoso el que trata de construir una noción de *eficacia* para las normas paralela a la verdad de las proposiciones. Algo como, dicho aquí muy resumidamente, Op es eficaz si y sólo si p es siempre verdadero durante la historia de la norma y Pp es eficaz si es alguna vez verdadero en la historia de la norma (si alguna vez se hace uso de la permisión). Dado que las expresiones adverbiales ‘siempre’ y ‘alguna vez’ se comportan en un modo paralelo a como se comportan ‘es necesario que’ y ‘es posible que’ y, también, ‘es obligatorio que’ y ‘está permitido que’, entonces tal vez podemos tener esperanzas en una vía como esta.¹¹

Sin embargo, Peña intenta mostrar que las normas son aptas para la verdad. En Peña (2017, pp. 336-347), apoyado en las ideas de la filosofía del lenguaje sobre los performativos, oraciones como ‘declaro inaugurado el curso académico’ que mediante el decir unas palabras generan determinados hechos institucionales, Peña sostiene dos atrevidas tesis: 1) por un lado, que las normas jurídicas son performativos (*jusivos* los llama) y 2) por otro lado, que las autoridades hacen verdaderos dichos enunciados al proferirlos, “al proferir, edictivamente, esta frase, el legislador la hace verdadera, creando la obligación”.

No deseo discutir aquí la primera tesis, puesto que es verdad –según creo– que cuando las autoridades dictan una prescripción en determinadas circunstancias entonces dicho acto lingüístico tiene dos dimensiones: la de ordenar y la de añadir un hecho institucional al mundo, una norma válida. Explicar cómo es ello posible nos llevaría demasiado lejos.

No obstante, la segunda asunción me parece mucho más cuestionable. En primer lugar, no siempre que alguien profiere ‘declaro inaugurado el curso académico’ inaugura algo. Si yo lo digo en 2018, aún ante los miembros de mi universidad, no inauguro nada. Cuando lo dije en 2008 (fui rector de la Universitat Pompeu Fabra entre 2005 y 2013), en el acto solemne de inicio del curso, sí alcancé a inaugurar el curso. Por ello, no es el decir determinadas palabras lo que cambia el mundo, sino hacerlo en determinadas condiciones, a veces llamadas de felicidad, es decir adecuadas para conseguirlo. Decir ‘declaro inaugurado el curso académico’ no es ni verdadero ni falso, lo que ocurre es que en determinadas condiciones de felicidad, decirlo hace verdadero el hecho de la inauguración.

¹¹ Un desarrollo de esta idea y un intento de generar una semántica formal para las normas en Moreso-Navarro 1996.

Por dicha razón, me parece contrariamente a Peña, que la distinción entre normas y proposiciones normativas, que él rechaza, sigue teniendo todo el sentido. La proposición normativa sostiene que ese acto lingüístico de una autoridad vale, en ese contexto, como una norma jurídica. La proposición normativa es o bien verdadera o bien falsa, verdadera cuando se refiere a mi inauguración del curso el año 2008, falsa cuando se refiere a mi inauguración del curso el año 2018. Mis actos lingüísticos, en cambio, no son ni verdaderos ni falsos, son sólo felices o infelices.

Dos cuestiones más que guardan relación con el rechazo de la lógica deóntica estándar por parte de Peña y que, tal vez, conllevan algunas cuestiones de pragmática.

En primer lugar la paradoja de Ross (1941) según la cual, si hubiera relaciones lógicas estándar entre normas entonces de la norma 'Lleva la carta al correo' podría inferirse 'Lleva la carta o quémala'. A Peña (2017, p. 400-1), le parece una objeción relevante, porque según dice, alguien cumpliría con la norma en este caso quemando la carta. Bien, en primer lugar, cumpliría con la norma derivada, pero no con la norma formulada, que quedaría sin cumplir. El destinatario de esta norma sólo tiene un modo de cumplir con las obligaciones que se derivan de lo que se le ha ordenado, llevando la carta al correo, otros modos de cumplir con obligaciones derivadas si vulneran esa obligación explícita son modos inadecuados de realizar lo ordenado. La idea de relevancia a la que me refería en el epígrafe segundo puede sernos de utilidad aquí (la idea de relevancia es fundamentalmente pragmática), O p v q es una conclusión *irrelevante* de Op, porque la variable proposicional q puede ser sustituida por cualquier otra *salva validitate*. Entonces no es útil para justificar la acción, como vimos. Todos los casos de la paradoja de Ross pueden ser así solucionados.

Más sorprendente es el rechazo de lo que Peña (2017, pp. 396-398) denomina el principio de simplificación, y que es ampliamente aceptado en la literatura de la lógica deóntica, según el cual

$$O(p \wedge q) \rightarrow Oq.$$

Veamos el ejemplo del autor (2017, p. 396): "Conrado es un profesor que tiene la obligación de corregir los exámenes de sus alumnos y entregar las calificaciones en secretaría antes del 15 de junio. Incumple el deber de corregir. Sin embargo, en virtud del principio de simplificación, está obligado a entregar las calificaciones en secretaría, aunque sean de pura fantasía". Creo que, en este caso, la cuestión es realmente pragmática: la orden presupone que la entrega de las calificaciones es de las calificaciones obtenidas de una corrección imparcial. Supongamos que Conrado ordena a un becario realizar dicha función y que el becario la realiza a conciencia, entonces Conrado efectivamente cumple con la segunda obligación e incumple la primera, porque se trata de una obligación que debe cumplir aquí personalmente. Si hace lo que dice Peña, en realidad, incumple las dos obligaciones. Creo que el argumento de Peña no es válido para desacreditar la validez del principio.

4. Cuestiones de ética

A un lector contemporáneo de la obra de Peña, tal vez lo que le resulte más chocante es que un defensor como él del Derecho natural racionalista, sostenga a la vez una separación radical entre el derecho y la moral, entre los deberes morales y los deberes jurídicos. Estamos habituados (al menos desde Hart 1958) a tomar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral como la manera de distinguir entre iuspositivistas, que la aceptan, y iusnaturalistas que la rechazan.

Creo, sin embargo, que hay una parte de disputa verbal en esta posición de Peña. Peña (2017, p. 191) dice enfáticamente: "El ámbito de la moral es el de la conciencia subjetiva, el de las convicciones íntimas". Esta posición de Peña (véase por ejemplo Peña, 2017, pp. 308-334) apela a dos ideas centrales de su contribución:

- I. En el derecho, por diferencia a la moral, es irrelevante la subjetividad de los agentes, su fuero interno.
- II. En la moral estamos en el ámbito del pluralismo de razones y de opiniones, que debemos tolerar; el ámbito del derecho en cambio es el ámbito del bien público, de las razones que justifican el uso de la coerción de las autoridades.

Ambas tesis, bien comprendidas, son atendibles, pero –como trataré de mostrar- no conducen a la separación del derecho y la moralidad. La primera tesis es una contribución del iusnaturalismo racionalista (de Pufendorf y Thomasius, por ejemplo) a la modernidad. Distinguir entre un ámbito, el de la ética privada, en el cual el derecho no debe intervenir (la libertad de pensamiento, por ejemplo) y el ámbito del bien común, en donde sí debe intervenir. Ahora bien, en primer lugar, necesitamos algún criterio para realizar dicha distinción, y creo que debemos aceptar que este es un criterio ético o moral, porque sólo la moral, por así decirlo, goza de una jurisdicción universal. En segundo lugar, la subjetividad de los agentes no es siempre irrelevante para el derecho, no es cierto que el ámbito de las intenciones sea el ámbito de la moral y el ámbito de las obras, el ámbito del derecho. También es más repreensible desde el punto de vista moral la madre que, cansada y agobiada por el llanto de su bebé, la ahoga en la bañera que la madre que desea hacerlo, pero al final se reprime. Y es más repreensible jurídicamente la madre que intencionalmente ahoga al bebé en la bañera, que la madre a la que el bebé se le ahoga por su falta de diligencia, pero sin pretenderlo.

La segunda tesis es claramente aceptable, el hecho del pluralismo define las sociedades contemporáneas de un modo crucial. Sin embargo, no veo como generar una concepción del bien común, de lo que nos debemos unos a otros, de la reciprocidad en sociedad, sin la aceptación de alguna concepción de la justicia, la primera virtud, como quiere Rawls (1971: 3), de las instituciones públicas. No entiendo bien por qué a Peña le parece posible articular una concepción del bien común a partir de la experiencia y la práctica jurídica de las sociedades humanas, que cristalice en un conjunto de principios jurídicos aptos para justificar la doctrina de los derechos humanos y, en cambio, le parece que nuestra moralidad común (que no debemos dañar a los demás, que debemos cumplir las promesas, que debemos decir la verdad, por ejemplo) no es suficiente para generar un territorio de principios intermedios que ninguna persona racional rechazaría. Que esa concepción sea denominada moralidad pública o derecho natural me parece, realmente, irrelevante. Una triste, aunque ancestral, disputa verbal. En realidad el derecho aspira a ser, como quiere el último Dworkin (2011, cap. 19), nuestra moralidad pública institucionalizada.

5. Para seguir debatiendo

Es claro que aquí sólo he escogido, de un modo algo *impresionista*, algunos aspectos de la obra de Lorenzo. Aspectos en los que tenía dudas, o bien directamente discrepancias, y que me parecía que valía la pena poner de manifiesto.

Sin embargo, es mucho lo que uno aprende leyendo la obra de Lorenzo, no cabe duda alguna. Combina, con afortunada sutileza, un profundo conocimiento de la lógica con un más que envidiable conocimiento de los filósofos clásicos y

contemporáneos. Es una suerte que durante los últimos años haya decidido dedicarse a la filosofía jurídica, porque nos ha permitido sentirlo más cercano, trabajando codo a codo con nosotros.

Tal vez, para regresar al principio, nuestras discrepancias sean poco más que las que hay entre su actitud, más radical y heterodoxa en filosofía desde siempre, y la mía, me temo que más ecuménica y, lo reitero, filosóficamente más conservadora. Sea como fuere, mi contribución ha de ser leída únicamente como un peldaño más en la ancha escalera que el debate con su obra tan sobradamente merece.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. (1969): 'Logic of Norms and Logic of Normative Propositions', *Logique et Analyse*, 12: 242-268.
- : (1996): 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', *Studia Logica*, 57:5-18.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, (Wien-New York: Springer).
- AUSÍN, Txetxu; PEÑA, Lorenzo (2012): 'Soft Deontic Logic' en Seising R., Sanz González V. (eds.) *Soft Computing in Humanities and Social Sciences. Studies in Fuzziness and Soft Computing*, (Berlin-Heidelberg: Springer), 157-172.
- CARNAP, Rudolf (1937): *Logical Syntax of Language*, (London:Routledge).
- DWORKIN, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs*, (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols. (Roma-Bari: Laterza).
- FINE, Kite (1975): 'Vagueness, Truth and Logic', *Synthese*, 30: 265-300.
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights*, (Oxford: Oxford University Press).
- GARSON, James (2016): 'Modal Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/logic-modal/>>.
- GREENSPAN, P.S. (1975): 'Conditional Oughts and Hypothetical Imperatives' *Journal of Philosophy* 72: 259-276.
- HART, H.L.A. (1958): 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 71: 593-629.
- JØRGENSEN, Jørgen (1938): 'Imperatives and logic', *Erkenntnis* 7: 288-98.
- KEEFE, Rosanna (2000): *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press).
- LEWIS, C.I.; LANGFORD,C.H. (1932): *Symbolic Logic*, (New York: Dover).
- MARTIN, Richard M. (1974): 'On Abstractive Hierarchies' en R.M. Martin, *Whitehead's Categorical Scheme and Other Papers*, (The Hague: Martinus Nijhoff), 66-75.
- MCNAMARA, Paul (2014), 'Deontic Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/logic-deontic/>>.
- MORESO, J.J. (1996): 'On Relevance and Justification of Legal Decisions'. *Erkenntnis: an international journal of analytic philosophy*, 44: 76 – 100.
- (1998): *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, (Dordrecht: Kluwer).
- (2002): 'Superevaluaciones y determinación normativa'. En J.J. Moreso, P.E. Navarro, M.C. Redondo, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. (México: Fontamara, 2002), 69 – 94.
- (2015): 'Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias', *Anuario de Filosofía del derecho*, XXXI: 55-72.

- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E. (1996): 'Verdad y eficacia'. *Theoria: revista de teoría, historia y fundamentos de la ciencia* (1996): 105 – 124
- MORESO, J.J.; RODRÍGUEZ, J.L. (2010): 'Estudio introductorio: Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima'. Alchourrón, C.E. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. (España: Marcial Pons), 11 – 38.
- PEÑA, Lorenzo (2017): *Visión lógica del derecho*, (Madrid: Plaza y Valdés).
- QUINE, Willard v.O. (1970): *Philosophy of Logic*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- PRIEST, Graham, TANAKA, Koji and WEBER, Zach (2018): 'Paraconsistent Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/logic-paraconsistent/>>.
- PRIEST, Graham, BERTO, Francesco and WEBER, Zach (2018): 'Dialetheism', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/dialetheism/>>.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press).
- ROSS, Alf (1941): 'Imperatives and Logic', *Theoria* 7: 53–71.
- SCHURZ, Gerhard (1991): 'Relevant Deduction. From Solving Paradoxes towards a General Theory', *Erkenntnis*, 35: 391-437.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1951): 'Deontic Logic', *Mind*, 60: 1-15.

El bien común, esencia y función del Derecho

Lorenzo Peña y Gonzalo

Instituto de Filosofía del CSIC

lorenzo.pena@csic.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4367>

Agradezco efusivamente los estimulantes comentarios que consagran a mi libro, *Visión lógica del Derecho* —en lo sucesivo VLD—, los profesores Julia Barragán, Andrés Ollero, Manuel Atienza, Mariano Melero, Alfonso García Figueroa, Marcelo Vásconez y José Juan Moreso.

No pudiendo venir meticulosamente abordados en esta respuesta global sus minuciosos análisis, me disculpo por soslayar, en las páginas que siguen, muchos de los problemas contenidos en sus comentarios.

* * *

Justicia y bien común

Antes de entrar en la lectura desglosada de los comentarios, desearía hacer unas consideraciones sobre un problema recurrente: *bien común* frente a *justicia*. (V. Peña, 2016.)

Desde diversas perspectivas se me objeta que, si —en la fundamentación del Derecho— invocar el bien común no equivale a invocar la justicia, entonces no es acertado mi planteamiento, pues el valor supremo del Derecho es, precisamente, la justicia, sin que pueda venir ocupado ese sitio por otro valor (si es que es verdaderamente otro).

De modo general, mi reacción es que, mientras que la justicia es formal, el bien común es material. El bien común es un contenido, un bien. Una normativa en aras de la realización de un *qué* —concretamente el bien, cierto bien, el bien común— difiere de una normativa que sólo se proponga la realización de un *cómo*, o sea: que aquello que venga realizado se lleve a cabo de una determinada manera —a saber: con justicia—.

Es bien sabido que Kant diferenció la normativa en aras del bien de aquella que se hace en aras de la rectitud. Para el filósofo de Königsberg el bien es asunto privado y empírico, un fin que cae fuera de la racionalidad jurídica. Ésta sólo regularía la manera como se relacionen los actos voluntarios de un sujeto con los de los demás (buscando cada uno los fines que deseé), y esa manera es la regla de ejercitar la propia libertad de tal suerte que se armonice con la libertad de los demás según una ley universal.

En nuestro tiempo, Rawls ha retomado esa idea de Kant, dándole un nuevo perfil. Pienso que una magistral respuesta a su enfoque la brinda Michael Sandel

(Sandel, 1998), especialmente en el apartado «Contesting the priority of the right over the good». Falla la pretensión de erigir a la justicia o la rectitud como lo único socialmente vinculante en la esfera pública, dejando a la privada de cada cual entender como quiera los fines de la vida (lo que para cada ciudadano particular sea el bien). Falla por varios motivos, entre otros que las reglas de rectitud sólo cobran sentido y motivación cuando se comparten algunos fines comunes, un bien común (además de que los particulares pueden y suelen tener igualmente concepciones muy diversas de la rectitud o justicia; de hecho es verosímil que la mayoría de nosotros discrepemos de la concepción rawlsiana).

La justicia es un canon de paridad o de proporcionalidad. Ha solidado enunciarse como la máxima de tratar igual los casos iguales y de modo desigual los casos desiguales. Es atinada la discusión que de ese canon ofrece H.L.A. Hart (Hart, 1961) en el apartado «Principles of justice». Perfilase con nitidez en esas páginas de su obra cómo la justicia es esencialmente formal, deslindándose, escrupulosamente, la justicia de la ley y la justicia en la aplicación de la ley. La segunda está erizada de menos dificultades (no es que no presente ninguna), pero es un enigma en qué consista la justicia de la ley. En efecto: «tratar igual los casos iguales» es claramente un sintagma elíptico, sobreentendiéndose el adverbio «relevantemente». Y ¿qué es lo relevante? V.g. existía en Francia un impuesto sobre la fortuna (v. *infra*, el último apartado de este ensayo); en la actual presidencia ha venido reemplazado por uno sobre la fortuna inmobiliaria. ¿Vulnera la justicia tal cambio legislativo? Puede pensarse que sí, porque lo relevante es la capacidad económica del obligado tributario, esté invertida en lo que esté; puede creerse que no, porque en el nuevo impuesto lo relevante es el patrimonio inmobiliario, no el valor monetario de lo que uno tenga.

Asimismo, el actual impuesto español de la renta personal separa la renta llamada «del ahorro» de la del trabajo o actividad profesional; ésta sufre mayor progresividad y tipos impositivos más elevados. ¿Se están tratando de manera igual los casos relevantemente iguales?

Y ¿qué decir del trato desigual de los desiguales? Si el tipo máximo del recién mencionado impuesto es del 45%, se aplica igual a dos rentas una de las cuales multiplica por mil o un millón a la otra. ¿Son relevantemente iguales o desiguales esas dos rentas para quedar sujetas al mismo tipo impositivo?

Dudo mucho que nos pueda sacar de dudas la mera aceptación del canon de justicia según lo he enunciado (o su sucedáneo de «dar a cada uno lo suyo»). Pero además, en esa célebre y añeja formulación falta tomar en cuenta la proporcionalidad. ¿Es justo que sustraer cierta suma esté penado con una privación de libertad de seis meses pero sustraer un euro más determine un salto de tipo, acarreando prisión de dos años? ¿Es justo que sea lícita la relación sexual con una persona pero —sin cambiar ninguna otra circunstancia— esté penalmente castigada con varios años de reclusión la relación con otra nacida 24 horas antes?

No sé cuál será el sentimiento del lector, pero el mío es que, aunque en esos ejemplos se están tratando de modo igual los iguales y desigual los desiguales, se comete injusticia, al infringirse el canon de proporcionalidad: se tratan de manera absolutamente diversa supuestos de hecho casi iguales. Conque tal vez podríamos preferir una definición diversa de la clásica: lo justo es tratar de manera similar los casos (relevantemente) similares.

Claro que quedan sin despejar varias incógnitas. A menudo va a ser difícil o imposible atenerse a tal principio. ¿Cómo regirse por el criterio de proporcionalidad

cuando tengamos un constreñimiento del *numerus clausus*? Además, ¿qué rasgos son relevantes? ¿El grado de menesterosidad, el tiempo que se lleve en la cola, los méritos del beneficiario?

¿Qué regla de proporcionalidad habrá de escoger la ley para ser justa? P.ej., robar un millón de euros ¿habrá de estar penado con la mitad de reclusión que robar dos millones? ¿Cómo demostrar que el homicidio merece una pena tres veces mayor que el secuestro —o cualquier otra proporción que escoja el legislador penal?

La respuesta que sugiero a todas esas inquietudes es partir del bien común, llamando «justicia» al canon de atenerse, tanto en la legislación cuanto en la aplicación de la ley, a reglas de proporcionalidad acordes con el objetivo del bien común. La justicia pasa a ser así, en esencia, no arbitrariedad (cualquier desproporción implica un salto arbitrario).

Sin embargo, el bien común puede demandar que —en aras de otros valores asimismo requeridos por el bien común—, no siempre prevalezca ese canon. (Me remito de nuevo a Hart, pero también a I. Berlin, quien supo ver, mejor que nadie, la conflictividad entre diversos valores y derechos fundamentales.) Según mi concepción del Derecho Natural, centrada en el valor del bien común, puede ser válido edictar leyes injustas por mor de la concordia (de la paz social), o de la seguridad jurídica o de un mayor bienestar general.

Eso sucedió con la ley 46/1977 de 15 de octubre concediendo la amnistía. Una ley hoy muy atacada, olvidándose que, sin ella, no habríamos disfrutado del grado de convivencia en la diversidad que ha hecho posible una discusión académica como la que estamos ahora teniendo. Adúcese en su contra que vulnera la justicia. El diputado D. Antonio Carro pronunció en el Congreso un discurso opuesto al proyecto legislativo: «Operar con el concepto de amnistía, que borra el delito, para hechos atroces de muerte a sangre fría, implacables [...] puede resultar socialmente intolerable y gravemente pernicioso». Y agregó: «Frente a los ataques a la democracia no es buena medicina la amnistía. La única medicina que aplican las democracias más genuinas y consolidadas es una estricta aplicación de la ley». (La ley se aprobó por 296 a favor, dos en contra, 18 abstenciones y uno nulo.)

Suele asociarse la exaltación de la justicia como valor supremo del Derecho (cuando no único) a la idea de que el ordenamiento jurídico sólo se ocupa de regular la convivencia entre los miembros de la sociedad de tal modo que se eviten los conflictos o, cuando surjan, se solventen con arreglo a pautas no arbitrarias. En su versión más radical, esa concepción lleva al Estado mínimo (policía más justicia penal).

Frente a eso está la realidad. Ningún Estado se ha limitado a las funciones mínimas que le reconocen los libertarios. Todos los Estados históricamente existentes se han encargado de dirigir el esfuerzo mancomunado de los miembros del cuerpo político para tareas encaminadas a la defensa, al servicio público y al fomento de la riqueza colectiva (v.g. las obras públicas, el abastecimiento de las poblaciones, el patrimonio arquitectónico público, etc.).

Por otro lado, esa concepción del Estado y del poder judicial, meros guardianes de la justicia, suele llevar aparejada una visión achatada del Derecho, como se echa de ver en los ejemplos de la mayoría de los jusfilósofos, generalmente ceñidos a las jurisdicciones penal y civil, desdeñando la contencioso-administrativa (hoy numéricamente preponderante). Desvanécese en ese enfoque la función del Derecho como normativa que implica obligaciones de los ciudadanos para con la

comunidad y, correlativamente, derechos frente a esa comunidad. La mera palabra «convivencia» se entiende como coexistencia. (En verdad, sólo se convive si se hacen cosas juntos, si se tienen bienes en común.)

Sin bienes comunes difícilmente puede darse un bien común, el cual no es una suma de los bienes particulares. Una pluralidad de individuos en la cual todo fuera privado sería una mera yuxtaposición de átomos que espontáneamente entrarían en relaciones puramente particulares. Perdería así legitimidad (o nunca la adquiriría) la autoridad instituida para evitar o zanjar los conflictos, siendo entonces preferible un planteamiento acrático como el de Hans-Hermann Hoppe.

Los enfoques que estoy criticando parten de que la sociedad no tiene ningún fin (como no sea el puramente negativo de no agredirnos). Si la sociedad tiene un fin, éste ha de ser el bien común. Y el Derecho, la normativa reguladora de la sociedad, no puede perseguir un fin diverso del de la propia sociedad.

Vamos a concebir un país asiático donde, un tiempo atrás —como consecuencia, en parte, de su política legislativa—, la población vivía en la miseria, aunque disfrutando, eso sí, de una considerable dosis de igualdad social —y, por lo tanto, de justicia social. Ya sé que para algunos autores —de inclinaciones más o menos libertarias— la justicia social no es justicia, porque la justicia, a secas, es igualdad ante la ley, al paso que la justicia social es una cierta igualdad de resultado que, precisamente, entraña una desigualdad ante la ley. A ese punto de vista cabe replicar que las necesidades humanas constituyen uno de los factores relevantes —no el único— en la aplicación de los principios de tratar igual los iguales, o tratar similarmente los casos similares. En esa consideración se funda el Estado del bienestar que, mal que bien —y a pesar de los asaltos que sufre—, es una pauta parcialmente asumida por casi todas las legislaciones del mundo.

Volvamos a ese país asiático. Tras decenios de igual penuria, cambió su legislación, gracias a lo cual se ha fomentado la riqueza nacional, pero muy mal repartida. Imaginemos que ni siquiera se ha respetado el principio de diferencia de Rawls (p.ej. el 5% más pobre no ha visto mejorada su suerte, a diferencia del 95% restante). No sólo eso, sino que, dentro de ese 95%, se han agravado considerablemente las desigualdades, lo cual ha elevado muchísimo los índices GINI tanto de riqueza cuanto de consumo y de renta.

Podríamos pensar que tales desigualdades no son injustas, porque ya se nos ha dicho que es justo tratar de modo igual los iguales y desigual los desiguales; incluso si alteramos tal concepto para tener en cuenta la proporcionalidad, quizá persiste el hecho de que los factores subyacentes se han diversificado, por lo cual sería justa la mayor desigualdad resultante. ¿Cuáles son esos factores subyacentes? ¿A qué ha de corresponder la renta? ¿A la capacitación, al esfuerzo, al mérito, a la necesidad, a la utilidad que reporta uno con su labor? Desde luego las necesidades de la gente no han sufrido esa variación. Incluso si se han producido acusadas diversificaciones de utilidad económica, muchos seguiríamos creyendo que las disparidades de bienestar derivadas implican mayor injusticia.

Pese a tal injusticia, casi todos viven mejor; no pocos, muchísimo mejor. La comunidad en su conjunto tiene un bienestar agregado muy superior al que tenía antes de las reformas: mejoría en la salud pública, mayor y mejor esperanza de vida, más prosperidad, mejores infraestructuras, mayores logros del país, más influencia en los asuntos mundiales. Existe, pues, un mayor bien común. Por consiguiente según el Derecho Natural —conforme con mi propuesta— la nueva legislación es preferible a la vieja.

Eso sí, para aumentar el bien común, serán menester ulteriores reformas que redistribuyan la riqueza ya conseguida, porque, *cæteris paribus*, es preferible una sociedad con menores disparidades de bienestar (como lo supo ver y expresar admirablemente John Stuart Mill). Lleva razón Peter Turchin (el teórico de la *ultrasociedad* y de la evolución cultural) al sostener cuán vulnerables y frágiles son las sociedades muy inigualitarias: no sólo desmoralizan a los desfavorecidos —socavando así la solidaridad social y la acción colectiva—, sino que, además, agudizan las rivalidades, incluso entre los privilegiados (Turchin, 2018). Turchin reconoce que hay ciclos históricos de nivelación y desnivelación; en ciertos períodos, el incremento del bien común acarrea mayor desigualdad; sólo que tal tendencia tiene que invertirse al alcanzarse cierto umbral, so pena de entrar en fase de involución, dañando ese mismo bien común.

Es compleja y sinuosa la relación entre el bienestar agregado de la población y la distribución igualitaria (justa), habiendo que distinguir la percepción individual de la decisión colectiva. Pensemos en la parábola de los jornaleros del Evangelio de San Mateo, 20, 1-16: el dueño de la hacienda paga igual a los braceros que han soportado la carga y el calor de toda la jornada que a aquellos que, contratados al caer la tarde, apenas han trabajado pocas horas. Indígnanse los primeros por tal injusticia (se tratan de manera igual los desiguales). El dueño replica que ha respetado su palabra y que no deben ser envidiosos. (Podría ofrecerse otro argumento: si los contratados más tarde han holgado durante la mayor parte del día, no ha sido por culpa suya.)

Cualquiera que sea nuestra opinión sobre esa paradójica parábola, es lo cierto que somos envidiosos y que nuestra espontánea reacción suele preferir que se nos trate justamente (en la visión que tengamos de lo que eso supone) antes que ver incrementado nuestro bienestar (o, peor, el bienestar común). Hay estudios que así lo demuestran. Cito los datos recopilados en Solnick & Hemenway, 1998. Según una encuesta recogida en ese artículo, más de la mitad de los estudiantes renunciarían a ganar más si el incremento salarial estuviera condicionado a un descenso relativo en la escala retributiva dentro del establecimiento para el que trabajaran (o sea, si implicara un mayor aumento para sus compañeros de empleo).

Sólo que la racionalidad jurídica no es la suma de las preferencias desagregadas de los sujetos. (Recordemos la paradoja de la votación de Arrow.) Por eso la preceptividad del bien común no emana de que nuestra conciencia singular intuya su fuerza de obligar. Su vigencia es objetiva, no subjetivamente construida.

* * *

Paso ahora a hilvanar algunas reflexiones sobre los diversos comentarios.

Está impregnado de incitaciones intelectuales el que gentilmente dedica a mi obra Julia Barragán. Con su amplio conocimiento de temas relacionados con la teoría de la decisión racional, me interpela desde consideraciones epistemológicas de gran rigor, pero que —lamentablemente para mí— caen por entero fuera de mis campos de competencia. Ni la génesis del principio de incertidumbre de Heisenberg ni sus varias interpretaciones, ni su alcance ontológico ni sus consecuencias lógicas ni el recurso a una teoría de la probabilidad bayesiana son, para nada, temas en los cuales pueda yo emitir una opinión solvente. Me congratula ver que mi trabajo suscita cuestionamientos desde esos ángulos disciplinares.

Confieso, empero, cierto escepticismo con relación a una noción tan imprescindible como escurridiza: la probabilidad. Verdaderamente ¿ha demostrado alguien que se ajusta al teorema de Bayes el —vago y maleable— concepto de

probabilidad que solemos manejar? (Un concepto cargado de paradojas, como lo supo analizar, años atrás, Andrés Rivadulla.) Personalmente prefiero usar adjetivos menos comprometidos con una teorización tan estricta, como «*plausible*» o «*verosímil*» —sin ignorar que no parecen haber tenido mucho éxito los intentos de N. Rescher y de Karl Popper de formalizar sendos conceptos.

Hasta donde alcanzo a ver, el problema de la verosimilitud se les plantea a los jueces a la hora de formarse una opinión sobre los supuestos de hecho, sin que tenga yo claro que también sea apropiado para saber qué norma es aplicable (salvo en tanto en cuanto ello dependa de cuáles sean los supuestos fácticos). No desconozco que en el Derecho los hechos entran jurídicamente calificados (para venir adecuadamente subsumidos en supuestos fácticos de las normas) y que la calificación jurídica es una operación diversa de determinar la consecuencia jurídica. Me resisto, no obstante, a aceptar la visión que nos propone Julia de la decisión judicial, que sería un acto de voluntad, no de entendimiento, aunque de una voluntad racionalmente orientada por una interactiva consideración de normas y pruebas fácticas (testimonios, documentos, etc.). Confieso que en esa descripción no hallo pauta alguna para aclararme sobre qué deben hacer los jueces.

En mi propio planteamiento están deslindadas cinco operaciones. 1^a Averiguar los hechos, p.ej. que se ha dado tal relación sexual entre A y B en tales circunstancias. 2^a Calificarlos jurídicamente (si ha sido estupro, violación o relación libremente consentida). 3^a Indagar otras circunstancias fácticas, como eximentes, atenuantes y agravantes, que vendrían a integrarse en el supuesto de hecho jurídicamente calificado (así como, eventualmente, causas de impunibilidad o de prescripción). 4^a Interpretar los preceptos legislativos aplicables (en este caso el Código Penal). Y 5^a Derivar la consecuencia jurídica, aplicando un principio de la lógica nomológica (el de la consecuencia jurídica) más la legislación vigente. Si la probabilidad o verosimilitud interviene en las tres primeras operaciones, dudo que esté presente en la cuarta.

Para mí, la actuación judicial es cognoscitiva, por mucho que se llame «decisión». Es verdad que el juez profiere «Debo condenar y condeno» o «Debo absolver y absuelvo»; trátase, empero, de fórmulas estereotipadas de la jerga forense, pragmáticamente sustituibles por otras sin verbos performativos («el acusado debe ser condenado y cumplir tal pena», p.ej.)

No se me escapan las dificultades de mi abordaje cognoscitivista de la decisión judicial. En particular, ¿cómo tildar de cognoscitivo el fallo por el cual el juez obliga al ofensor a pagar al agraviado una suma de 7500 euros en concepto de reparación por daños morales? ¿O incluso aquel en que determina que el perpetrador del delito purgará una pena de siete años de reclusión —en lugar de seis u ocho? En definitiva ¿qué se hace el arbitrio judicial? Tema para un libro. (V. Nieto, 2000.) Limítome aquí a decir que, en todos esos casos, el juez aplica un concepto de probabilidad sobre el supuesto de hecho (con todas sus circunstancias); a lo así (en parte) conjeturado corresponde —en virtud de la Ley— determinada consecuencia jurídica que el juez enuncia (o pronuncia).

Por consiguiente, la sentencia puede ser acertada o errónea. Ciertamente mi gradualismo me lleva a oponerme a la tesis de Dworkin de la única solución posible, averiguable por el Juez Hércules —y en eso coincido plenamente con Julia. A menudo los hechos son jurídicamente calificables *así*, en vez de *asá*, en algún grado, pero también viceversa, habiendo, por ello, dos normas aplicables, en mutuo conflicto. Habrá que estar a los grados de aplicabilidad respectivos —y también a los grados de vigencia— para determinar qué norma es exequible. Pero las no exequibles no dejan por ello de ser jurídicamente válidas.

Esta descripción coincide en parte con la de Julia, pero deslindando las cinco operaciones efectuadas por el juez y haciendo estribar en la gradualidad la ausencia de una solución única.

También con relación al bien común coincido con Julia en que, por sí solo, no puede zanjar los dilemas. En mi libro me adhiero al pluralismo axiológico de I. Berlin, porque, siendo el bien común plurifacético, esas facetas pueden y suelen entrar en conflicto. No es fácil saber cuál es el mayor bien común, cuenta habida de todo (si costear el tratamiento terapéutico experimental o reservar los escasos recursos sanitarios para dolencias que sufren la mayoría de los pacientes). Sin duda también interviene aquí la probabilidad. Afirmo rotundamente en mi obra: son corolarios del bien común los derechos de libertad y los de bienestar, pero muchas veces colisionan.

Más que ahondar en la noción del bien común (tarea que he preferido dejarle a la filosofía política), me he atenido a una noción genérica, con unos pocos rasgos que ya he ido perfilando más arriba. Rara vez aducirá el juez directamente, en sus fundamentos jurídicos, el axioma del bien común (sobre todo porque las constituciones modernas no suelen mencionarlo). Hay casos, no obstante, en los que puede y debe hacerlo (siempre que la conciencia jurídica le sea propicia); p.ej. pronunciamientos jurisprudenciales *contra legem* por el principio del bien común. De hecho no es raro que así operen los jueces, aunque enunciándolo con otras palabras —y no siempre con acierto.

* * *

Es muy acertado, a mi modo de ver, el enfoque dado a su texto por Andrés Ollero: cotejar y contrastar dos jusnaturalismos, el suyo y el mío, indagando las convergencias y las divergencias. Una confrontación tanto más provechosa cuanto que ambos nos hallamos en una minoría dentro de una minoría. Primero nos ubicamos ambos en el jusnaturalismo —aunque Andrés con reservas y alguna reticencia, mientras que yo con entusiasmo y sin restricciones—; mas el jusnaturalismo es muy minoritario, hoy por hoy, en el área de la filosofía jurídica académica de habla hispana. Dentro de esa minoría, hay líneas con más seguidores (como pueden serlo el tomismo heredado y el neotomismo de Finnis), líneas que no seguimos ninguno de los dos, formando así el exiguo club de los calificables como «otros jusnaturalistas» —entre los cuales también figura A.E. Pérez Luño.

Pues bien, el jusnaturalismo independiente que Ollero colaciona con el mío empieza expresando su vacilación en cuanto a la autocalificación: «a estas alturas no sé si yo mismo puedo considerarme iusnaturalista». Mi opinión es que sí, como lo demuestra el texto sobre el cual estoy reflexionando. Sólo que se trata de un jusnaturalismo tan flexible y circunspecto que, a la postre, parece asimilable por un positivista no cerril. En cambio me ufanaría yo en la convicción de que el mío no hallará puertas abiertas en ninguna morada juspositivista, sino, a lo sumo, un cortés saludo desde la ventana. Y no es que abrace yo un jusnaturalismo de rompe y rasga, un enfoque deliberadamente iconoclasta o rupturista. Ollero señala oportunamente la cautela y moderación a las cuales suelen conducir las argumentaciones de mi libro, según se van desarrollando y matizando (más allá de frases sueltas que, en aislamiento, podrían resultar altisonantes). Pero mi jusnaturalismo (preponderantemente) aditivo afirma la vigencia jurídica de normas perpetuamente válidas anteriores a los promulgamientos del legislador. Esa tesis jamás podría ingresar en la sala de visitas de una casa positivista que se precie.

En lugar de esas normas, el profesor sevillano perfila sutilmente en su comentario una visión diversa del Derecho Natural. Primero, al aseverar que no está

formado por normas, sino por principios, piezas del Derecho con valor orientativo y programático. Segundo, al entenderlo «como el motor del Derecho positivo, tanto en el momento legislativo como —aún más— en el judicial». Y tercero, al decir que el Derecho Natural «sólo existe [...] dentro del Derecho positivo». Esa triple dimensión del jusnaturalismo del Profesor Ollero inspira la perspectiva desde la cual va comentando diferentes aspectos de mi obra.

Es quizá decisiva la tercera dimensión (aunque inseparable de las otras dos). Yo no creo que el Derecho Natural exista sólo dentro del Derecho positivo. En rigor no existe nunca dentro del Derecho positivo. Existe dentro de un ordenamiento jurídico integrado por dos componentes (como, al analizar mi concepción, acertadamente lo percibe el Profesor Atienza [*vide infra*], señalando que es una visión dualista): el Derecho Natural y el positivo, que se combinan y que pueden colisionar. Sin Derecho Natural no hay Derecho positivo (porque lo único que otorga validez jurídica a los preceptos del legislador es la norma jurídico-natural del bien común más la circunstancia de que es ése el legislador adecuado, en tal sociedad, estando las cosas como están).

Pero sin Derecho positivo sí hay Derecho Natural. No son tan infrecuentes casos en los cuales se hallan una pluralidad de seres humanos desligados —transitoriamente al menos— de sus habituales encuadramientos institucionales, viéndose así compelidos a constituir una sociedad original. ¿Hay alguna norma que rija esa sociedad de náufragos? Dos ejemplos espectaculares nos vienen a la mente. Uno es el estrellamiento, el 13 de octubre de 1972, de un avión uruguayo en un risco de la cordillera de los Andes, con 27 supervivientes que tardaron 72 días en ser rescatados. El otro ejemplo es el de los 33 mineros sepultados en la mina San José, región de Atacama, el 5 de agosto de 2010, durante 69 días. No se me oculta que esas sociedades no disuelven los vínculos jurídicos de los náufragos, pero sí los suspenden. De momento, hay que sobrevivir, ateniéndose, no a las leyes positivas, sino a normas de Derecho Natural. Ha de erigirse una autoridad, no por un regular funcionamiento de mecanismos, sino por un hecho de mayor carisma (primer tipo de legitimidad weberiana). En esas sociedades provisionales rige la regla jurídico-natural de que quien asuma la tarea de velar por el bien común edicte los preceptos adecuados para dicho fin —que, en esas circunstancias de emergencia, no es otro que la supervivencia colectiva e individual. (Huelga recordar aquí detalles ampliamente conocidos, que fueron sensacionales.)

En el siglo XXI tales situaciones están destinadas a durar muy poco, pero en tiempos pretéritos podían prolongarse de manera imprevisible. Recordemos el caso de los ochenta esclavos malgaches que sobrevivieron, inicialmente, al naufragio del 31 de julio de 1761 en el islote Tromelin. La desventura se prolongó quince años (al final sólo quedaban siete mujeres y un niño). No conocemos cómo se organizaron pero está claro que no se regían por ningún Derecho positivo.

Precisamente porque Ollero no entiende el Derecho Natural como un conjunto de normas sino como principios motores destinados principalmente a los jueces, le asigna la doble función de: (1) filtrar las leyes injustas —legislación negativa, si bien únicamente para aquellos tribunales a los cuales haya confiado esa tarea el Derecho positivo; y (2) servir de pauta hermenéutica. Es ésta segunda, creo, la función principal para Ollero. Por eso no me queda claro —según lo leo— que el legislador esté obligado a legislar para el bien común. (En especial colijo que para Andrés el poder constituyente no está subordinado al Derecho Natural ni, por lo tanto, tiene el deber de estatuir para el bien común.)

Con eso está dicho lo esencial. Mi propia obra ve las cosas de otro modo, no siendo de extrañar que el académico sevillano note la diferencia. Para mí las normas de Derecho Natural (incluyendo los axiomas de la lógica nomológica) poseen vigencia *erga omnes*; también para el legislador. (Es más, sobre todo para el legislador. Y asimismo para el pueblo soberano, pues, como lo supo ver Juan Bodino, si los súbditos están sujetos a los mandamientos del soberano, éste lo está a la Ley Natural.) El propio Hobbes impone al soberano obligaciones en aras del bien común —al menos según algunas lecturas (v. Lloyd, 2009).

En ocasiones Ollero ha afirmado que los derechos humanos son jurídicos —incluso (creí entender) donde no han venido positivizados. Pero entonces es que son preceptivos para el legislador. Leyendo hoy su comentario a mi libro me pregunto si mantiene la misma postura; si, a su modo de ver, el poder constituyente tiene deberes jurídicos.

Para Ollero el juez carece de potestad para suplantar al legislador legítimo. Pienso yo, por el contrario, que puede, suele y debe hacerlo —siempre que estén dadas las condiciones idóneas. Cuando el legislador ha legislado mal, el juez está habilitado por el Derecho Natural a enmendarle la plana (actuando, eso sí, con pies de plomo y muy atento al estado de la conciencia jurídica).

Uno de mis ejemplos favoritos es la jurisprudencia del *Conseil d'État* francés, el tribunal supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa, el cual, a partir de la Liberación (1944), ha venido pronunciando nuevos principios generales del Derecho que, en rigor, constituyen genuinas ediciones con valor legislativo. Así: el derecho a que se respete el principio de confianza legítima —lo cual exige que toda norma con efecto retroactivo incluya disposiciones transitorias; el derecho al recurso; el derecho a una norma lo menos onerosa posible que resulte compatible con los legítimos fines de la administración; el derecho, en los expedientes administrativos, a ser oído y a defender los propios intereses; el derecho de los servidores públicos a la reclasificación profesional; el derecho al respeto personal después de la muerte.

Ya antes la jurisprudencia francesa había edictado la prohibición del abuso del derecho (prohibición que colisionaba con todas las leyes que habían establecido derechos sin someterlos, para nada, a tal restricción).

No es que los tribunales estén llenando vacío legal alguno. Cuando sientan tal jurisprudencia con sus pronunciamientos, crean situaciones jurídicas generales (normas) que entran en contradicción con las previamente creadas por el legislador. Es verdad que el legislador puede edictar posteriormente leyes que anulen esos pronunciamientos jurisprudenciales (el sistema reconocido de fuentes sitúa las leyes por encima de los principios generales del Derecho). Pero raras veces se ha atrevido a hacerlo.

También los tribunales constitucionales han desbordado, desde hace tiempo, la misión de meros guardianes de la constitución en el doble sentido de legislación negativa y potestad hermenéutica. En (Figueruelo Burrieza, 1993) detállanse varios procedimientos por los cuales nuestro Tribunal Constitucional se ha visto llevado a lo que —ateniéndose estrictamente a los textos legislativos— sería una extralimitación. P.ej., las recomendaciones al legislador para subsanar sus omisiones y las sentencias aditivas o constructivas, las cuales —en palabras de la autora recién citada— son «una técnica de decisión cuyo fin es la transformación del significado de una ley sometida a control, antes que su eliminación o interpretación conforme a la Constitución» y «suponen una función positiva o integradora». ¿De qué fuerza vinculante están revestidas? Sobre tal cuestión tiene la palabra el propio magistrado

Andrés Ollero, quien no es, como yo, mero espectador, sino un calificado agente jurídico, precisamente al máximo nivel.

Es Bélgica el país donde el poder judicial ha sido más audaz en sancionar al legislativo. El 28 de septiembre del 2006 la Corte de casación (tribunal supremo) sentencia que los tribunales judiciales tienen la potestad de controlar si el poder legislativo ha legislado de manera adecuada o suficiente para permitir al Estado respetar sus obligaciones derivadas de una norma superior, v.g. un convenio internacional. En otra sentencia el mismo tribunal condena al Estado belga a indemnizar a un justiciable que, a causa de la no dotación de suficientes recursos presupuestarios, vio frustrado su derecho a un proceso sin dilaciones; lo que se sanciona es una omisión del poder legislativo. (V. Ergec, 2002)

Un último desacuerdo que me parece hallar entre las tesis del Profesor Ollero y las mías es el carácter del ordenamiento jurídico. En rigor entiendo que para Andrés no existe el ordenamiento jurídico. Hay, sí, normas emanadas por el legislador más una pauta de justicia, con valor jurídico-natural, completadas por el trabajo de la jurisprudencia. Por el contrario lo que yo sostengo es que sí existe el sistema jurídico, aunque no exento de antinomias. Ollero cita mi aserto de que «mi propuesta marca unas pautas de sistematización racional que [...] no ignoran la enorme complejidad de los actuales ordenamientos (en buena medida, es verdad, desordenados)» (final de la respuesta a la 4^a dificultad del capítulo VI).

La clave de mi enfoque está en la locución «en buena medida». No es cuestión de todo o nada. El gradualismo contradictorio inspira mi propuesta jusfilosófica — igual que antes había dado aliento a mis aportaciones a otros campos de la filosofía. Tenemos un ordenamiento parcialmente desordenado. El orden existe, es imprescindible; sin él la praxis jurídica sería un caos. Pero, lejos de ser perfecto ese orden en nuestros modernos Estados de Derecho, sucede al revés: la multiplicación de las fuentes y la hipertrofia de leyes (con pluralidad de legisladores, cuyos ámbitos no siempre están claramente deslindados) así como también de convenios internacionales (entre otras fuentes) han arruinado los ideales arquitectónicos del legalismo decimonónico. Todo es mucho más complicado. Ya no valen, o no bastan, los cánones de la *derogatio* por los cuales el legalismo soñó con soslayar las antinomias.

* * *

Muchísimo me agradan las afables indicaciones de Manuel Atienza sobre las coincidencias entre mi pensamiento jusfilosófico y el de grandes maestros como García Márquez, Hart, Ferrajoli, Radbruch, MacCormick, Nino y, sobre todo, el propio Atienza; así como, más lejos, Ihering. Yo no puedo ni siquiera soñar con un conocimiento tan hondo y solvente de esos jusfilósofos como el que posee el profesor asturiano. No ha sido en momento alguno intención mía ufanarme de novedad u originalidad. Sobre que no creo necesitarla, tales jactancias son ridículas. Conque, en la medida en que se dan esas convergencias, las asumo de óptimo grado, contentándome con la, ya de suyo, honrosa tarea de reformular —con un sesgo y un estilo que me vienen de mi vocación lógica— un acervo de ideas que no encajan ni en el positivismo ni tampoco en ciertas formas de jusnaturalismo, concretamente en el jusnaturalismo sustractivo.

Aquí, empero, he de pronunciar una dolorida autocritica. A varios de los jusfilósofos recién mencionados no los he traído a colación en mi libro, ora por estar poco familiarizado con ellos, ora por tenerlos un tanto olvidados (v.g. Ihering y Radbruch).

Confieso, en cambio, mi desasosiego por haber omitido a Eduardo García Márquez, cuyas obras fueron, durante años, mi lectura diaria de cabecera, justamente en los albores de mi nueva etapa intelectual como filósofo del Derecho (en la segunda mitad de los noventa). A ningún otro autor —de nuestro idioma o de cualquier otro— he dedicado tan afanoso y esmerado empeño como los que puse en el estudio de las obras del profesor mexicano. Ciertamente, mi propia construcción comparte con la de García Márquez su espíritu, no pocas de sus fuentes (p.ej. Platón y N. Hartmann), su esencial orientación racionalista, su método y, en buena medida, sus conclusiones. Efectivamente mis principios de lógica nomológica guardan acusada similitud con los del mexicano. (También se dan diferencias; posiblemente éstas, en parte, se deben más a la fecha de escritura que a una discrepancia de raíz.) No negaré que aquel estudio me queda, a estas alturas, un poco lejos, pues, en años más recientes, apenas he repasado ese tesoro, por lo cual, sepultado en mi memoria —mas habiendo impactado y orientado decisivamente mi formación y mis opciones—, no he reactualizado ese legado —que, desde hace varios lustros, se incorporó plenamente a mi aportación.

Atienza considera que mi propuesta es muy similar a su propio pospositivismo. Confieso (y lamento) no haber leído todavía *Filosofía del Derecho y transformación social*. Es verosímil que mi tratamiento de las nuevas tendencias jusfilosóficas (un poco en tropel) incurra en una descuidada amalgama, en un *totum revolutum*, sin deslindar un pospositivismo peculiar, como el de Atienza, del neoconstitucionalismo —ya de suyo un heteróclito conglomerado de posturas diversas. Quizá en lo que sigue acierte a enunciar un problema —para mí fundamental— con relación al cual temo que estemos en desacuerdo. Un desacuerdo que justificaría mi apreciación de que ese pospositivismo no se aparta del todo del positivismo. ¡Ojalá consigamos acercarnos más!

En cuestión de «ismos» sucede como con las marcas o los títulos. Ni Platón ni Aristóteles ni Leibniz acuñaron denominación distintiva para sus filosofías; otros lo hicieron por ellos. Tal vez la pretensión de usar un membrete llamativo sea una práctica académicamente inadecuada que se asemeja a una operación de *marketing*, un ánimo de diferenciar más que de converger en la busca de la verdad. Así y todo no deja de parecerme que una etiqueta como «pospositivismo» no ayuda a saber, a simple vista, de qué se trata. Y confieso que me recuerda demasiado la moda de los «pos» (posestructuralismo, posmarxismo, poscolonialismo, posmodernismo, posmetafísica y hasta posverdad), tan característica de la *French Theory*. ¿No es mejor definirse por lo que uno propone que por lo que deja atrás? Los destinatarios lo agradecerán y, creo, habrá mayor claridad en el debate.

Hay dos discrepancias entre la propuesta de Atienza —según él mismo nos la recuerda y esboza en su contribución— y la que he sostenido en VLD. Una de ellas es, verosímilmente, superable y acaso terminológica. La otra creo que no.

Empiezo por la segunda. Atienza mira con mucho recelo mi naturalismo jurídico (un naturalismo que me aparta —como él lúcidamente lo ve— de los otros jusnaturalistas, como no sea Ulpiano), o sea ver al hombre como una especie social, igual que otras, haciendo radicar la normatividad en una exigencia de la naturaleza de los seres sociales, ateniéndonos al adagio *ubi societas, ibi jus*. Él objeta que el Derecho es social e histórico y, por lo tanto, no natural. No cabría hablar de Derecho en sociedades no humanas (ni siquiera en sentido lato), porque tampoco habría Derecho en toda sociedad humana. Alega, a este respecto, los hallazgos de la etnografía. Sólo determinadas sociedades, como resultado de un previo devenir histórico, habrían generado Derecho.

Ahora bien, esa tesis puede entenderse de dos modos. En un modo terminológico, sería una estipulación semántica de llamar «Derecho» sólo a un sistema de normas (o de prácticas) como las que conocemos en sociedades históricamente descritas o en algunas de ellas; un sistema con reglas hartianas de reconocimiento, legisladores, tribunales, interposición de recursos, leyes, tratados, contratos, jerarquía normativa y fuerza de la cosa juzgada; rasgos que, mal que bien, podríamos reconocer (a grandes trazos) desde Hamurabí para acá, pero seguramente no entre los esquimales, los mapuches o los pigmeos de Ruanda.

En otro modo, la tesis que estoy considerando sobre el origen del Derecho afirmaría que entre un sistema así y un conjunto de normas sin tales características no habría nada compartido que hiciera interesante subsumirlos bajo una común denominación.

Entiendo perfectamente el modo semántico de abordar esa dicotomía desde el enfoque atienciano, para el cual el Derecho no es un cúmulo de normas sino uno de prácticas. Tales prácticas no se dan en sociedades de las que solemos llamar «primitivas» —siendo dudoso si se dieron en sociedades humanas anteriores a las que conocemos por huellas escritas.

Que llamemos «Derecho» a un sistema de normas o a un conjunto de prácticas no carece, sin duda, de relevancia para nuestro tratamiento teórico de lo jurídico. Confieso mi preferencia por la primera opción porque me parece más acorde con el uso del vocablo. Cuando decimos «según el Derecho, los menores de 18 años no pueden votar» o «los tribunales sólo están sujetos a la ley y al Derecho» o «el juez no ha aplicado correctamente el Derecho» (más en general, cuando los estudios de política judicial cuestionan en qué medida las decisiones judiciales vienen determinadas por el Derecho); cuando hablamos así, está claro que nos referimos a las normas vigentes, no a las prácticas. Similarmente, decimos que, al concluir la carrera en la Facultad, se conoce Derecho, pero no se puede ejercer una profesión jurídica, porque falta aún familiarizarse con las prácticas jurídicas (p.ej. es menester una pasantía para ser abogado). Dudo que sea inocua esa divergencia terminológica (generalmente las opciones de nomenclatura no lo son). Pero, de momento, lo dejo aquí.

La razón por la que no comparto la dicotomía atienciana entre sociedades con y sin Derecho es que no veo motivo suficiente para rechazar la juridicidad de sistemas de normas menos alambicados, pero que funcionan y a partir de cuya evolución surgieron los nuestros.

Me resulta similar esa dualidad a la que tantos autores han querido establecer entre sociedades con y sin Estado. Engels sostuvo (en 1884) que el Estado surgió en el siglo VIII aEC (ateniéase, claro, a los conocimientos de su tiempo, pero no parece haberlos ponderado adecuadamente —ni probablemente estaba muy al día). Para Alain Soupiot el Estado surge al final de la Edad Media (no habrían sido Estados los imperios chino, egipcio, asirio, cartaginés, persa, bizantino ni los reinos de la India ni el poder incaico). Idea central en la teoría política de Marcel Gauchet es la división de las sociedades entre las que tienen Estado y las que carecen de él (sin por eso dejar de ser políticas).

Resúltanme arbitrarios tales cortes. Dudo que, situando el presunto salto en un momento, X, sean muy distintas las sociedades del año precedente a X de las del año siguiente. *Idem* con los respectivos sistemas normativos. Coincido, antes bien, con Santi Romano (justo ahora, cuando se cumplen cien años de la publicación de *II ordinamento giuridico*). Ciertamente el institucionismo del profesor palermítano tiene

una cercanía con la visión atienciana del Derecho como conjunto de prácticas, no de reglas de acción.

Pero hay otra faceta de su aportación que la caracteriza todavía más: la de que cualquier sociedad, legal o ilegal, tiene una normativa que constituye un Derecho interno, incluso cuando se trata de organizaciones clandestinas que actúan contra el poder del Estado y desacatan su legislación. Aunque el jusfilósofo siciliano pensaba en bandas criminales que se erigen en Estado dentro del Estado, con mayor razón podríamos aplicar esa idea a asociaciones subversivas que no reconocen la legitimidad del régimen establecido. Sólo pueden existir si en ellas se adopta alguna normativa, expresa o tácita; y, según se desarrollan, suelen ir perfeccionando esa normativa, dotándola de algunos rasgos no tan distantes de los que adscribimos al Derecho propiamente dicho —o sea el de nuestras sociedades actuales.

En mi respuesta a los comentarios de A. Ollero, más arriba, hablé de sociedades de emergencia cuyo surgimiento se ha debido a imprevisibles acaecimientos calamitosos. Ahora acabo de referirme a sociedades clandestinas voluntariamente creadas por individuos hostiles al ordenamiento jurídico-político existente: ora (a) por motivos crapulosos; ora (b) por causas ideológicas o similares. (Abundan los casos mixtos.) Topámonos también, empero, con sociedades mucho más estables, derivadas de las subversivas, sean del tipo (a), sean del tipo (b) o mixtas.

Atienza menciona (*v. infra*) la insurrección de Espartaco (73-71 aEC). ¿Cómo olvidar que ésa y las dos grandes sublevaciones de esclavos que la precedieron —y que la superaron con creces en envergadura— (ambas en Sicilia: la de Euno, 135-132 aEC, y la de Atenión y Trifón, 104-100 aEC) instituyeron sus propias sociedades rebeldes a Roma, lo cual requería asumir unas reglas de reconocimiento (expresas o tácitas) así como unas autoridades a cuyo cuidado quedara la comunidad (generalmente un jefe, a veces proclamado rey)? Tuvieron que inventar su propio Derecho positivo, pero su única guía para hacerlo era el Derecho Natural.

Mucho más extenso y arraigado fue el fenómeno del cimarronaje en las Américas de los siglos XVI al XIX, donde los negros que se alzaban o escapaban de la esclavitud constituyeron sociedades rebeldes: las unas, efímeras, meras bandas de fugitivos; las otras, duraderas, verdaderos micro-Estados, los palenques o quilombos, como el de Palmares en el Brasil, con una población de quince mil habitantes, que se mantuvo indómito durante casi un siglo. (V. Price, 1996).

Más recientemente tenemos las sociedades rebeldes en los países afroasiáticos sometidos al yugo colonial. Para muchos indígenas el infierno de la dominación europea no era, en absoluto, un legítimo ordenamiento jurídico, sino una invasión extranjera —aun mucho tiempo después de la conquista, como en la India—. Cuando no eran fulminantemente sofocadas, tales insurrecciones conducían a menudo a la creación de «zonas liberadas» donde emergía un Derecho rebelde, el cual, para brotar, necesitaba una semilla, proporcionándola el Derecho Natural: un principio de bien común más unas pautas mínimas de racionalidad normativa.

Por otro lado, está la piratería, floreciente y masiva desde la Antigüedad, no pocas veces en confluencia con rebeliones de esclavos u otras. Podrían multiplicarse los ejemplos de sociedades irregulares.

Los etnógrafos están en lo suyo cuando se empeñan en trazar un cuadro muy diferenciador de las sociedades que ellos estudian —esas que ya hoy no podemos llamar «primitivas» (sin saber qué adjetivo políticamente correcto es el idóneo para

denominarlas). Pero, sin negar que los Gadabas de Andhra Pradesh verosímilmente carecen de las estructuras con las que está familiarizado cualquier estudiante de Derecho, me resulta infundado rehusarles su propia juridicidad, distinta de la nuestra, sin duda más rudimentaria.

Necesito, para aceptar esa dicotomía entre sociedades con y sin Derecho, que se me aclaren varias incógnitas. Primera, ¿por qué es menester adoptar esa dualidad si no es un mero postulado de significación? Segunda, ¿qué rasgos concretos marcan la diferencia? Tercera, ¿hay algún tránsito paulatino de la carencia de Derecho a su existencia, o se da un salto? Cuarta, ¿qué factores determinan esa mutación —abrupta o progresiva—? ¿Trátase de un acto bruto de voluntad? ¿Trátase de una mejora de pautas ya previamente institucionalizadas? ¿Es resultado de la evolución de las necesidades de una vida social más compleja?

Cualesquiera que sean las respuestas idóneas a sendas inquietudes, personalmente me inclino más a una concepción amplia del Derecho como un conjunto de normas con cierto orden que sirven para regular la convivencia de los miembros de una sociedad y su cooperación en aras del bien común. ¿Hay ontológicamente una diferencia sustancial entre una normativa así, acaso tosca, y la de un Estado moderno? Porque el desacuerdo no se refiere a si hay diferencia, sino a si es tal que no cabe subsumir ambas normativas bajo un común denominador.

Es ese común denominador lo que a mí me interesa, aquello que creo que incorpora, por necesidad natural, unos axiomas de ordenación para el bien común, tengan o no conciencia de ello los miembros de la sociedad o sus jefes.

A mi juicio ha sido gradual el paso de normativas rudas y exentas de refinamiento a otras inteligentemente elaboradas; no se ha producido por una decisión deliberada, sino por reflejo de las necesidades de la vida social.

Así pues, reconociendo, ciertamente, que el Derecho es una realidad social y que está sujeta al devenir histórico, no creo que sea un producto de la historia ni, menos aún, un producto de la voluntad humana, de los hombres de una determinada sociedad a los que súbitamente se les ocurre instituir un nuevo haz de prácticas, las que reconoceríamos como jurídicas. (Sería, digamos, el pacto social de Grotius, Hobbes, Locke o Rousseau, ridiculizado en 1741 por David Hume y más tarde por Adam Smith y J. Bentham.) Pienso que si, contrafácticamente, suponemos una decisión innovadora de adoptar instituciones jurídicas, ese acto instituyente requiere ser legítimo, en virtud de normas preexistentes. (¿Quién ha preceptuado *pacta sunt servanda*?) Lo cual nos retrotrae a la normativa anterior, más rudimentaria, pero adaptada a la sociedad de su época. ¿Por qué no verla como un ordenamiento jurídico primitivo?

Imaginando, alternativamente, que los hombres fueron inventando el Derecho poco a poco, sin darse cuenta, de manera espontánea, a cada paso en esa progresión le aplico el mismo razonamiento. En esta hipótesis no hay salto, de suerte que las instituciones normativas del año X apenas difieren de las del año X+1, por lo cual encuentro arbitrario el brusco corte que da el teórico al fijar una línea o un punto tal que a un lado está el Derecho y al otro el no-Derecho.

Por otro lado dudo que los antropólogos estén todos de acuerdo en sostener que las sociedades —digamos— indígenas carecen de una normativa que quepa llamar «Derecho». En (Freeman & Napier, 2009), los coordinadores del volumen afirman (pp. 2-3):

Even in the twentieth century anthropologists using a folk rather than an analytic concept of law have been inclined to deny that simpler societies had law. [...] Bronisław Malinowski was critical of that type of ethnocentrism. It was wrong, he claimed, to define the forces of law in terms of 'central authority, codes, courts and constables' [...] Malinowski's 'minimal definition' of law was intended to have universal application.

Los dos autores anglosajones reseñan desarrollos más recientes de la antropología jurídica, que manejan conceptos del Derecho diversos del de Malinowski pero coinciden en reconocer que las sociedades que llamamos «primitivas» tienen Derecho —otro Derecho—, un Derecho esencialmente consuetudinario, en parte ritual, reglado (aunque no verbalmente enunciado), que no carece de sanciones institucionalizadas. También se han estudiado sociedades primarias donde existen —bajo modalidades diferentes de las nuestras— juicios y órganos decisarios —v.g. consejos tribales. (Reconozco, sin embargo, que no faltan etnógrafos para quienes son intraducibles los conceptos de organización social de esas poblaciones, por lo cual se estaría haciendo violencia semántica al calificarlas de jurídicas o protojurídicas.)

Desde luego Atienza puede considerar que todos mis ejemplos se refieren a sociedades carentes de Derecho. Quizá hablamos de cosas distintas. Mi filosofía del Derecho es una filosofía aplicable a los sistemas normativos instituidos en sociedades humanas y revestidos de fuerza coercitiva; a todos, no sólo a algunos. Pienso que el profesor asturiano entiende su misión como la de brindar una filosofía jurídica apropiada a nuestro tiempo, a un Estado social y democrático de Derecho.

La otra discrepancia entre la propuesta atienciana y la mía me parece verosímilmente superable. A Manuel Atienza le duele mi radical separación entre ética y Derecho. Insiste en que se da una moral interna del Derecho, diversa de la moral de los individuos y los grupos, si bien entre la una y la otra hay continuidad. A este respecto se extraña de que yo, tan gradualista, adopte en este punto un enfoque estrictamente discontinuista o dicotómico.

Mi distingo entre Derecho y moral lo he formulado en mi libro con tal énfasis e hincapié que puedo haber llevado, sin quererlo, a que no sólo Atienza, sino cualquier lector culto infiera que para mí la moral es un producto de la subjetividad de los individuos.

Es cierto que yo no me pronuncio claramente ni a favor ni en contra del cognitivismo moral, pero soy cognitivista. (Pragmáticamente me resulta difícil no serlo.) Sólo que, ¿cómo investigar las verdades morales o éticas? Para los intuicionistas está claro cómo hacerlo, pero yo carezco de intuiciones. En cualquier caso pienso que hay dos escalas axiológicas diferentes: la ética y la nomológica. La primera: (1) su fin es la perfección personal (no sólo una vida moralmente buena sino una personalidad, un modo de ser moralmente loable); (2) con relación a ella el criterio de que disponemos es nuestra propia conciencia moral; (3) posee un ámbito muy amplio, que no sólo abarca las conductas que afectan al bien público, sino igualmente las de la vida privada; y (4) exige, para considerar moralmente valioso un comportamiento, que se haya efectuado por motivos moralmente buenos.

¿Existe una moral interna del Derecho? ¡Sea! ¿En qué difiere de lo que yo llamo «Derecho Natural»? Si se me concede que esa moral interna del Derecho tiene su propia escala axiológica, separada de la moral subjetiva (o sea la caracterizada por los cuatro rasgos que le he atribuido), estaría dispuesto a aceptar esa denominación. Y aun eso no incondicionalmente, sino siempre y cuando a esa moral interna se le asigne la cualidad que yo atribuyo del Derecho Natural, o sea: poseer vigencia jurídica —quierálo el legislador o no— y, por consiguiente, potencial

exequibilidad cuando las condiciones sean propicias. Esa vigencia se impone al legislador y al poder constituyente. Además, el Derecho Natural es eterno, aunque surta efectos diversos según van variando las circunstancias histórico-sociales.

Persiste el problema de si en la realidad hay una o dos escalas axiológicas. A favor de mi dualismo aduzco los frecuentes conflictos que, creo, todos hemos experimentado. No es menester adherirse a la visión de Maquiavelo para reconocer que los imperativos del orden jurídico muchas veces colisionan con la moral. La posibilidad de un *continuum* que establezca una transición de una escala a la otra la dejo como una cuestión abierta. (Soy, sí, continuista, más no creo que entre cualesquiera dos realidades haya continuidad, ni siquiera si se dan solapamientos y similitudes entre ellas.)

Antes de concluir este apartado me gustaría abordar, someramente, dos cuestiones un poco incidentales del comentario de M. Atienza. El primero es su intento de salvar al menos alguno de los distingos de Hohfeld aduciendo un ejemplo interesante y no banal: el pugilato. No sé si le ha pasado al lector, pero a mí, cuando estudié el art. 20.7 del Código Penal de 1995, me surgieron muchos cuestionamientos tanto sobre su alcance cuanto sobre su posible solapamiento con otras eximentes: «cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo». Los manuales traían —creo que todos— el ejemplo del pugilato (u otros deportes de lucha). Atienza nos dice que a un boxeador le es lícito golpear a su adversario sin que éste tenga deber de soportar los golpes. (Es un caso totalmente distinto del de deportes de competición, porque el primer ciclista que cruza la línea de meta no impide nada a sus rivales.) Reconozco que da mucho hilo ese tema. ¿Es una causa de exculpación o de justificación? Si es de justificación, ¿cómo así es lícito impedir por la fuerza una conducta también lícita? Me inclino a pensar que, si bien a cada púgil le es lícito, valiéndose de sus puños, tratar de impedir el golpe del adversario, tiene, así y todo, obligación jurídica de soportar tales golpes cuando no haya logrado esquivarlos con una maniobra pugilística. En general no tenemos obligación jurídica de soportar golpes, pero quien voluntariamente se dedica a ese deporte asume con ello ciertos deberes (nos estamos refiriendo, claro, a golpes asentados dentro de las reglas del juego —y no por debajo la cintura).

Mi segunda y última cuestión incidental es el esencialismo jurídico. Atienza aduce que una concepción como la que propongo no puede reclamarse distintivamente esencialista porque también, p.ej., Kelsen creía en una esencia del Derecho, caracterizada por la normatividad y la coactividad. Así es. Está claro que mi esencialismo se refiere a la función y al contenido del Derecho (a un contenido indeclinable, aunque —dado el carácter aditivo y no sustractivo de mi jusnaturalismo— el legislador puede agregar los contenidos que tenga por conveniente). Sólo que me pregunto qué pasaría, para Kelsen, si el legislador, Superrex, edictara una ley por la cual en lo sucesivo las normas carecerán de fuerza coactiva (lo cual para Kelsen implica perder también fuerza normativa).

Cerraré mi reflexión sobre el comentario de Manuel Atienza con sus interesantes consideraciones sobre la tortura y la esclavitud. ¿Cómo es posible que yo sea tan absolutista sobre la primera —afirmando su prohibición desde el Derecho Natural, aun en el supuesto de que aplicándola pudieran salvarse vidas de muchos inocentes— mientras que, por el contrario, emito la hipótesis de que acaso la esclavitud antigua fuera compatible con el bien común, por un imperativo de eficacia económica en aquel estadio de desarrollo de las fuerzas productivas?

El dualismo jurídico que caracteriza mi enfoque y que Atienza ha analizado con insuperable claridad me lleva a sostener que la tortura puede ser jurídicamente

lícita; lo ha sido durante milenios. A la vez, el Derecho Natural impera la total abstención de la tortura. Tenemos una antinomia jurídica. Las normas jurídico-positivas opuestas al Derecho Natural son potencialmente inexequibles, mas esa inexequibilidad requiere que concurran circunstancias social e históricamente determinadas.

Mi absolutismo en este asunto es una respuesta a la inquietud emitida por los adversarios de la ponderación (aunque mi propio enfoque de la ponderación sea — como lo recuerda Atienza— diverso del de Dworkin y Alexy). Tal inquietud esgrime la posibilidad de que, si cualquier norma es ponderable, no hay líneas rojas. Evidentemente podemos fijar otras líneas rojas diferentes de la práctica de la tortura; v.g. un determinado grado de sufrimiento. Me temo que eso sería arbitrario e ilusorio, porque ni estaría justificado el salto ni disponemos de medidores vivenciales (al menos hoy por hoy). En cambio sí existe una razón para fijar la línea roja en la tortura: es lo más degradante para el ser humano, lo que todos —o casi todos— tememos más, mucho más que la muerte. Degrada al torturado y al torturador. Los priva de dignidad, si es que «dignidad» significa algo.

Admitirla por motivos de utilidad social corrompe esa misma utilidad social. Los inocentes salvados dejan de ser inocentes: salvar sus vidas ha costado rebajar la sociedad humana al rango de la diabólica. Además, sin lugar a dudas, surge el problema de la pendiente resbaladiza: se practicará si se tiene un grado G de certeza de que el torturado es culpable y de que torturándolo se salvarán al menos M número de inocentes. (Vuelvo a preguntarme en virtud de qué criterio se da un tajazo en G y en M.) Y luego se pasa a un grado $G' < G$ y a un número $M' < M$ y así sucesivamente. Todo eso me resulta tan espeluznante, tan destructor de lo que entendemos por «bien común», que deduzco que lo único racional es una proscripción absoluta, sin excepción alguna.

Asimismo hay que sopesar las consecuencias indirectas de practicar la tortura. Dejemos de lado los demás problemas jurídicos que rodean al presidio de sospechosos de Guantánamo. Al margen de otras graves tachas jurídicas de tales encarcelamientos, ¿cuáles han sido los resultados de practicar la tortura en ese antro y en otros gestionados por agencias gubernamentales del Occidente —o por sus subrogados y delegatarios de países vasallos? Los efectos han sido: la exacerbación del odio, la llamarada del fanatismo y la infamia, no sólo de los gobiernos perpetradores y sus aliados, sino de los sistemas político-jurídicos y hasta de las poblaciones que, con su voto, han llevado al poder a esos gobernantes y legisladores. Los atentados terroristas se han aureolado así de una espuria legitimidad. Si es que alguna vida se ha salvado (lo cual está por probar), muchísimas, a cambio, han venido sacrificadas —vidas de quienes no tenían arte ni parte en tales enfrentamientos. Ahora bien, uno de los axiomas de la lógica nomológica (recapitulados por Atienza) establece que una conducta es lícita sólo en tanto en cuanto también lo son sus consecuencias causales.

Lo que dije sobre la esclavitud antigua fue a título de hipótesis. Pero entonces, objeta Atienza, ¿estaba injustificada la rebelión de Espartaco? Podría parecer que sí: por el principio de no impedimento, en la medida en que sea lícita una conducta A (la esclavitud en este caso), estará prohibido impedir A por la fuerza (sublevándose, p.ej.).

Si mi hipótesis es certera, estamos ante un caso más de antinomia jurídica. La esclavitud nunca pudo ser *totalmente* lícita, pues es contraria al Derecho Natural. Por ello combatirla no puede ser totalmente ilícito, ya que los insurrectos estaban amparados por el derecho natural a la libertad. Cuando tenemos una antinomia

jurídica hay desobediencias a la ley (a una ley) que son jurídicamente lícitas. Sin llegar a casos tan extremos pienso que existen leyes absurdas, contrarias al bien común, que, en alguna medida, puede ser jurídicamente lícito desobedecer (de hecho algunas normas son prácticamente incumplibles).

* * *

Centrándose la aportación de Mariano Melero en el doble derecho de radicación y naturalización, hay que decir que, si bien ese tema sólo viene muy de pasada abordado en VLD (como un *obiter dictum*), a él se consagraba el capítulo IX de mi tesis doctoral *Idea Iuris Logica* (2015), de cuya metamorfosis proviene el libro ahora discutido. Además, Mariano percibe claramente cómo ese derecho está fortísimamente enraizado en toda mi visión de los Derechos Naturales del Hombre, la cual —aunque temáticamente defendida en un ensayo anterior (Peña, 2013) —, es un componente esencialísimo de la filosofía jurídica propuesta en VLD.

Atinadamente observa Mariano que mi visión es prekantiana, toda vez que mi jusnaturalismo sigue la estela de la tradición filosófica clásica del Derecho Natural, la anterior a Kant. ¡Cierto! Una amplia y abigarrada tradición, que abarca, desde los estoicos hasta el materialismo ateo de Diderot y el vago deísmo de los hombres de las revoluciones americana y francesa de fines del siglo XVIII. A lo cual opone Mariano la filosofía crítica de Kant, la «causalidad de la libertad», donde el orden jurídico forma parte de una razón práctica basada en postulados regulativos, no en verdades sobre la realidad, quedando ésta allende nuestra capacidad cognoscitiva.

Dudo que sea éste el lugar apropiado para discutir a fondo sobre el criticismo kantiano. Mi objeción esencial a ese planteamiento es que ignoro por qué hemos de compartir el idealismo de Kant, por qué hay que ser kantiano o poskantiano. Aún en vida del filósofo de Königsberg, varios de sus epígonos volvieron —sin reconocerlo expresamente— a un enfoque prekantiano, restaurando la metafísica como un saber —sólo que con una nueva terminología (así, Schelling y Hegel). Muchos filósofos posteriores son prekantianos: Trendelenburg, Gioberti, Rosmini, Bolzano, Brentano, N. Hartmann, Frege, B. Croce, M. Blondel, É. Gilson, Bradley, Russell, Moore y casi toda la filosofía analítica. Son los argumentos y no el orden cronológico lo que ha de determinar nuestras opciones filosóficas.

Kant (1724-1804) había venido después de Grocio, Leibniz, Wolff, William Blackstone, J.J. Burlamaqui, Montesquieu, los enciclopedistas y los pensadores de la revolución (coetáneos suyos, pero cuya producción no recibió el más mínimo impacto de la segunda Crítica kantiana, la *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788). Kant es semicontemporáneo de Jeremías Bentham (1748-1832), fundador del positivismo jurídico, pero también continuador del eudemonismo de la Ilustración, ajeno a esa presunta revolución copernicana del criticismo kantiano. Según lo he demostrado en VLD, Kant no influyó para nada en las Declaraciones de Derechos Naturales del Hombre de 1789, 1791, 1793, 1795, 1848 (la *Seconde République*), las españolas de 1869 y 1873, etc. En realidad, tampoco en la de 1948.

Los filósofos políticos que interesan a Mariano —especialmente Rawls— sí le deben mucho a Kant, pero no ha venido de su mano ningún avance en el reconocimiento jurídico-positivo de los Derechos del Hombre. En cambio, a pesar de lo que afirma Mariano, la Declaración de 1948 sí le debe mucho al jusnaturalismo, aun renunciando a contener una introducción justificativa. Según lo he indagado en (Peña, 2013), los principales redactores del texto estaban inspirados por corrientes de filosofía jurídica afines al jusnaturalismo; sólo que ni hubieran concordado en las

formulaciones ni, sobre todo, podían esperar con ellas el relativo consenso (no unánime) que logró el articulado de la Declaración.

Aduce Mariano a favor de su visión de los Derechos Humanos —basada en consideraciones de racionalidad práctica y, principalmente, de pacto político— el hecho de que los textos jurídicamente vinculantes son actos legislativos, que carecerían de validez sin la voluntad del legislador, o sea sin la *responsabilidad institucional*. Sólo que los preponderantes instrumentos de Derecho internacional al respecto, los dos Pactos de 1966, no dejan de ser traslaciones al *jus cogens* de la Declaración de 1948, la cual *reconoce* esos derechos, no los crea, no los instituye, no los edicta; afirma que todos los seres humanos los tienen, no se los adjudica.

El jusnaturalismo —sin ser tan indiferente a la positivación de los derechos como lo da a entender Mariano— asevera que, con o sin positivación, los Derechos Naturales del Hombre están revestidos de vigencia jurídica, que es precisamente la tesis que rechaza Mariano.

Ahora bien, Mariano tampoco acepta el positivismo jurídico. De ahí que tenga que asumir *algo*, alguna exigencia suprapositiva o extrapositiva que reclame la positivación de los Derechos Humanos. La encuentra en postulados regulativos de la razón práctica (nada sorprendente en un kantiano). Sólo que, además de que algunos o muchos no creemos en esas construcciones de Kant (cuya plena inteligibilidad podría cuestionarse), ¿de qué valor jurídico están revestidos esos postulados? Si están privados de todo valor jurídico, son interpellaciones al ordenamiento normativo desde perspectivas externas y ajenas, careciendo de fuerza vinculante. Menos fuerza tienen para los descreídos, que no tenemos fe ninguna en nada de todo eso —recordando, por cierto, que en el Prefacio de la segunda edición de la *Kritik der reinen Vernunft*, Kant se propone suprimir el saber para hacerle sitio a la fe [*Ich mußte das Wißen aufheben, un zum Glauben Platz zu bekommen*]. Precisó Kant en ese lugar que la moralidad era opuesta a la falta de fe, a la incredencia (al descreimiento), cuya fuente sería la metafísica dogmática.

Desde luego Mariano dista de seguir en todo a Kant, de quien se distancia expresamente al afirmar: «debemos evitar seguir aquí a Kant y decir que los Derechos Humanos son las precondiciones de una agencia moral autónoma». Y es que, con todas sus peculiaridades, Kant no deja de ser un jusnaturalista, mientras que Mariano no lo es. Mas, ¿qué requerimientos o demandas o postulados de racionalidad práctica atraen, como imanes, a la positivación de los Derechos Humanos, aun careciendo de suyo de fuerza normativa? Mariano cita aquí a Joshua Cohen, quien *ofrece una perspectiva* o un terreno de deliberación sobre estándares que pueden exigirse a las sociedades políticas, lo cual resume como un ideal de razón pública. Ignoro por qué hay que atenerse a ese ideal. Para mí, carece de méritos —y, todavía más, de eficacia— ese ofrecimiento de perspectiva deliberativa. En la realidad las positivaciones de Derechos Humanos se han llevado a cabo con escasa deliberación, salvo de minorías. ¿Cuántos españoles deliberaron sobre los derechos que se iban a reconocer en la vigente Constitución de 1978?

Toda la argumentación de Mariano contra el derecho de emigración e inmigración se desprende de la visión —que él abraza, siguiendo a Cohen— de que los Derechos Humanos son normas asociadas con la idea de ciudadanía, e.d. la afiliación o inclusión en una sociedad política organizada.

De ser así, efectivamente, no hay derecho de inmigración. Pero me pregunto si existe un derecho de procreación, pues los nuevos habitantes que provengan del engendramiento no habrán suscrito el pacto político, al cual se incorporarán sin

mediar la aquiescencia de los demás socios, los demás ciudadanos. Si el pacto social contiene una cláusula autorizando a procrear, ¿por qué va a carecer de otra permitiendo acoger a extranjeros que se quieran incorporar? En cuanto al derecho de emigración, veo bastante frágil su rechazo incluso desde los supuestos rawlsianos. Si entiendo bien, lo que argumenta Rawls es que el pacto social no ha de contener una cláusula por la cual la única opción a un trato injusto sea marcharse; o sea, no ha de organizarse la sociedad de manera que, en la práctica, se constriña a un socio a salir. Mas ¿por qué ha de rehusárselle el derecho de abandonar la sociedad en pos de mejores oportunidades en otros países? (En suma, un derecho viejo como el mundo, el de sustraerse al pacto social emigrando, del cual trató Platón en el *Critón*; v. Kirkpatrick, 2014.) Sólo encuentro —entre las citas directas o indirectas de Mariano— el argumento de que se sufre mucho emigrando, al tener que cambiar de lengua, cultura, vínculos, conexiones y valores; quien esto escribe vivió 18 años de exilio, durante parte de los cuales, efectivamente, mudó de lengua en su hablar, escribir, pensar e incluso soñar, sin que aparentemente eso lo haya dejado aplanado o empobrecido; al revés, creo que me enriquecí mucho.

Dudo que sea atinado acercar mi enfoque al de los cosmopolitistas con los cuales debate Mariano, quienes «sítúa[n] la comunidad internacional en el mismo plano [que los Estados] de responsabilidad institucional de [...] protección y promoción efectivas [de los Derechos Humanos]». Dudo haberme llamado nunca «cosmopolita», pero, en cualquier caso, abjurro de esa etiqueta. Al revés, soy estatista, westfaliano. Creo que la protección y el amparo de los Derechos Humanos está en el Estado, al cual debemos la seguridad social, los instrumentos de redistribución, los tribunales, las obras públicas, los múltiples y variados servicios públicos. Ni siquiera miro con benevolencia los entes supranacionales (desdeño fuertemente las integraciones que no se basen en una lengua y una historia política compartidas) ni albergo esperanzas sobre los organismos internacionales, que han resultado tan decepcionantes.

Sólo que el Estado-Nación tiene obligaciones, no sólo para con sus habitantes, sino también para con los demás miembros de la familia humana, sin que ésta esté constituida como entidad política (o estándolo muy mal), ya que lo que funda los derechos y los deberes de la comunidad hacia los individuos y viceversa es una preceptividad natural del bien común; un bien común que demanda la apertura, en tanto en cuanto el bien común de los habitantes circunstanciales de un territorio no puede hacerse en detrimento del bien común de la familia humana (*la res Publica totius humani generis* de Fray Francisco de Vitoria, O.P.).

Por eso, efectivamente, soy aperturista, como lo recuerda Mariano, sin avalar para nada instituciones transnacionales o internacionales encargadas de velar por los Derechos Humanos, cuyo balance es poco halagüeño. Cada ser humano tiene deberes y derechos *erga omnes*; por lo tanto, también con relación a Estados extranjeros —incluyendo el derecho de radicación y naturalización, sujeto a las posibles colisiones con otros derechos, por lo cual no es absoluto.

Omito aquí el detalle de las objeciones que me dirige Mariano en lo atinente a esos derechos, puesto que nuestras discrepancias se infieren de los desacuerdos ya examinados en los párrafos precedentes. Si sólo hay Derechos Humanos en la medida en que están normativamente positivados en el seno de una comunidad política territorialmente demarcada y únicamente para sus habitantes, entonces no puede haber ningún derecho fundamental a inmigrar.

No se olvide, empero, que *one man's modus ponens is another man's modus tollens*. El derecho migratorio lo han practicado y ejercido los humanos durante

centenares de miles de años; su denegación ha empezado a raíz de la I Guerra Mundial. (Recordemos cómo, en *El mundo de ayer*, Stefan Zweig añora la libertad migratoria, sin necesidad de pasaportes ni visados, hasta 1914.) Una teoría que avale esa denegación me resulta, ya por eso, carente de atractivo y de verosimilitud.

Únicamente voy a agregar un *obiter dictum* significativo e importante. Mariano cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual, además de imponer la práctica de la acción afirmativa (que yo condeno), estipula que no podrá incurrirse en discriminaciones por condición migratoria. Pues bien, justamente, en el capítulo IX de *Idea Iuris Logica* abogo por esa discriminación, inevitable contrapartida de la libertad inmigratoria. Quienes voluntariamente vengan, ¡que lo hagan! No se les cierra el paso. Tendrán que ponerse en la cola y, tras pasar un pluriénio de noviciado, cumplir determinados requisitos para naturalizarse, adquiriendo así todos los derechos (mejor dicho, habilitándose así para exigirlos frente a la nueva comunidad a la que optan libremente por incorporarse).

Está claro que un cambio jurídico como el reconocimiento de la libertad migratoria ha de llevar aparejada una rectificación de las tablas de derechos, que han sido diseñadas de suerte que tan sólo resulten viables bajo la condición de rehusar a los extranjeros el derecho a inmigrar.

* * *

Resultaría arduo mejorar la sucinta exposición de mis ideas que hace Alfonso García Figueroa, cuyos elogios desbordan mis méritos. Hay dos puntos en los cuales son acertadas las críticas que me dirige Alfonso.

En primer lugar, lo atinente a la presunta tesis «Hume-Moore» de la indeducibilidad de lo normativo (o lo deónico, o lo axiológico) a partir de premisas fácticas. En verdad esa tesis es un invento, una amalgama esgrimida en las polémicas para desacreditar a cuantos incurran en la dizque falacia naturalista. Sin investigar en qué medida fuera genuinamente atribuible a esos dos filósofos británicos la tesis que vulgarmente se les adscribe, yo me he limitado a ubicarme en el campo de quienes la rechazan; un vastísimo campo, en el cual me hallo en la grata compañía de toda la *philosophia perennis* (*ens et bonum convertuntur*), Leibniz, los racionalistas de la Ilustración, Hegel, N. Hartmann y, más cerca de nosotros, Searle —lo cual ya es suficiente. Pero es que, como certamente lo señala Alfonso, Moore no abrazó la tesis que se le atribuye. Mi reciente relectura de las obras de Hume me ha convencido de que tampoco el gran pensador escocés sostuvo lo que se le suele asignar en este particular. Cuando escribí VLD no ignoraba yo las lecturas revisionistas de esos autores y el consiguiente descrédito, entre los eruditos anglosajones, de la existencia de la tesis de marras. No obstante, mi propósito era tan sólo el de defender mi propio enfoque de metafísica jurídica, el cual, en pos de la tradición racionalista, vincula el *deber-ser* al *ser*.

También es, sin duda, acertada la crítica que me dirige Alfonso por mi sumario tratamiento de Alexy, con cuya obra (que siempre me ha producido enorme respeto) disto de estar, ni remotamente, tan familiarizado como lo está Alfonso. Por las otras citas que aporta (de textos del profesor alemán que no he leído), resulta que Alexy y yo hemos caminado en un sentido bastante convergente, al menos en algunas cuestiones fundamentales de filosofía jurídica. Lo cual me congratula, pues las rarezas de mi propuesta (que Alfonso se deleita en enumerar) no dejan de producirme algún desasosiego, en tanto en cuanto podrían ser indicios de extravagancia. Claro que tales convergencias se circunscriben a algunas cuestiones. La metafísica jurídica de VLD dudo que sea del agrado del catedrático de Kiel.

El comentario de Alfonso, en su conjunto, tiene puntos de coincidencia con otros recogidos en este *Book Forum*, la mayoría de los cuales cuestionan mi radical separación entre Derecho y moral, lo cual podría darle al lector la equivocada impresión de que a mi propuesta se enfrentan, más que nada, los jusmoralistas (cuantos tratan de colocar pasarelas entre ética y Derecho), como si la mayor oposición no viniera de los positivistas puros, aquellos que, si bien coinciden conmigo en esa separación, rechazan la existencia de normas jurídicas no promulgadas.

Con relación a la ética, Alfonso tiene «la impresión de que la moral a la que alude Lorenzo Peña es una moral esclarecida, ilustrada y pura en que no hay interferencia posible de la moral social». Si he dado esa impresión, es que no me he expresado correctamente. Mi concepto de «moral» viene, a grandes rasgos, dilucidado por varias notas, agrupadas en un racimo que, lejos de formar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, se limita a bosquejar un contorno difuso y elástico. En esa caracterización, desprovista de pretensiones de exactitud, no se presupone ni la conexión de la moral individual con la social ni su desconexión. Sea como fuere, algo en lo que insisto —y se ve también en mi respuesta a la mayoría de mis gentiles interlocutores en este *Forum*— es la vinculación entre conciencia y deber moral. Qué factores estén detrás o delante de esa conciencia no es tema que yo estudie.

Si he observado dos puntos de la crítica de Alfonso en los cuales le doy la razón, subsisten, empero, tres divergencias entre nuestros respectivos enfoques. La primera es que, según lo entiende él, el Derecho es un conjunto de actos de habla regulativos regidos por una pretensión de corrección, actos de habla que forman parte de juegos de lenguaje profundamente humanos. Esa visión me parece claramente inspirada en la pragmática transcendental de Apel y en la filosofía lingüística oxoniense originada por el Wittgenstein tardío. Desde luego ese punto de vista es opuesto al que yo defiendo, según el cual el Derecho está constituido por normas, e.d. por situaciones jurídicas (generales), siendo una situación jurídica la afectación de un estado de cosas por una cualidad normativa. Algunas situaciones jurídicas resultan de actos de habla (como lo recalco en el capítulo VIII de VLD), a saber: proclaciones edictivas; otras, no. Cae fuera de los límites de este intercambio adentrarme en las razones a favor de mi propia propuesta y en contra de la concepción lingüística. Bastante me extiendo sobre eso, no ya a lo largo de los sucesivos capítulos de VLD, sino igualmente en una serie de ensayos de los últimos lustros.

Esa discrepancia está en la base de otra que al lector le resultará muy saliente: nuestro desacuerdo sobre el principio de permisión, PP, o sea aquel que, de la no-deducibilidad, en un sistema normativo, de la prohibición de una conducta, nos faculta a inferir la licitud de tal conducta en ese sistema. Alfonso se adhiere a la tesis de Alchourrón y Bulygin, por mí criticada en el capítulo VIII de VLD, tesis que introduce un distingo entre permisos débiles y fuertes. Según lo enuncia Alfonso, el PP significaría —en la versión no tautológica, que es la que yo defiendo— que lo no prohibido por norma alguna del sistema estaría, explícita o implícitamente, autorizado por una norma del sistema. Afirma Alfonso que no es así, que no tiene por qué ser así. Sólo será así —nos dice— en aquellos sistemas que hayan incorporado ese principio, siendo lógicamente posible un sistema normativo sin PP.

Ahora bien, en mi tratamiento PP es una regla de inferencia primitiva de la lógica nomológica —aplicable a cualquier sistema normativo. Su ausencia denota que el conglomerado de prescripciones que se esté considerando no es un sistema normativo. ¿Estoy equivocando al postular esa regla de inferencia y al ver en ella un rasgo esencial de la sistematicidad normativa? Es posible; no basta, empero, para

refutarme constatar la concebibilidad de conjuntos de normas sin PP. Y es que, para cualquier axioma lógico, para cualquier regla de inferencia lógica, son concebibles conjuntos exentos de ese axioma o de esa regla de inferencia. Así, ¿refutaron Heyting y Brouwer el principio de tercio excluso, «A o no-A»? Ciertamente diseñaron la lógica intuicionista sin ese principio; tal lógica funciona, sólo que es más débil que la lógica clásica; con el intuicionismo perdemos muchas deducciones interesantes en matemáticas y en el discurso corriente. Hay lógicas conexivistas donde no se acepta el principio de simplificación alética, «Si A&B, entonces A». Hay incluso lógicas sin principio de identidad, «A=A» —esgrimidas por algunos teóricos de la física como modo de afrontar ciertas paradojas de algunas partículas elementales. En realidad, no hay ni un solo axioma, ni una sola regla de inferencia comunes a todos los sistemas lógicos.

Los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica deontica se postulan por alguna razón. Yo brindo en mi libro una razón: son aquellos que permiten hacer razonamientos que, vinculando hechos y situaciones normativas, sirvan al fin de la sociedad. Los descubrimos por abducción. Entre ellos figura el PP. Alfonso acepta que tal principio es una exigencia pragmático-transcendental del Derecho y que tiene vigencia en todos los modernos ordenamientos jurídicos. No sólo eso, sino que, además, Alfonso reconoce que «por si fuera poco, el PP habría formado parte de los presupuestos que los juristas han aceptado secularmente». Me hace dudar el uso del modo potencial; no sé si su frase ha de leerse afirmativamente («formó parte») o adscriptivamente («según Lorenzo Peña, formó parte»). Pero en VLD aporto datos al respecto. Justamente por eso los adeptos del distingo inventado por Alchourrón y Bulygin lo ven como una novedad, que choca con cuanto había sostenido siempre la doctrina —positivista o no— (y que han seguido sosteniendo hoy positivistas como Raz). Siendo así, parece que siempre se interpretaron los sistemas normativos de tal manera que —aun sin enunciarlo con las palabras de hoy— se sobrentendiera la vigencia del PP. Luego su validez no es ninguna novedad de los sistemas normativos modernos.

Claro que, si el Derecho fuera un mero juego del lenguaje, un conglomerado de actos de habla, desligado de su función al servicio de la consecución de los fines de la sociedad, entonces ¿por qué no? Habría, o podría haber, juegos con cualesquiera axiomas o reglas de inferencia caprichosamente elegidos e incluso sacados al azar. Si una norma no es una situación jurídica, sino un acto de habla, entonces de la ausencia de actos de habla que entrañen cierta conclusión no se seguirá la existencia de un acto de habla que entrañe la negación de esa conclusión. La lógica nomológica propuesta en VLD no es una lógica diseñada para conjuntos de actos de habla, sino una lógica de las situaciones jurídicas.

La tercera y última discrepancia concierne al bien común. Alfonso cuestiona la utilidad del axioma del bien común dada la elasticidad que yo atribuyo a ese concepto y su variable modulabilidad en diversas circunstancias histórico-sociales, lo cual le hace sospechar que caigo en un «vaciamiento de su contenido». Dudo que sea así. El mismo cuestionamiento podría aplicarse a otras nociones afines, como «utilidad social», «interés general», «bienestar» y «felicidad». He precisado algunas veces que el bien común puede cifrarse en la cantidad y calidad de vida, colectiva y distributivamente (social e individual). A los más punitivos tampoco eso los convencerá, ya que no dejan de ser elásticas las nociones de vida, calidad, cantidad, socialidad e individualidad. Los astrofísicos que especulan sobre la posibilidad de vida en planetas de otros sistemas estelares tienen muchas dudas sobre qué es aquello cuya existencia o inexistencia se plantea, porque no hay una definición precisa y concluyente de «vida».

Hay una réplica pragmática al cuestionamiento de la utilidad de la noción de bien común en virtud de su indeterminación y elasticidad: tal noción viene, simultáneamente, rechazada por quienes ven en ella un peligro para el individualismo, un principio colectivista incompatible con una sociedad liberal. Espero haber argumentado en VLD lo suficiente para mostrar que el principio del bien común ni es vacuo ni tampoco es necesariamente antagónico con el liberalismo —siempre que sea un liberalismo respetuoso de los fines esenciales de la sociedad.

* * *

Certera es la reconstrucción que hace Marcelo Vásconez de mi enfoque sobre la dicotomía entre ética (o moral) y Derecho, que gira en torno a la separación entre ética y Derecho Natural. Ha logrado formular mi planteamiento en términos más claros y compactos que los que se hallan en mis propios escritos, siendo iluminadores su exploración de mi itinerario intelectual y su diagnóstico sobre mi pirronismo ético.

Como lo expresa Marcelo, siempre se ubica en el campo de la filosofía jurídica mi discusión de la ética (salvo en escritos puntuales y ya un poco añejos). Significa eso que, en mi producción intelectual, rarísimas veces he abordado una investigación filosófica autónoma sobre la ética; si, en estos últimos años, he desarrollado varias reflexiones sobre temas morales o metaéticos, ha sido únicamente en el sentido y con el propósito que capta Marcelo, como objeciones al jusmoralismo. Vienen perfilados en el texto de Marcelo los motivos intelectuales de esa autolimitación.

Estando de acuerdo con Marcelo en la mayoría de sus consideraciones, voy a ceñir mi respuesta a dos asuntos que me suscitan dudas en su trabajo.

El primero es la propuesta de una esencia objetiva de la ética que vendría, en parte, suministrada por los axiomas de una lógica deóntica correcta, en paralelo a cómo los axiomas de la lógica nomológica constituyen el núcleo del Derecho Natural. Estriba, a mi entender, la diferencia en que, en la lógica nomológica, tenemos el axioma central, la obligación de que se realice el bien común. Un axioma material, no formal. (Los demás axiomas tampoco son formales, pero su materialidad resulta menos obvia.) ¿Qué axioma o axiomas de la lógica deóntica jugarán ese papel en ética? ¿El de que es moralmente preceptivo hacer el bien y abstenerse del mal (principio de sindéresis de la tradición aristotélico-escolástica)? Se le ha reprochado su presunta vaguedad al concepto de bien común, pero ¿no nos brinda, al menos, algunas pistas hermenéuticas el adjetivo «común»? Pistas de las cuales está ayuno el principio de sindéresis.

Alternativamente podríamos buscar un catálogo axiológico, en la línea de N. Hartmann y M. Scheler, junto con unas reglas de prelación. Percátase Marcelo de que ésa sería mi preferencia, si es que osara dedicarme a proponer una ética. Es más: en la contrafáctica hipótesis de que yo renunciara a mi tesis de la separación entre ética y Derecho Natural —o, al menos, la atenuara—, seguiría verosímilmente los pasos del maestro Eduardo García Méynez, un gran estudioso de la axiología hartmanniana, que supo aplicar a su filosofía jurídica. Sin embargo, como lo apunta Marcelo, albergo dudas acerca de la factibilidad de ese proyecto —y, sobre todo, acerca de su justificación epistémica. Podemos construir una ética con esos instrumentos, pero ¿cómo probar que es verdadera? Sin demostrar que lo es, ¿cómo exigir a los demás ajustar sus pensamientos y sus hechos a esa ética, en lugar de otra? No se me conteste que quien elabora una ética no impone nada de los demás, sólo propone. Sí, evidentemente, propone; y no se dirige al poder público exhortando a que éste use la coerción legítima al servicio de la normativa ética así propuesta. Pero, sin lugar a

dudas, quien enuncia una ética se siente, explícita o implícitamente, (moralmente) autorizado a reprochar conductas que la conculquen y a loar aquellas que la cumplan.

En el campo jurídico hay un argumento transcendental a favor de la lógica nomológica, incluido el axioma del bien común. Quienes promuevan ordenamientos normativos que se aparten de esos principios destruyen o socavan su propia empresa. (Razono según el modelo de Lon Fuller con relación a la hipótesis del caprichoso legislador Rex.) En la teoría ética, el proyecto más ambicioso de racionalismo moral es —en mi opinión— el de Alan Gewirth. Reconociendo su atractivo, confieso mi perplejidad al respecto. Es una temática fascinante, pero no es la mía. Ciento que he aspirado a ofrecer un nuevo sistema filosófico, pero no sin lagunas. (¿Qué sistema más acabado y exhaustivo que el de Hegel? Aun así, el filósofo del idealismo absoluto no publicó ningún tratado de ética y sí uno de filosofía jurídica. Mis pretensiones son mucho más modestas que las de Hegel.)

No se les planteaba a N. Hartmann ni a M. Scheler el problema de la prueba de verdad de sus estimaciones éticas, porque apelaban a la intuición emocional de los valores. Yo he reiterado mi total escepticismo sobre cualquier tipo de intuición. Mi experiencia vivencial no me ha permitido nunca intuir nada. Conque quienes disfruten de ese privilegio epistémico de poder intuir, si son filósofos, parece que algo deberían hacer para que los demás creamos en la verdad de sus intuiciones.

En la elaboración de la lógica nomológica el principio del bien común no sirve sólo como axioma central del sistema, sino también como pauta heurística para la abducción de todos los axiomas y todas las reglas de inferencia. Tomamos los argumentos de la praxis jurídica; los filtramos por un cedazo, que es el de quedarnos sólo con aquellos cuya utilización sirva al bien común. Mientras no tengamos unos axiomas materiales esenciales para una lógica deóntico-ética, carecemos de una pauta heurística general.

Como lo ha percibido Marcelo, en uno de mis más recientes ensayos he rectificado, en parte, mi tesis de que la ética busca el perfeccionamiento personal. Cito lo que él dice: «puesto a buscar una [función de la ética], encuentra que es el mejoramiento de las relaciones entre los miembros de la sociedad, lo cual de manera indirecta contribuye así a la armonización del tejido social».

Tal vez esa somera indicación de pasada podría darnos una pauta. Si el Derecho es la normativa de la vida pública, o sea de la sociedad (de la Sociedad con mayúsculas, del cuerpo político), quizá la ética es la normativa de la vida privada, de las microsociedades —o, más correctamente, de la vida personal e interpersonal—: de las familias, de las agrupaciones de amigos o cualesquiera otras, sin fuerza coercitiva, pero con sanción reprobatoria; o, mejor dicho: es aquella normativa de las microsociedades que no apela a la normativa pública. Esa normativa consuetudinaria, las *costumbres*, constituiría la materia prima, a partir de la cual, por abducción, podríamos inferir principios fundamentales requeridos para que, en esas múltiples células del tejido social, reinen armónicas relaciones. No se trataría de tomar, sin más, los juicios de alabanza o vituperio que vienen asumidos por la gente en una particular sociedad, porque, si la ética verdadera se halla reverberada en la moral social, también suele estar en ella adulterada y alienada. No hay que olvidar que también existe un Derecho interno de las colectividades —las asociaciones, las múltiples figuras societarias y organizativas privadas; precisamente por eso —y a fin de deslindar los campos— entiendo el campo de la ética, no como el de las relaciones privadas en general, sino, en particular, como el de los vínculos interpersonales.

Paso al segundo problema. Marcelo es muy cuidadoso y preciso en citar sus fuentes sobre el utilitarismo, en particular, y el consecuencialismo, en general; pero en su propia exposición surge una dificultad. Aceptemos que es verdad lo que voy a llamar «el principio evaluativo del consecuencialismo», **PEC**, a saber: que la evaluación moral de las conductas ha de hacerse exclusivamente por sus consecuencias causales. (Personalmente —y a pesar de las citas aducidas por Marcelo— dudo que el PEC haya sido asumido por Sidgwick, Bentham, J.S. Mill, J.J.C. Smart, Peter Singer y tantos otros consecuencialistas, al menos bajo una enunciación tan contundente. Algunas de las citas que parecen corroborar el PEC vienen de adversarios del consecuencialismo —sobre todo adeptos de la mal llamada «ética deontológica», un intencionalismo de raigambre kantiana.)

Marcelo mismo puntualiza que «hay un sentido en el que es adecuado enunciar que el consecuencialismo sea subjetivo», no siendo irrelevantes «las consecuencias que un sujeto pueda prever o razonablemente esperar», si bien estima —siguiendo a Sinnott-Armstrong— que eso no hace «depender el criterio de obligatoriedad de algún contenido en la mente del sujeto». ¿No? ¡Vamos a ver! O bien son moralmente relevantes las previsiones y las expectativas del agente o no lo son. Si lo son, ¿cómo no lo van a ser para fijar el criterio de obligatoriedad en función de contenidos en la mente del sujeto? Es justamente esa relevancia de la previsibilidad de los resultados lo que, a mi juicio, zarandeaba el PEC.

Cabe causar un daño por caso fortuito, por imprudencia, por indiferencia o adrede. Si el agente previó el daño, lo ha hecho adrede (dolo directo). Si le traía sin cuidado que se produjera o no, ha actuado con indiferencia (dolo eventual). Si podía preverlo, pero no prestó atención, ha obrado imprudentemente. Si era imposible preverlo o evitarlo, se ha tratado de caso fortuito. Son distingos del Derecho penal, pertinentes para la ética.

Siendo así, me resulta inverosímil que el consecuencialismo esté prescindiendo de las intenciones, decretando moralmente irrelevantes las previsiones del agente; y, por lo tanto, sus intenciones. Tampoco el Derecho prescinde de ellas. Sólo que el Derecho únicamente las toma en cuenta en la medida en que, en las conductas, se ha violado la ley. La valoración moral no puede, en cambio, circunscribirse a los casos en que se haya transgredido la norma ética, sino que ha de abarcar también aquellos en que se ha observado dicha norma.

Una vez que el consecuencialista modula el PEC introduciendo la previsibilidad de los resultados —bajo una enunciación que requiere precisarse—, surge automáticamente la pregunta de si, para él, la valoración moral ha de centrarse en las consecuencias reales o en las previstas (dejando de lado la hipótesis de un problemático adscribir la misma importancia a las unas y las otras). Si elige la primera opción, debemos cuestionar (como lo han hecho sus adversarios) que se trate, en realidad, de una teoría ética o moral, porque no serviría como regla de conducta; sólo se aplicaría en tercera persona, como criterio externo de valoración (una dicotomía que Marcelo recoge en su exposición). Si se elige la segunda opción, creo que, entonces, reincidimos —en este punto al menos— en lo que yo me he esforzado por argumentar en VLD: la ética atiende preferentemente a la intención de los agentes (aunque, a su vez, se calibre ésta con el criterio de la previsión o previsibilidad de los resultados, descontándose la «buena intención» de quien obra a ciegas, pase lo que pase —o sea de quien siga la máxima «¡Haz el bien y no mires a quién!» o alguna similar); y su campo es el de toda la conducta humana. Por el contrario el Derecho tiene un campo más limitado, escudriñando la intención únicamente en el caso de actuaciones antijurídicas.

Insisto en que el problema aquí no estriba en saber si «el utilitarismo [está] equivocado», sino en que una «teoría [que] mantiene que las intenciones son irrelevantes para valorar los actos» no puede ser una teoría ética ni moral (ni siquiera jurídicamente admisible —como no sea en ordenamientos arcaicos que el progreso de las ideas normativas superó hace miles de años).

Dudo que tenga éxito la objeción final que me dirige Marcelo: «si [...] el axioma del bien común [...] se justifica [...] por el consecuencialismo, y ésta es considerada típicamente como una doctrina de la ética, resultaría que el Derecho Natural dependería fundamentalmente de la ética». La respuesta la ha previsto él mismo: «acudir una vez más al dualismo, distinguiendo, en esta ocasión, dos tipos de consecuencialismo, uno ético y otro jurídico». A lo cual replica: «llevado el dualismo hasta sus extremos, quizás resulta un poco desmesurado».

No veo en qué o por qué es desmesurado. Ya hemos visto que, si el consecuencialismo ético quiere ser una teoría moral, ha de tomar en cuenta las intenciones; también lo hace el Derecho, pero más limitadamente. Y las consecuencias relevantes no son las mismas. En el Derecho sólo se tienen en cuenta consecuencias atinentes al bien común, a la cantidad y calidad de vida, colectiva e individual, de una sociedad. No me incumbe discurrir aquí sobre cuándo son éticamente relevantes las consecuencias de nuestros actos, pero juzgo que forman un ámbito mucho menos circunscrito (y, verosímilmente, más orientado a las relaciones interpersonales).

Marcelo nos ha ofrecido un brillante análisis sobre la teoría ética, pero no ha conseguido aportar auxilio alguno al jusmoralismo. Lo último que querría éste sería reputar relevante para el Derecho una presunta ética como el consecuencialismo según Sinnott-Armstrong, para el cual el criterio de obligatoriedad no depende en absoluto de ningún contenido en la mente del sujeto (una indiferencia a las intenciones mucho más radical que la del propio ordenamiento jurídico).

Las objeciones de Marcelo han suscitado en mí una inquietud sobre la posibilidad de una investigación ética objetiva (reflejada unos párrafos más atrás), sin quebrantar, empero, mi convicción de que Derecho y moral son normativas disjuntas e independientes entre sí.

* * *

Es una suerte poder contar con el prolífico y cuidadoso texto de José Juan Moreso, quien tiene la amabilidad de recordar facetas de mi previa trayectoria, en los campos de la lógica y la metafísica, vinculándolas a la obra ahora discutida, VLD, para lo cual despliega su acreditado dominio de la filosofía de la lógica y del lenguaje, dos disciplinas que suelen caer fuera del ámbito de competencia de los filósofos del Derecho.

Repréchame el profesor catalán mi tesis de la suficiencia de la edición legislativa para hacer existente una obligación (o una prohibición o un permiso). Cita mi aserto: «Aquel que hace verdadera la prolocución deontica edictiva es la propia existencia de esa misma prolocución, la cual es así autofundante». Llamemos a mi afirmación «Principio de Omnipotencia del Legislador», POL. Moreso objeta a POL:

Siendo así, me temo, y dado que cualquier oración puede ser proferida por una autoridad, la posición de Peña, de tomarnos en serio tal afirmación, hace de su lógica, no una lógica paraconsistente ni dialéctica, sino una lógica *trivial*, dado que todas las normas (también las contradictorias entre sí) emitidas por una autoridad son verdaderas, que es la tesis del *trivialismo*.

El párrafo recién citado del comentario de Moreso lo denominaré **AT** (*acusación de trivialismo*). AT se presta a dos lecturas:

- (1^a lectura) POL entraña que todas las fórmulas sintácticamente bien formadas, «A», sean tales que «A» resulte afirmado como verdad. Tal entrañamiento será una trivialidad general.
- (2^a lectura) POL entraña que todas las fórmulas sintácticamente bien formadas, «A», sean tales que «oA» resulte verdadero en el sistema jurídico de referencia. Tal entrañamiento será una trivialidad deóntica.

Con relación a la 1^a lectura, hay que distinguir entre proferir una oración y proferirla edictivamente —o sea, hacer con ella un acto performativo de índole edictiva. Para proferir edictivamente una oración son menester dos requisitos esenciales:

- (1º) Que la oración así proferida sea deóntica, e.d. que la oración entera caiga bajo el alcance de un operador deóntico —sea el de obligación, sea el de licitud, sea el de prohibición. (Son también deónticas aquellas oraciones que resulten de prefijar a una fórmula deóntica un cuantificador universal.)
- (2º) Que el proferente esté en condiciones pragmáticamente idóneas para, al enunciar esa oración deóntica, hacer un acto de habla que sea una prolocución edictiva; o sea: que esté revestido de autoridad suficiente y profiera la oración según determinadas formalidades socialmente convenidas (reglas hartianas de reconocimiento). (Hace falta, pues, un entorno de elocución adecuado.)

El primer requisito refuta la 1^a lectura de AT, puesto que, por mucho que el legislador profiera un enunciado no deóntico, esa prolocución no es edictiva (ni, por consiguiente, cae en el ámbito de aplicación de POL).

Así lo confirma, acertadamente, el Consejo Constitucional francés, en fecha de 21 de abril de 2005, declarando contraria a la Constitución una disposición legislativa «desprovista de alcance normativo», fundándose en el art. 6 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 y en otras normas de valor constitucional relativas al objeto de la ley. (Eso anula pseudoleyes como la del 29 de enero de 2001, cuyo art. 1 reza: «Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915».) Al hacer ese pronunciamiento el alto tribunal francés lleva razón frente a Kelsen, para quien «una ley adoptada de manera perfectamente constitucional» puede «tener un contenido que no representa una norma de ningún tipo», «sino que, p.ej., expresa una teoría religiosa o política» (Kelsen, 1972, p. 71).

Refutada así la 1^a lectura, sólo queda, como posible interpretación de AT, la 2^a lectura. ¿Acarrea POL la trivialidad deóntica del sistema jurídico? ¡No, en absoluto! La acarrearía si la lógica deóntica adoptada fuera una LDE (lógica deóntica estándar), como las de Alchourrón y Bulygin y aquellas en que ha trabajado el propio Moreso. En esas lógicas las consecuencias lógicas de contenidos obligatorios son también obligatorias (regla de cierre lógico). Conque, si el legislador edicta «oA» y —quizá en otra ocasión— «o¬A», entonces, al tener esas lógicas como su cálculo sentencial subyacente el clásico —donde vale la regla de Cornubia (según la cual de un par de premisas, una de ellas negación de la otra, se deduce cualquier conclusión)—, en esas lógicas estándar se seguirá «oB», para cualquier «B»; será un sistema afectado por trivialidad deóntica.

Mas, como lo acabo de decir, la lógica nomológica propuesta en VLD no acepta la regla de cierre lógico, o sea: de «oA» y $\vdash A \rightarrow B$ no se deduce «oB». En la lógica nomológica las consecuencias lógicas de contenidos obligatorios pueden y suelen no ser obligatorias.

Ciertamente la lógica nomológica posee sus propios axiomas y reglas de inferencia —estudiados en el capítulo II de VLD y recapitulados en la p. 195. Así pues, también con la lógica nomológica comprométese el legislador, con sus promulgamientos explícitos, a la vigencia de normas derivadas que él no ha promulgado (ni quizá previsto). Sin embargo, el potencial deductivo de la lógica nomológica, totalmente diverso del de la LDE, resulta —habida cuenta de todo— muchísimo más débil. Para nuestro propósito lo esencial es que con la lógica nomológica jamás se produce ninguna explosión inferencial; quedan muy acotadas las consecuencias lógico-nomológicas.

El ordenamiento jurídico puede y suele contener antinomias, «oA» y «o~A» (siendo «~» la negación débil, el mero «no») e incluso puede contener antinomias fuertes, «oA» y «o¬A» —siendo «¬» la negación fuerte, el «no... en absoluto». Nótese que en la lógica nomológica «o~A» implica «~oA», pero, en cambio, de «o¬A» no se sigue «¬oA». O sea, el principio de subalternación deóntica no vale para la negación fuerte. Por otro lado el cálculo sentencial subyacente es la lógica gradualista (una lógica paraconsistente para la negación débil, «~», o sea: para esa negación no vale la regla de Cornubia). (Si el principio de subalternación deóntica valiera para la negación fuerte, un sistema con antinomias fuertes acarrearía la trivialidad general.)

De ahí que, según mi propuesta nomológica, para que, en un ordenamiento jurídico, se produzca una trivialidad deóntica —e.d. para que sean verdaderos *todos* los asertos del tipo «oA»— será menester que el legislador haya ido edictándolos todos, uno por uno. Sería un legislador no humano, claro está; nótese, en efecto, el distingo entre: (1º) que cualquier enunciado deóntico pueda venir edictado por el legislador; y (2º) que el legislador pueda edictar todos los enunciados deónticos. Lo segundo cae fuera del ámbito de las posibilidades humanas.

Afortunadamente mi propuesta en VLD pone una barrera a la desmesura legislativa que causaría un estrañalario legislador al que se le ocurriera ponerse a amontonar preceptos y más preceptos sin ton ni son; consiste esa barrera en el principio jurídico-natural de que, cuando un cúmulo de normas ya no sirve, ni siquiera laxamente, para regular la sociedad en aras del bien común, deja de ser un ordenamiento jurídico, perdiendo así el legislador la aptitud para edictar normas (pues, en verdad, cesa de ser legislador).

Eso marca uno de los dos límites a POL. El segundo límite es que hay ediciones nulas en virtud de constreñimientos de lógica nomológica. En tales casos, la edición es jurídicamente inexistente (o, como mínimo, irrita). En mi libro detallo algunos casos. (Atienza señala que son imaginarios.)

Notemos que —a pesar de esas dos limitaciones— POL es una tesis que mi propuesta toma del positivismo jurídico, justamente por rechazar el jusnaturalismo sustractivo. Para éste último la edición legislativa no es condición suficiente de vigencia jurídica. Para mí sí —con esas dos limitaciones. En la medida en que no sean transgredidos esos dos límites, toda prolocución edictiva del legislador crea Derecho. Abrazando POL, estoy (en eso) en la línea de Kelsen (aunque restringiendo su principio de indiferencia del contenido por la exigencia de que sea un contenido deóntico y no de otro tipo). (De ahí que Atienza pueda decir, no sin fundamento, que mi propuesta es una síntesis peculiar de jusnaturalismo y positivismo.)

También objeta Moreso a POL que no basta la prolación edictiva para que se cree una situación jurídica, sino que la misma requiere que se satisfagan ciertas condiciones. No hay desacuerdo alguno entre nosotros sobre ese punto. Lo que pasa es que, si no se dan esas condiciones, no hay tal prolación edictiva. Para que con un performativo se haga una prolación performativamente calificable, es menester que sea apropiado el contexto de elocución. Vale eso para performativos como «preguntar», «mandar», «prometer», «jurar». Y, obviamente, para «edictar». Una edicción tendrá que venir hecha por el legislador según determinadas formalidades y en determinado entorno; si no, no hay edicción.

En relación con eso, Moreso cita mi objeción a Alchourrón y Bulygin en la cual digo: «resulta problemática la mezcla, en una misma oración compuesta, de una cláusula aseverativa (y, por lo tanto, portadora de valor veritativo) y otra dizque prescriptiva y, a fuer de tal, carente de tal valor; no está clara la naturaleza del resultado de ese acoplamiento». Lo trae a colación del *modus ponens* deóntico (*vide infra*). Bien, pero yo no acepto que haya cláusulas prescriptivas carentes de valor veritativo. Es una tesis de Alchourrón y Bulygin, con los cuales estoy discutiendo en ese fragmento de mi obra (en el capítulo VIII). En mi propio tratamiento la oraciones deónticas son verdaderas o falsas, no habiendo entonces problema en mezclarlas con oraciones que enuncien supuestos de hecho. (Justamente así escapo al dilema de Jørgensen que menciona Moreso.)

Creo que, a este respecto, hay que despejar un equívoco. Moreso dice que, en mi tratamiento, «las normas jurídicas son performativos (*jusivos* los llama)». ¡Precisemos! Una norma jurídica emanada por el legislador es la fuerza ilocucionaria de un jusivo (de un performativo de edición o promulgación). Pero hay que distinguir entre la fuerza ilocucionaria de una prolación performativa y aquello que significa esa prolación.

Para ser más exactos, aquello que sostengo es que el legislador tiene dos opciones: instituir la norma por una prolación performativa de la forma «Preceptúo que A» o instituirla por una declaración deóntica —con valor también edictivo— de que su contenido es obligatorio (o sea declarar, edictivamente, «Es obligatorio que A»). La primera opción se plasma en un acto de habla cuya fuerza ilocucionaria es el surgimiento de la obligación; sin embargo lo significado por la oración proferida en tal acto de habla no es eso, sino el hecho de que el legislador está preceptuando que A. En cambio, con la segunda opción coinciden la fuerza ilocucionaria y el significado —o sea, el contenido locucionario.

Pasando ahora a otra cuestión diferente, objeta Moreso mi rechazo del principio de simplificación deóntica, o sea aquel que permite —en la LDE— inferir «oB» de «o(A&B)». Alega que no vale uno de los muchos contraejemplos que yo aduzco en contra del mismo. No quiero discutir ese contraejemplo en particular; pero hay miles de contraejemplos. Uno de ellos es que, si Ángel, al terminar su jornada laboral, tiene que salvaguardar las operaciones del día en un disco duro externo y apagar la computadora, no por ello tiene que apagar la computadora (si no ha salvaguardado los datos). En su empresa le han marcado esa doble obligación por varios motivos: que no se pierda la huella de las operaciones y, a la vez, no se someta la máquina a inútil desgaste. Pero, puesto a no cumplir el primer conyunto, A, es mejor no cumplir tampoco el segundo conyunto, B, porque así, al día siguiente, el operario que se incorpore a las 8 de la mañana podrá proceder a la salvaguarda.

Lejos de que sea una extravagancia mía rechazar ese principio de simplificación, es un tema muy discutido en la filosofía moral analítica, que opone a los posibilistas y a los actualistas y que se suscitó en torno a (Jackson & Pargetter,

1986). El Profesor Procrastinador se ha comprometido a lo siguiente para el 1 de junio: leer tal libro y entregar a la revista una reseña del mismo. Supongamos que, tras haberlo ido dejando para mañana, el 31 de mayo se ve azorado y en apuros; para salvar las apariencias, improvisa una reseña y la manda. Sin haber leído el libro. ¿No hubiera sido mejor, ya que no lo ha leído, que no cumpliera la presunta obligación derivada de reseñarlo?

Moreso puede replicar que Procrastinador no está cumpliendo el segundo conyunto, enviar una reseña, pues pragmáticamente se sobreentendía que tenía que ser una reseña emanada de una previa y atenta lectura del libro. Bien, pragmáticamente es posible (tendríamos una implicatura conversacional —en la terminología de H.P. Grice), pero, en estricta lógica, su obligación era doble: leer y escribir. No sabemos si su reseña fue laudatoria, pero juzgamos verosímil que una reseña inventada sea peor que una omisión de reseñar (quizá el libro merecía una zurra). De rechazar Moreso éste y todos mis demás contraejemplos, me pregunto para qué sirve entonces el principio de simplificación, si es que en la práctica siempre vamos a sobreentender la obligación de contenido conyuntivo de tal manera que tengamos un bloque inescindible.

Antes de cerrar esta respuesta a Moreso haré una breve discusión del **modus ponens deóntico**, MPD, a saber: « $(o(A \rightarrow B) \& A) \rightarrow oB$ ». O sea: en tanto en cuanto suceda A, siendo, a la vez, obligatorio que de A se siga B, resultará obligatorio B. (Dicho con otras palabras: Dadas la ocurrencia de A más la obligatoriedad de que A implique B, es preceptivo B.)

Moreso me objeta: «No veo qué ganamos con esa maniobra, entonces mejor quedarse con la concepción puente». En la jerga lógico-deóntica la concepción puente es aquella que coloca el operador de obligación delante de la fórmula implicativa « $A \rightarrow B$ », mientras que la concepción insular lo coloca delante de la apódosis, « B ». O sea, la concepción puente representa una obligación condicional o implicativa como « $o(A \rightarrow B)$ », al paso que la concepción insular la representa como « $A \rightarrow oB$ ».

Sí, efectivamente, las obligaciones condicionales o implicativas sólo son correctamente enunciadas con la concepción puente. Por tres razones.

- (1^a) Con la concepción insular sería un hecho implicativo —y no una obligación— aquello que, al edictar un precepto, estaría enunciando el legislador. Ahora bien, un hecho implicativo no puede ser edictado. Como ya lo hemos visto párrafos atrás (a propósito de la sentencia del *Conseil constitutionnel* de 2005-04-21), un acto de habla performativo de edictar sólo tiene sentido (sólo es un acto de esa índole) cuando lo proferido es una oración deóntica, o sea una que cae bajo el alcance de un operador de obligación, prohibición o licitud, al cual generalmente viene prefijado un cuantificador universal.
- (2^a) La obligación preceptuada por el legislador, enunciada correctamente con la concepción puente, da una opción a cada destinatario del precepto; sea abstenerse de A (en aquellos casos en los que está en su mano), sea realizar B. Son dos maneras alternativas de cumplir la obligación. Eso en cambio no es posible con la concepción insular.
- (3^a) Si aceptamos la concepción insular, perderemos la imprescindible diferencia entre el hecho deóntico de que sea preceptivo que, en la medida en que A, se realice B y el hecho fáctico de que, en la medida en que se dé el estado de cosas A, sea preceptivo B.

Ahora bien, es totalmente necesaria la diferencia enunciada en la tercera razón. Veámoslo con un ejemplo. Hasta la reforma tributaria del presidente Macron de 2018, el Derecho francés establecía la obligación de que los hogares fiscales dueños de un patrimonio que excediera cierto umbral pagaran un impuesto sobre la fortuna. Tal umbral fue variando; para simplificar digamos que estaba en un millón de euros. La única representación adecuada de tal deber es mediante la formulación puente (con un cuantificador prefijado).

Lo prueba el hecho siguiente. Imaginemos que todo francés con dinero en paraísos fiscales es dueño de un patrimonio superior a un millón de euros. ¿Concluiremos que en Francia es obligatorio que quienes tengan dinero en paraísos fiscales paguen el impuesto sobre la fortuna? ¡No! Aunque de hecho en Francia resulta que quienes tienen dinero en paraísos fiscales están obligados a pagar impuesto sobre la fortuna, no es verdad que en Francia sea obligatorio que quienes tengan dinero en paraísos fiscales estén sujetos a ese tributo. Por lo tanto se precisa la diferencia entre lo que es normativo (la formulación puente) y lo que es un hecho derivado, la formulación insular.

Por consiguiente, sí, es cierto: hay que abrazar la concepción puente, no la insular. Pero entonces surge una dificultad. Quitando el cuantificador (por mor de la simplificación) y aplicando la regla de instanciación, admitimos, en virtud del precepto legislativo que o(A→B), donde «A» significa «Lucas es dueño de más de un millón de euros» y «B» significa «Lucas paga impuesto sobre la fortuna». Y supongamos que, de hecho, se cumple A, o sea es un hecho (un bruto dato fáctico) que Lucas es dueño de más de un millón de euros. Tócanos inferir que está obligado a pagar el impuesto sobre la fortuna. ¿Cómo extraemos tal conclusión?

Justamente es el MPD lo único que nos permite extraer, de la obligación preceptuada por el legislador más el hecho bruto de que Lucas es dueño de más de un millón de euros, la conclusión deóntica de que Lucas debe pagar impuesto sobre la fortuna.

Abrazando la concepción puente (única aceptable por las tres razones recién aducidas), dado el precepto tributario del legislador y dado también el cumplimiento fáctico de la prótasis, ¿cómo, sin MPD, piensa Moreso extraer la conclusión de que Lucas debe pagar el impuesto?

Concluyo mi respuesta expresando el placer que me ha producido este intercambio, debatiendo entre académicos que compartimos referencias comunes, un utilaje conceptual y una metodología analítica y lógica.

Bibliografía

- ERGEC, R. (2002). «La responsabilité du fait de la carence législative», en *Mélanges Philippe Gérard*, Bruselas: Bruylant, p. 287.
- HART, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Law Series
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (1993). «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo». *Revista de estudios políticos*, Nº 81, pp. 47-72
- FREEMAN, M. & NAPIER, A. (2009). *Law and anthropology*. Oxford U. P. (Serie *Current legal issues*, Nº 12.)
- JACKSON, F. & PARGETTER, R. (1986). «Oughts, options, and actualism», *Philosophical Review* 95/2, pp. 233-255

- KELSEN, H. (1972). *La théorie pure du droit*, Paris: Dalloz
- KIRKPATRICK, J. (2014). «Exit out of Athens? Migration and Obligation in Plato's Crito», *Political Theory* 43/3. DOI 10.1177/0090591714541875, cons. 2018-08-21
- LLOYD, S. A. (2009). *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes: Cases in the Law of Nature*. Cambridge U. P.
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Ariel
- PEÑA, L. (2013). «Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos», *Bajo Palabra*, II Época, Nº 8, pp. 47-84. ISSN 1576-3935
- (2016). «El bien público, más allá de la justicia», en *Justicia ¿para todos? Perspectivas filosóficas*, ed. por D. Rodríguez-Arias, J. Maiso & C. Heeney. Madrid: Plaza y Valdés, pp. 31-40
- PRICE, R. (ed.) (1996). *Maroon Societies: Rebel Slave Communities in the Americas*. John Hopkins U.P. ISBN 9780801854965
- SANDEL, M. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge U.P., 2^a ed.
- SOLNICK, S. & HEMENWAY, D. (1998). «Is more always better?: A survey on positional concerns», *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 37, pp. 373-383
- TURCHIN, P. (2013). «History tells us where the wealth gap leads», *Aeon*, disp. en <https://aeon.co/essays/history-tells-us-where-the-wealth-gap-leads>, acc. 2018-08-08.

La calidad de las instituciones en España

Víctor Lapuente (coord.)
(2018) Círculo de Empresarios
Madrid, 280 pp.

César N. Cruz-Rubio
*Grupo de Investigación en Gobierno,
Administración y Políticas Públicas*
cesar.cruz.rubio@gigapp.org

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4368>

Más que una compilación de trabajos en busca de una radiografía institucional reciente, esta obra colectiva supone un inteligente esfuerzo integrado bajo un enfoque comparado, que brinda puntos de vista expertos sobre el estado actual y la calidad de algunas de las instituciones clave en España. Como tal, su lectura y análisis es más que obligada para aquellos y aquellas lectores e investigadores preocupados por el desarrollo y eficacia de las instituciones políticas y administrativas, o interesados por entender sus efectos en dimensiones clave de la economía y sociedad.

En esta obra colectiva, el debate (y preocupación) no se centra en si más o menos Estado, sino más bien sobre la calidad del mismo y de sus instituciones. Dicha calidad “no es un mero apéndice de la calidad de la sociedad o de la situación económica” sino que es una parte sustancial y determinante de la misma.

Así pues, de la mano de reputados académicos y especialistas, se busca en este trabajo ayudar a mejorar la calidad de las instituciones españolas y “contribuir al debate con propuestas concretas, pragmáticas, y basadas en la experiencia de otros países”. A tal fin, brinda un análisis global, sin renunciar a una sana especificidad, y donde el Prof. Víctor Lapuente ofrece una visión de conjunto sobre qué ha estado y está pasando respecto del desempeño más reciente en instituciones clave en España. Luego en los seis capítulos siguientes se analiza la situación de las instituciones democráticas (de la mano de José Fernández-Albertos), del sector justicia (con Alicia González Alonso y Marian Ahumada), en materia de regulación de los mercados (por Gerard Llobet), en las administraciones públicas (por Salvador Parrado), en materia de transparencia y apertura del gobierno (por Manuel Villoria) y en las instituciones escolares (por Lucas Gortázar). El libro finaliza con unas muy completas conclusiones y reflexiones escritas por el Prof. Lapuente, que recapitulan los principales hallazgos de los citados autores y aglutinan el camino de las reformas pendientes, orientadas a cuatro dimensiones: a) pasar de priorizar los recortes a priorizar la gestión, b) pasar de un gobierno de silos a un gobierno en red; c) poner el foco en los procesos al ponerlo en los resultados, y d) transitar de la opacidad a la responsabilidad.

Nadie duda que la tremenda crisis económica que ha estado sufriendo España desde 2008 ha afectado la dimensión de la política con gran fuerza, y ha puesto más

que a prueba a sus instituciones. Pero la crisis y sus efectos no son el foco principal de este trabajo colectivo. Tampoco lo es la falta (o crisis) de confianza de los españoles en sus instituciones, aunque este tema se encuentra de una forma constante y bastante bien desarrollado en varias partes del libro. En su prólogo, Zulueta indica con acierto que la transición democrática supuso un significativo avance para nuestra calidad institucional, pero la reciente crisis económica ha despertado los recelos de amplias capas de la población respecto al funcionamiento de nuestras instituciones y a la calidad de nuestros políticos, gobernantes, jueces, reguladores y administradores públicos. Con la crisis, las instituciones han desempeñado un rol amortiguador de sus efectos, pero en otros momentos las instituciones han sido permeables o han reverberado efectos nocivos, dados diseños institucionales inadecuados y/o poco eficaces. En definitiva, en este libro muchos e importantes condicionantes y elementos históricos e institucionales han sido explicados y, a su vez, permiten comprender el porqué de la resistencia o vulnerabilidad institucional en las esferas política, público administrativa y económica más reciente. En clave histórica se indica cómo se buscó con la vuelta a la democracia, que las normas garantizaran la gobernabilidad democrática y desincentivaran la inestabilidad, dando excesivo poder a los partidos y escasas opciones institucionales para el control al poder, con los efectos que ello conlleva, y que las instituciones públicas españolas arrastran dinámicas corporativas aunadas a una regulación proceduralista de la administración, procesos que en vez de repelerse se complementaron. La politización y el corporativismo burocrático resultante conformaron su argamasa institucional que actualmente caracteriza la institucionalidad en España.

Con ello, el foco de esta obra colectiva se centra en indicar en clave comparativa, si y cómo la calidad institucional ha importado e importa en España, como un valor diferencial para avanzar hacia un mejor país, y de por qué el análisis de las instituciones es un medio clave para definir los nuevos derroteros y rumbos a tomar, y dónde existe evidencia sólida de que la calidad de las instituciones nacionales tiene un efecto sobre cualquier dimensión de bienestar socioeconómico y cultural de un país, así como que existe una fuerte asociación entre la desigualdad existente en una sociedad y la calidad de sus instituciones públicas.

Por ello, el capítulo uno introductorio de Víctor Lapuente no puede ser más oportuno. Además de brindar la hoja de ruta para dar lectura a los demás capítulos del libro, Lapuente indica con claridad que España no está al borde de un precipicio, ni en “una encrucijada” institucional, aunque sí advierte las problemáticas que atraviesa e identifica a la desidia y la ideologización como los dos grandes obstáculos para llevar a cabo las reformas necesarias propuestas en esta obra. Tal vez el aporte más importante en este capítulo sea lo que Lapuente llama “la paradoja de la confianza institucional en España” que puede resumirse en que, por una parte, los españoles estamos entre los europeos que más confían en las administraciones prestadoras de servicios públicos básicos (educación, sanidad), y por otra, a medida que se va ascendiendo en la pirámide de los poderes públicos, los españoles, más que otros europeos, perdemos rápidamente la confianza, que se hunde definitivamente cuando llegamos a la clase/sistema político. En gran medida esta (falta o erosión) de confianza ha dependido de las percepciones o valores asociados a la corrupción, donde se padece más bien corrupción política o gran corrupción, antes que corrupción administrativa o llamada pequeña corrupción.

Preocupado por la salud de la democracia española, José Fernández-Albertos (capítulo dos) analiza que, a pesar de la “homologación” que recibe la democracia española en los indicadores internacionales, un número enormemente alto de españoles están descontentos con el funcionamiento de la misma, situación que

puede evidenciar ángulos muertos que deben analizarse, uno de ellos (una vez más) es el de la confianza. Se indica cómo España era uno de los países con mayores tasas de confianza institucional en los años previos a la crisis. En su capítulo, Fernández-Albertos concluye necesario corresponsabilizar a los electores invitando a una mayor participación política, explorando para ello fórmulas y procesos participativos sistemas de democracia directa, como sano complemento al sistema representativo, reivindicando la disciplina de partido como herramienta de *accountability*, y atendiendo mediante reformas al sistema electoral español los sesgos territoriales y demográficos actuales.

Marian Ahumada y Alicia González Alonso (capítulo tres) analizan exhaustivamente el modelo de justicia español y sus problemáticas. Bajo este análisis, indican que el sistema de Justicia español se considera aquejado mayormente de tres principales debilidades en su funcionamiento: a) una defectuosa distribución de la carga de trabajo entre los jueces que repercute en problemas crónicos de acumulación de asuntos en algunos órganos; b) duración excesiva de algunos procesos; c) un sistema de ejecución ineficaz. Indican que en España modernizar la Justicia, agilizar los procedimientos, racionalizar sus procesos, optimizar los recursos, son fines a los que apelan repetidamente las reformas introducidas en los códigos procesales y en las leyes de organización y funcionamiento de la administración de Justicia en los últimos tiempos. Pese a que ha sido una demanda clave continuada reformar el sistema de justicia, indican que no se ha vuelto a elaborar un Libro Blanco como el de 1997, ni se ha reeditado un pacto en materia de Justicia como el de 2001. La crisis económica provocó un rápido aumento de la demanda de intervención judicial en los sectores más directamente asociados con actividad económica y sometió a presión la capacidad del sistema para absorber el exceso de demanda. Entre otras recomendaciones, proponen: a) dar una máxima importancia a establecer mecanismos de verificación y control de la fiabilidad de los datos y resultados, buscando mejorar las metodologías empleadas; b) prevenir la producción de conflictos jurídicos mejorando la seguridad jurídica con leyes sin ambigüedades y en la medida de lo posible estables; c) esforzarse por planificar mejor las reformas a implementar en el sistema judicial; d) adoptar mejores prácticas en materia de tramitación y procedimiento, e) apoyándose en las nuevas tecnologías e impulsar la colaboración por medio de la interoperabilidad; f) explorar y actuar sobre los motivos por los que los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) no resultan atractivos para los ciudadanos; g) mejoras clave en el contencioso administrativo; h) y una revisión al sistema de nombramiento de cargos judiciales.

Gerard Llobet (capítulo cuatro) analiza el diseño institucional y funcionamiento de los mercados mediante un estudio de caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. En su análisis habla de cómo deberían estructurarse bajo el lente de la teoría económica los entes reguladores y autoridades de competencia, discutiendo el sistema actual en España y sus posibles direcciones de reformas. En clave histórica el autor señala como con la Comisión Nacional de la Competencia CNC se da una ruptura total con la estructura heredada de la ley de 1963, unificando las funciones del Servicio y del Tribunal, logrando un gran reconocimiento a su desempeño. En controvertida decisión, el gobierno conformó en 2012 un “ente superregulador”, a su juicio para mejorar la seguridad jurídica, aprovechar las economías de escala y adaptarse al progreso tecnológico: se trata de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Al decir del autor, dicha reforma “iba en la dirección opuesta a la tendencia observada en la mayor parte de los países”. Además, tiene pocas competencias, por lo que recomienda “...una separación de la CNMC en sus funciones de regulación y política de competencia, investir a los reguladores sectoriales de las competencias necesarias para llevar a

cabo sus funciones de manera efectiva y fomentar la contratación de los mejores profesionales y establecer un procedimiento de nombramiento de consejeros basado en los méritos y no en la afinidad política.”

En el capítulo cinco, “De las reformas de la austeridad a las reformas de la calidad: las Administraciones españolas a debate”, Salvador Parrado hace un análisis de lo que supuso el programa de reformas de la Administración General del Estado impulsado por la Comisión CORA, centrado en proponer medidas de austeridad que combinaron la reducción del gasto público. Parrado señala que en España el proceso de desarrollo de la administración electrónica, la digitalización y la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos parecen estar bien encaminadas, no así los servicios a las empresas, que pueden ser mejorados. Además persisten importantes lagunas en la relación entre administraciones y administrados, donde la evaluación no es común y donde el uso de evidencia empírica en la formulación de políticas públicas es más bajo. Parrado aduce estas debilidades a la falta de autonomía de la gestión pública que facilite la adopción de técnicas y valores de una gestión eficaz y eficiente, aunado a que los directivos cuentan con pocas herramientas para gestionar sus recursos humanos. Sobre este tema, Parrado incide en desideologizar el debate sobre quién gestiona lo público, habida cuenta de experiencias exitosas de mejora en la gestión de lo público por parte de entidades privadas concesionarias. También en repensar el modelo de reclutamiento contratación de personal, pues en España las administraciones siguen fundamentalmente reclutando a funcionarios para que desarrollen una carrera en un cuerpo o sector determinado en lugar de seleccionar a los candidatos más idóneos. Parrado también habla de la politización de las Administraciones Públicas y la percepción de parcialidad en algunas de sus actuaciones, cuestión que está relacionada con un sector público menos efectivo o innovador y más corrupto.

Identificando la transparencia como unidad de análisis, Manuel Villoria (capítulo 6) nos habla de la transparencia como aspecto clave en la calidad institucional y como medio para combatir la corrupción. Villoria indica que España no está en ninguno de los rankings entre los 20 primeros países y en los indicadores sobre buena gobernanza del Banco Mundial, con una diferencia de entre el 10% y el 30% de puntuación con respecto a los países centrales de Europa y a Estados Unidos, especialmente en lo referente al control de la corrupción. Además, España sufre unos notables niveles de corrupción política y, además, la situación ha empeorado en los últimos 15 años, cuando los indicadores internacionales de calidad de gobierno empezaron a detectar una caída de la posición relativa. La corrupción se ha convertido en los últimos años (después del paro) en el segundo problema más importante para la ciudadanía. España es además el país de la UE donde más ha aumentado la percepción de corrupción con una caída de más de 20 puntos porcentuales en menos de una década. En clave histórica, Villoria menciona como “... las instituciones generadas con la democracia han dificultado el control del gobierno y la *accountability* de forma abusiva, han sido poco incentivadoras de la contestabilidad y han favorecido la opacidad y, con todo ello, el abuso de poder y la corrupción. Una corrupción que no ha sido combatida adecuadamente”, con más de 120 condenados que fueron indultados por delitos de corrupción entre 2000 y 2012, “... la defensa a ultranza por los partidos de sus dirigentes acusados de corrupción, las presiones sobre la fiscalía y algunos jueces, los nombramientos y traslados de actores judiciales clave y las parcas dotaciones presupuestarias para la lucha contra la corrupción han mostrado muy poco compromiso de las élites gubernamentales”. El crecimiento de la preocupación por la corrupción en el contexto de la crisis dio pauta al 15M y movimientos sociales relacionados, ha tenido efectos importantes sobre la política, sobre el actual paisaje de partidos políticos existente, en los equilibrios político partidistas, y sobre el tejido ligado a las organizaciones de la sociedad civil, en un

claro contexto de desafección ciudadana por la política tradicional representativa asociada a los partidos y la política tradicionales. Villoria identifica tres áreas o componentes clave: la transparencia (la apertura de datos del gobierno y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información gubernamental), la protección de denunciantes y la publicidad. En la primera área, como diseños institucionales que reaccionaron a tal panorama, la promulgación de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, así como la conformación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como órgano garante. El autor es crítico respecto del alcance e impacto de la política de transparencia y del uso del portal de la transparencia en sus apartados de publicidad activa y, fundamentalmente, respecto del derecho de acceso a la información pública, alejado de la media internacional, que en su conjunto presenta varias problemáticas que limitan o dificultan el ejercicio de este derecho. Sobre la protección de denunciantes –segundo componente, Villoria indica que no existe por el momento regulación legal de alcance nacional que proteja a los trabajadores y funcionarios que, conociendo un caso de corrupción o de fraude, se atrevan a denunciarlo, incumpliendo con ello la Convención de la ONU sobre corrupción. Villoria concluye que para avanzar esta agenda con garantías es necesario conocer y tomar en cuenta mejores prácticas internacionales enarboladas en el enfoque o iniciativa de gobierno abierto, pues aunque España forma parte de la Alianza para el Gobierno Abierto, los planes de acción llevados a cabo hasta ahora y que han sido ya evaluados por el mecanismo independiente, indican que es claramente mejorable en varias áreas, sobre todo en las que implican el diseño de mecanismos participativos y de rendición pública de cuentas, y “...debería aprender de las mejores experiencias internacionales, aquellas pocas que realmente consiguen la mejora de los servicios públicos, una mejor y mayor participación, ahorro de gastos innecesarios y reducción de la corrupción, basado en principios de inclusión, relevancia, accesibilidad y claridad, reactividad, implicación y apoyo de funcionarios públicos y generando estrategias de acción colectiva”.

En el último capítulo temático (siete), Lucas Gortázar aborda la institución escolar ante los nuevos retos. A nivel general se coincide en dos situaciones, que la educación en España ha progresado con mucha fuerza entre los años 70 y el comienzo del nuevo siglo, y que existió con la crisis un gran incremento (ahora en retroceso) de la tasa de abandono escolar temprano (TAE), donde el fracaso escolar condiciona de manera irrevocable las oportunidades laborales, los puestos de trabajo a los que se accede, y los tipos de contratos, además de estar asociado a peores indicadores de salud y bienestar o integración en la sociedad. Pero el problema actual está en la búsqueda de la excelencia educativa y la equidad del modelo. Cortázar indica que España sufre de ambos problemas a la vez. Por un lado, el sistema educativo no fomenta la excelencia. No es flexible con aquellos que pueden avanzar más de acuerdo a su potencial. Pero, al mismo tiempo, la educación no es equitativa, pues España es uno de los países desarrollados donde el peso del origen social sobre los resultados académicos es más fuerte. La conclusión es clara: el desafío educativo actual es cómo aumentar tanto la recompensa a la excelencia como la igualdad de oportunidades para todos los niños independientemente de su entorno social.

Finalmente, en las conclusiones, Víctor Lapuente aboga por un enfoque gradualista muy inteligente, que reconoce las fortalezas de los modelos institucionales vigentes a la vez que avanza con idea clara en propuestas de mejora viables. También es enfático en el carácter no ideológico de las propuestas y medidas contenidas en el libro, que a su juicio “no son políticas, sino institucionales. No ganan unos grupos sociales, o los partidarios de una ideología, sobre otros”.

Antropoceno: La política en la era humana

Manuel Arias Maldonado
(2018) Taurus / Penguin Random House
Barcelona, 256 pp.

Javier Zamora García
Universidad Autónoma de Madrid
javier.zamora@uam.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4369>

Como nos indica Manuel Arias Maldonado en el Prefacio de *Antropoceno*, el libro que presenta el autor malagueño “es el último fruto de una tarea investigadora [...] que ha venido ocupándose de la teoría política del medio ambiente y de las relaciones sionaturales desde hace ya casi veinte años” (Arias Maldonado, 2018, p. 11). Nos encontramos, pues, ante una obra madura y meditada, como prueba el calado de sus reflexiones y el amplio soporte bibliográfico que *Antropoceno* despliega ante el lector. Por otro lado, su publicación también implica la última de una larga serie de importantes contribuciones ecologistas en España. Junto a todas ellas, y como también veremos, contra ellas, *Antropoceno* nos ofrece una poderosa reflexión sobre los retos de la política ante la amenaza ecológica.

A pesar del mencionado debate con el ecologismo, es importante reconocer que la primera contribución de *Antropoceno* es presentar un suelo para dicha conversación. Para el autor malagueño, nos encontramos ante un cambio de era causado en gran medida por la influencia de la actividad humana cuyas consecuencias aún desconocemos. En este sentido, el cambio climático es solo la bandera de una larga serie de factores que prueban esta profunda trasformación en las relaciones entre seres humanos y naturaleza (p. 16). Aceptar esta premisa, por tanto, es la base necesaria para comenzar la discusión acerca de nuestra responsabilidad en este proceso, su alcance y las medidas que como especie hemos de aceptar para encarar sus consecuencias.

Hasta aquí, sin embargo, llegan las certezas. Más allá de constatar la transformación, la importancia de la agencia humana en la misma y el reto que ésta supone para nuestra especie, el autor malagueño muestra gran habilidad para cuestionar muchos de los lugares comunes habituales en el debate medioambiental, probando así que “el Antropoceno desborda las ciencias naturales y sociales para convertirse en una categoría política de pleno derecho” (p. 146). Un desafío a las certezas que parte de la necesidad de modificar el propio concepto de naturaleza y la relación que tenemos frente a la misma. Así, frente a siglos de extractivismo pero también de romantización del mundo natural, la tesis central del libro probablemente pueda resumirse en que la llegada del Antropoceno marca un punto de no retorno en

la hibridación entre sistemas sociales y naturales, lo cual implica una oportunidad para elaborar nuevas herramientas epistémicas que puedan hacerse cargo de la nueva situación. Para el autor malagueño, “si la humanidad forma parte de la naturaleza, la naturaleza, debido al largo proceso de coevolución y transformación recíproca que tiene lugar desde la aparición del *Homo sapiens*, también es social (p. 139)”. Por tanto, es necesario dejar atrás la imagen de una naturaleza inmaculada y enfrentar la complejidad de esta imbricación. ¿No son también naturales “los animales domésticos, los ríos cuyo cauce ha sido diseñado por el ser humano, los ecosistemas gestionados?” (p. 68).

Importante como es el concepto de hibridación, este no es sin embargo el único desafío que propone *Antropoceno*. De esta manera, comprender esta nueva era marcada por la intervención humana también significa cabalgar los terremotos que implica para las categorías habituales de la filosofía moral o la ética. Sin ir más lejos, la causalidad y la agencia se vuelven arenas movedizas: ¿Cuándo comenzó este largo proceso de degradación ambiental? ¿Es producto único de la acción humana o también de otros *actantes* no humanos? Igualmente complejo resulta pensar en cuestiones como la conciencia y la responsabilidad, elementos centrales de las teorías éticas: ¿Cómo medir la contribución al daño que implica comprar una prenda de ropa? ¿Qué distintas responsabilidades tienen los individuos, los pueblos o las culturas en el daño a nuestros ecosistemas? Pero lejos de ser meditaciones abstractas, los retos teóricos que presenta el Antropoceno son también fuertes dificultades en el plano de la acción política: ¿Qué puede hacer un Estado frente a semejantes retos globales? ¿Cómo puede una asamblea como la formada por toda la humanidad tomar decisiones? ¿Hasta dónde y cómo debe ser formado el *demos* que debe decidir sobre estas cuestiones?

De entre todas estas dificultades, sin embargo, el mayor problema es certamente resumido por Arias Maldonado cuando señala que “La política de la naturaleza no puede escapar a la naturaleza de la política” (p. 188). En efecto, si bien es posible acordar que son necesarios ciertos límites al modo en el que las sociedades contemporáneas viven y se desarrollan, ¿cuáles son esos límites y cómo implementarlos? Como bien indica el autor malagueño, la casi unanimidad del acuerdo científico sobre la existencia del Antropoceno es un factor decisivo, pero ello no niega la multiplicidad de relatos, intereses y puntos de vista que se agolpan ante los posibles escenarios propuestos por los científicos para el futuro (p. 20 y ss.). Ante ellos, no queda otra opción que profundizar nuestra democracia, mecanismo necesario para reivindicar un futuro incluyente. No obstante, el recurso a los procedimientos democráticos no debe confundirse en ningún caso con una apuesta segura en términos de resultados, pues “la contradicción fundamental entre los *procedimientos* democráticos y los *resultados* sostenibles sigue sin resolverse: no hay garantía de que los primeros produzcan los segundos” (p. 186).

Para dar respuesta a la cantidad y magnitud de estos interrogantes, el libro de Manuel Arias Maldonado se estructura en torno a seis capítulos y un epílogo que facilitan su abordaje. Así, el primer capítulo, “Para comprender el Antropoceno”, nos presenta una serie de debates científicos de consecuencias importantes. Se revisan, de esta manera, algunas de las posibles consecuencias que puede tener nuestra acción sobre el planeta (p. 37), una propuesta de periodización de los procesos que conducen al Antropoceno (p. 42), así como distintas posibilidades para determinar la fecha de comienzo del mismo (p. 46). De entre todos estos debates, el que mayores consecuencias políticas parece tener es el tercero, pues a juicio del autor, el relato con el que comprendamos las causas y responsabilidades de este proceso es crucial a la hora de dotar “de sentido a la acción colectiva dirigida a gobernar ese proceso”. En este sentido, a diferencia de otros autores que enfatizan sujetos o aspectos

históricos concretos, el autor malagueño se inclina por tratar de incluir a toda la humanidad en lo que más adelante, reconocerá como “responsabilidades compartidas, pero diferenciadas” (p. 195), recogiendo las recomendaciones de los acuerdos internacionales. De esta manera, para Arias Maldonado, no puede perderse de vista que más allá de las diferencias culturales - cada vez más diluidas por la globalización -, existe un patrón universal que une a todos los miembros de la especie humana: la necesidad de adaptarse al medio con objeto de sobrevivir (p. 54).

Es en el capítulo segundo, “*Finis Naturae?*”, donde se desarrolla con más profundidad el concepto de hibridación socionatural, que sirve de base para apuntar la necesidad de transitar hacia una “concepción posnatural de la naturaleza” (p. 75). Así, para Arias Maldonado, reelaborar la relación entre el ser humano y la naturaleza resulta fundamental a la hora de pensar la sostenibilidad en el Antropoceno, en la medida en que “[e]l desafío estriba en pensar sobre la dimensión material de la naturaleza en términos simultáneamente físicos y sociales” (p. 77). Frente a esto, para el autor malagueño es importante descartar los viejos vocabularios y adoptar nuevas herramientas y modos de aproximación que permitan concretar los diferentes aspectos del metabolismo socionatural, así como los grados de protección que son factibles o deseables.

Los dos siguientes capítulos, “Fuerzas telúricas: la venganza de Gaia” y “Un animal problemático”, ayudan a adoptar cierta distancia para encarar los problemas ecosociales contemporáneos. El primero de ellos consiste en una inmersión en el tiempo profundo de nuestro planeta, que sirve para dar cuenta de la ambigüedad radical del término Antropoceno (p. 109). En otras palabras, mientras que su dimensión ecológica presenta al ser humano como un actor relevante en la emergencia de una nueva era geológica y nos coloca como responsables del futuro de la vida tal y como la conocemos, la dimensión telúrica derivada de la historia geológica parece más bien invitar a la humildad y la despolitización, confirmando que la humanidad es más bien una pequeña anécdota en la historia del planeta. No obstante, y a pesar de la importancia teórica que tienen elementos no humanos – los *actantes* – en el futuro del planeta, el autor de *Antropoceno* apuesta por subrayar la primacía de la agencia humana en la coevolución del planeta. Una afirmación que no solo descansa en una firme intención por activar nuestra responsabilidad, sino que teóricamente se asienta en que, a diferencia de los demás *actantes*, somos el único poder autoconsciente sobre la Tierra. Despejadas así las dudas sobre nuestro papel protagonista, el capítulo siguiente se concentra en modular las posibilidades de nuestra relación con el medio ambiente a partir de una exploración sobre nuestra antropología. En este sentido, el autor malagueño recupera el clásico debate entre culturalismo y determinismo biológico para presentar los distintos relatos – naturalista, ecomarxista, posnatural – con los que el ser humano ha tratado de representar la historia de su relación con el medio natural. Para Arias Maldonado, si bien existe un imperativo universal basado en nuestra necesidad de adaptación, es conveniente mantener una pluralidad de relatos “para evitar vernos constreñidos por un significado único y, por tanto, despolitizado” (p. 124). No obstante, tal postura no implica que el autor prescinda de toda toma de partido. Por el contrario, el final del capítulo es ilustrativo de su posición cuando concluye que, frente a determinadas críticas desde la filosofía y el ecologismo, no es conveniente abolir completamente el dualismo entre humanidad y naturaleza, en la medida en que es “esa distancia, crítica y reflexiva, [la] que hace posible la acción” (p. 144).

Si los capítulos 3 y 4 suponían una toma de perspectiva, los dos siguientes son sin duda una toma de contacto con las implicaciones directas de afirmar que el Antropoceno es un asunto político de primer orden. Así, “Encerrados en el laboratorio global” parte de dos provocativas preguntas: ¿pueden las sociedades actuales llegar

a conformar un “nosotros” humano capaz de producir una respuesta común a los retos socioecológicos contemporáneos? Y si es así, ¿es posible que ese “nosotros” alcance acuerdos sobre las vías de acción? Para Arias Maldonado, la respuesta es tan clara como estimulante para la praxis política: “ningún ejercicio de “demogénesis”, por exitoso que sea, producirá mágicamente el consenso político necesario para tal fin” (p. 148). Por el contrario, es necesario hacerse cargo del conflicto entre las diversas moralidades que han surgido frente al Antropoceno (frugalidad, contención, ilustración, audacia), representadas en dos grandes opciones macropolíticas: detener el experimento o acelerarlo. Para ello, el capítulo 6, “Normas para el parque posnatural”, ofrece dos vías fundamentales para democratizar la política en tiempos del Antropoceno: gobernanza global basada en la cooperación internacional o conversación pública acerca del buen Antropoceno. Mientras que la primera, basada en la democracia como decisión, servirá para afrontar los problemas anteriormente mencionados vinculados con la soberanía, la escala de la comunidad política y la definición del *demos*; la segunda será clave a la hora de gestionar la diversidad de intereses, puntos de vista y soluciones para construir una sostenibilidad que no solo sea posible, sino también deseable. Por último, el final del capítulo destaca que ninguna de estas soluciones será posible sin la producción de nuevas subjetividades planetarias (p. 201). No obstante, para que estas emergan se necesitan nuevas formas de “esperanza social”. Por eso, Arias Maldonado termina su epílogo, “Instrucciones para olvidar el Holoceno”, con una firme recomendación: frente a las utopías posindustriales basadas en el miedo, necesitamos una utopía en sentido rortyano: “un relato capaz de alimentar la esperanza social en un futuro mejor y de dirigir el esfuerzo colectivo en esa dirección” (p. 221). Para el autor, esto pasa por generar *más* Modernidad, aunque sea en un sentido diferente. Siendo así, el Antropoceno no solo representa una amenaza, sino la oportunidad “de atar el cabo suelto de la modernidad y comenzar un proceso irreversible de ilustración ecológica” (p. 225).

En conclusión, es evidente que el libro de Manuel Arias Maldonado presenta un profundo y documentado análisis de las implicaciones y retos que el Antropoceno supone para nuestra época. Además, el trabajo del autor malagueño es un estimulante ejercicio de cuestionamiento que acerca al público español importantes debates que como ciudadanos deberemos afrontar en las próximas décadas. Sin embargo, precisamente por la riqueza de sus fuentes y la propuesta de iniciar una conversación democrática sobre el buen Antropoceno, en ocasiones puede resultar problemática la presentación de algunos argumentos de ciertos interlocutores, especialmente quienes el autor denomina “ecologistas clásicos” o “decrecentistas”. En este sentido, la frecuente identificación de las diferentes corrientes del ecologismo político con el ecomarxismo es fuente de numerosas confusiones, como evidencian los reproches a los rendimientos ecológicos del socialismo real (p. 161). No obstante, la lectura de clásicos del ecologismo como Iván Illich o André Gorz revela que, lejos de oponer capitalismo y socialismo, buena parte del ecologismo ha identificado en ambos un mismo productivismo igualmente depredador (Marcellesi, 2008). Del mismo modo, muchos de estos teóricos denunciaron problemas característicos del socialismo real, como la burocratización (Castoriadis, 1988) o la fetichización del trabajo (Gorz, 1981). En un sentido similar, afirmar que los decrecentistas están “poco preocupados por el debilitamiento de los principios liberales – autonomía individual, pluralismo social”, hace poca justicia a las propuestas concretas de algunos de sus más conocidos representantes. Por un lado, es indudable la centralidad del concepto de autonomía en la propuesta decrecentista, plasmada tanto en el trabajo de sus precursores (Castoriadis, 2013) como de sus últimos exponentes (D’Alisa, Demaria y Kallis, 2015). Por otro lado, el pluralismo parece sin duda una de las metas más importantes en el intento por decolonizar el imaginario por el que apuestan algunos de sus más importantes autores (Latouche, 2009), especialmente en lo que se refiere a la integración de los países no occidentales en el proyecto de la Modernidad. En

resumen, si bien los razonamientos de fondo resultan sin duda interesantes, una mayor identificación de los argumentos con las diferentes posturas o trabajos que las representan hubiera facilitado la conversación entre las distintas modulaciones del liberalismo y el ecologismo, muchas de las cuales no son tan incompatibles como parece defender el texto.

En un sentido diferente, si bien el texto apuesta por reformular el sentido de palabras como Ilustración o Modernidad, al mismo tiempo presenta ciertos argumentos que dificultan la apertura de dicho debate a otras latitudes. Así, sería interesante una mayor consideración de lo que implica una globalización de corte capitalista para la diversidad de formas de organización social o una menor identificación de la estrategia adaptativa de Occidente como aparentemente universal. Por otro lado, quizá sea más prudente problematizar posiciones como la que afirma que “la protección medioambiental se ha incrementado históricamente a medida que lo ha hecho la riqueza de las sociedades” (Arias Maldonado, 2018, p. 187); o la que sostiene que es “el dominio humano sobre el medio natural [...] lo que hace posible el momento reflexivo de la especie”, pues en el pasado, nuestra especie “no disponía de los recursos intelectuales ni morales para ello” (p. 142). Finalmente, sería conveniente prestar mayor atención a la redistribución de la riqueza como contrapeso a la necesidad de crecimiento económico: sin duda, esto resulta necesario si de lo que se trata es de adaptar el significado de la Modernidad a los tiempos de un Antropoceno no solo sostenible, sino también justo y deseable.

No obstante, y a pesar de estas salvedades, la combinación entre documentación erudita, clarificación conceptual y cuestionamiento provocativo hacen de *Antropoceno* una excelente herramienta para uno de los principales propósitos del autor: iniciar una conversación pública sobre nuestro rol en este futuro amenazado. Más aún, el libro es además un ejercicio minucioso por poner en práctica dos de las cuestiones que más enfatiza Arias Maldonado a la hora de conducir esta conversación. Por un lado, el sustento de afirmaciones normativas sobre la base del conocimiento científico (p. 21 y ss.), desterrando aquellas posiciones carentes de fundamento que tan peligrosas pueden resultar en nuestro tiempo. Por otro lado, la reelaboración y traducción de los hallazgos y escenarios científicos por parte de las ciencias sociales y las humanidades, capaces de atribuirles nuevos sentidos y facilitar su comprensión en sociedad (p. 31). En consecuencia, la mejor manera de contestar los desacuerdos que puedan tenerse con la propuesta del autor probablemente sea seguir su propio ejemplo a la hora de participar en la conversación que propone. Ese será, también, el mejor modo de aprovechar una oportunidad cuyo significado presenta esta obra de forma certera: la de adaptar el proyecto ilustrado a los tiempos que corren, manteniéndolo abierto y cargado de futuro.

Bibliografía

- CASTORIADIS, C., (1988), *Political and Social Writings, volume 1*, trad. y ed. David Ames Curtis, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- CASTORIADIS, C., (2013), *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquets Editores, México.
- D'ALISA, G., DEMARIA, F. y KALLIS, G. (2015), *Decrecimiento. Un vocabulario para una nueva era*, Icaria, Barcelona.
- GORZ, A., (1981), *Adiós al proletariado: más allá del socialismo*, Libros del Viejo Topo/Ediciones 2001, Barcelona.
- LATOUCHE, S., (2009), *Farewell to Growth*, Polity Press, Cambridge.
- MARCELLESI, F., (2008), “Ecología política: génesis, teoría y praxis de la ideología verde”, *Cuadernos Bakeaz*, nº85, pp. 1-16.

Estudios sobre la libertad en América: de la federación republicana al desafío igualitario de la democracia

Ricardo Cueva Fernández
(2017) Servicio de Publicaciones UAH
Alcalá de Henares, 129 pp.

Carlos Alonso Mauricio
Universidad Carlos III de Madrid
caralons@der-pu.uc3m.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4370>

El libro que nos presenta Ricardo Cueva es un sugerente recorrido por el pensamiento y la obra de algunos de los autores esenciales de un periodo central de nuestra historia política, el proceso de independencia de los Estados Unidos y el surgimiento del Estado constitucional, moderno y democrático que se produce.

La obra está dividida en cuatro capítulos principales y un quinto a modo de breve conclusión. El primero de los capítulos atiende a la influencia del republicanismo inglés del siglo XVII que se deriva de los conflictos políticos que rodean La Gloriosa Revolución en el pensamiento político americano. Hace un repaso de la revisión republicana operada por Baylin, Wood y, finalmente, Pocock, quienes resaltan la relevancia fundamental de autores como Milton, Sidney y, sobre todo, James Harrington y sus seguidores que desarrollaron el pensamiento *Whig* radical. Pasa a continuación a un más detallado análisis de las *Cartas de Catón* publicadas por Trenchard y Gordon, dos publicistas considerados como neo-harringtonianos por John Pocock. De la lectura detenida que Ricardo Cueva realiza de las *Cartas* concluye que su influencia es indudable en la política de los colonos, pero que el republicanismo de estos autores no es tan evidente como el autor neozelandés pretende, sino que integran conceptos más liberales en su definición de la libertad o de los derechos.

El segundo capítulo lo divide en cuatro secciones dedicadas cada una de ellas a un tema concreto, ya influencia, ya desarrollo del pensamiento americano revolucionario. Comienza con un breve análisis de las fuentes clásicas del republicanismo y de los elementos constitutivos de esta teoría que, sin duda, tuvo una repercusión importante en los colonos americanos. Acto seguido dedica la segunda sección a la idea de los derechos innatos, centrando su atención en el padre de la teoría liberal, autor inglés esencial y referencia imprescindible de la Declaración de Independencia: John Locke. Comienza también en esta sección a aparecer el enfrentamiento entre las teorías liberal y republicana, en torno al autogobierno y la democracia, cuáles eran las exigencias de cada una y su aplicación real en una

sociedad carente, al menos en términos generales, de clases sociales privilegiadas. La tercera sección se dedica al modelo de gobierno que surge de la revolución, desde las ideas originariamente republicanas, hacia modelos cada vez más democráticos, siempre presididos por el principio de sometimiento a la ley, en el proceso de redacción de la Constitución Federal. Y la cuarta es una brevísima reseña del republicanismo cívico revivido desde la segunda mitad del siglo XX y representado, principalmente, por las figuras de Skinner y Pettit que han pretendido sostener una línea de pensamiento que no era ni comunitarista ni liberal, desde un concepto de libertad como no dominación y un fomento de la participación ciudadana, de la ciudadanía activa, en la política de su comunidad.

El tercero de los capítulos comienza exponiendo la realidad política que enfrentaron las colonias independizadas, sometidas al riesgo de la guerra y el no reconocimiento internacional por parte de los grandes reinos europeos, pero también a las tensiones internas existentes entre los nuevos Estados que tenían diferentes intereses fronterizos, visiones políticas y estructuras sociales en las que la esclavitud era un problema recurrente. Ante esta situación, la débil unión confederal no daba las respuestas adecuadas por lo que se hizo necesario iniciar el camino que les llevó a la redacción de la Constitución Federal. Antes de comenzar este proceso la mayoría de los diferentes Estados, por recomendación expresa del Congreso Colonial, se habían dado sus respectivas constituciones y diseñado sus formas de gobierno ampliando la base popular del sistema, pero manteniendo ciertas restricciones aristocráticas de corte republicano, y fueron los conflictos territoriales y comerciales los que impulsaron a alcanzar la fórmula de compromiso que representó la Constitución; diseñando un sistema bicameral, que equilibraba el poder de los Estados en el senado y creaba una figura ejecutiva como presidente de la federación; alcanzando un acuerdo sobre la regulación de la esclavitud que permitía, de momento, la convivencia entre un Norte emancipador y un Sur esclavista; y resolviendo el problema de la expansión territorial hacia el Oeste.

Finalmente, en el cuarto capítulo profundiza en el enquistamiento del conflicto producido por la pervivencia de la esclavitud, así como detalla las respuestas que se le dieron y que terminaron por abocar a los Estados Unidos a la guerra civil. En este marco histórico, alejado del que se desarrolla en los tres primeros capítulos, intervienen, más como observadores externos que como partícipes, dos figuras representativas del pensamiento político del siglo XIX, John Stuart Mill y Karl Marx.

En este capítulo se estudia la influencia que tuvieron sobre estos autores las diferentes visiones existentes sobre la realidad política e histórica de los Estados Unidos, así como sus propias ideas sobre los temas centrales de su política contemporánea, en esencia, sobre la esclavitud y la guerra. Tema sobre el que Mill escribió varios ensayos y sobre el que Marx informaba en Londres como corresponsal de un periódico americano y otro periódico austriaco.

En conclusión, el libro de Ricardo Cueva representa un interesantísimo recorrido por la idea de libertad que los americanos manejaron, desarrollaron y aplicaron desde la etapa prerevolucionaria hasta el diseño de un Estado constitucional, democrático y no esclavista después de la Guerra de Secesión, sin ocultar las incongruencias de un modelo político liberal cuyo principal valor original era la igualdad que al tiempo mantenía un sistema económico esclavista, y con una bibliografía que aporta no solo una extraordinaria riqueza al texto, sino también la posibilidad de iniciar una más profunda investigación a partir de su consulta.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo
(2017) Plaza y Valdés
Madrid. 446 pp.

Marcelo Vásconez Carrasco
Universidad de Cuenca
marcelo.vasconez@ucuenca.edu.ec

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4371>

Lorenzo Peña, profesor emérito del Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, de Madrid, ha publicado su octavo libro, en el cual desarrolla su propuesta de filosofía del Derecho, a la cual denomina «racionalismo o esencialismo jurídicos», una variante del jusnaturalismo. En varios de los aspectos abordados, se siguen los lineamientos del racionalismo ilustrado, especialmente de Leibniz. La ocasión que desencadenó la escritura del texto fue la defensa de su tesis doctoral en Derecho, en junio del 2015, cuyo tribunal, compuesto por cinco integrantes todos ellos juspositivistas, lanzó una serie de objeciones al graduando, muchas de las cuales vienen recogidas en la Segunda parte del libro.

El libro consta de dos partes. En la primera de ellas, sienta las bases de su concepción jusnaturalista. El Derecho tiene una esencia, una naturaleza, que brota de las mismas relaciones entre los miembros de una sociedad. El Derecho humano no es sino una especie del Derecho que la naturaleza ha prescrito para cualquier sociedad cuyos integrantes estén dotados de su propio intelecto y voluntad. Hay un núcleo común a todos esos sistemas normativos, eterno e inmutable, constituido por los principios y axiomas de la lógica nomológica, la versión de la lógica jurídica propuesta por el autor. Para que un conjunto de normas sea un sistema jurídico, un ordenamiento y no un mero aglomerado disparatado de normas, estas tienen que tener una finalidad que las cohesione y aglutine, tienen que servir al fin para el cual está hecha la sociedad, el bien común. Así, la concepción del Derecho que se presenta en el libro es funcionalista: la esencia del Derecho es su función. Las instituciones jurídicas desempeñan un papel, el de estar enderezadas a preservar y promover el bien común; de tal modo que, en el caso extremo -como en la Alemania hitleriana- de que la mayoría de las leyes sean gravemente perjudiciales para el bien común, en esa medida deja de haber juridicidad y la sociedad se descompone.

Central en la obra comentada es la idea, de inspiración hegeliana, de que hay una contradicción entre la esencia y la existencia del Derecho, en el sentido de que el Derecho positivo, el Derecho que es, no siempre se ajusta al Derecho que debería ser, es decir, que el Derecho que existe contiene elementos que traicionan su fin de

estar al servicio del bien común, y por lo tanto se halla corrompido, desvirtuado. Sin embargo, ese mismo Derecho evoluciona y corresponde a los operadores jurídicos, a los gobernantes y, especialmente, a los legisladores y jueces depurar el Derecho para que enderece su marcha hacia su meta, que es la de conciliar su existencia con su esencia. Esta tarea es la de racionalizar el Derecho. Derecho es rectitud, y la vara para medirlo está dada por el Derecho natural. Hay aquí un asidero para la crítica al Derecho positivo; por paradójico que parezca, no todo lo que este contiene es Derecho; consecuentemente, al jurista le compete hacer consideraciones *de lege ferenda*.

Es una originalidad de Peña la de formalizar el Derecho natural. Haciendo uso de su sistema de lógica no clásica -inventada en su tesis de doctorado en filosofía (Lieja, 1979)-, suficientemente potente como para posibilitar la afirmación de contradicciones gracias a la introducción de infinitos grados de verdad y grados en la posesión de propiedades, nuestro autor presenta un sistema que permite formalizar el razonamiento jurídico. Pero no solo eso, según lo argumenta Peña, sus axiomas y reglas de inferencia, que constituyen el corazón del Derecho natural, es lo que da sentido y legitimidad al Derecho. Con el apoyo de esa lógica nomológica, gradualista y paraconsistente, es posible comprender y tratar las antinomias normativas y desmantelar las paradojas a las que, en cambio, está sometida la lógica deontica estándar, así como la lógica normativa de los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Los anejos del Cap. VIII hacen un examen crítico de tales sistemas, revelando sus graves inconvenientes.

A diferencia del jusnaturalismo sustractivo, que invalida cualquier norma positiva que choque con las exigencias del Derecho natural, la versión del jusnaturalismo defendido en el libro es el aditivo, es decir, aquel que añade al ordenamiento jurídico positivo normas no promulgadas por el legislador, y que, al tener validez jurídica, pueden entrar en conflicto con las normas edictadas, generándose antinomias jurídicas, cuya solución no viene dada de antemano o automáticamente en detrimento de las últimas.

La Segunda parte del libro está dedicada a dar cabal respuesta a cincuenta y tres objeciones -Peña prefiere llamarlas dificultades- lanzadas desde el lado del juspositivismo, agrupadas en seis conjuntos que giran en torno al bien común, la utilidad y la relevancia jurídica del Derecho natural, la presunta falta de potencial crítico del Derecho natural aditivo, la reducibilidad de lo deontico a lo fáctico, la existencia o no de una moralidad objetiva diferente del Derecho natural. Mediante análisis pormenorizados, recurriendo en varias ocasiones a la práctica jurisprudencial, a ejemplos históricos, se van disipando las dificultades examinadas, cuyo resultado -tal como lo espera el autor- es mostrar que la modalidad particular del jusnaturalismo defendido dispone de los recursos idóneos como para hacer frente satisfactoriamente a toda esa panoplia de ataques.

No es el objetivo de esta reseña entrar en detalles de la argumentación desplegada por Peña; baste indicar que a lo largo de sus páginas se refleja un esfuerzo sostenido por reivindicar la solidez de su racionalismo jurídico. Sin embargo, permítaseme añadir algunos detalles para completar esta primera aproximación realizada.

Peña comparte con la Ilustración racionalista la idea de que el Derecho, en cualquiera de sus modalidades, debe someterse a la formalización lógica, debiendo el jurista encontrar axiomas y conexiones jurídicas universalmente válidas. De esta manera, la lógica nomológica posibilita estructurar el razonamiento jurídico, el cual

brinda una justificación para sus conclusiones, un porqué. Aquí reluce otro de los aspectos de la racionalidad del Derecho, el de evitar la arbitrariedad.

La filosofía del Derecho, concebida desde el jusnaturalismo, se encarga de indagar, entre otras, las siguientes preguntas: qué es el Derecho, por qué y para qué existe. En cambio, desde la perspectiva del positivismo jurídico, tales interrogantes eminentemente filosóficos no tienen sentido por trascender el ámbito de la experiencia; de este modo, al quedar eliminada la investigación acerca de la esencia y los fines del Derecho, que eran los objetos de estudio de la Filosofía del Derecho, en lugar de esta, según el juspositivismo, lo que corresponde elaborar es una Teoría del Derecho, que revele las notas características del Derecho tal como puedan ser estudiadas utilizando un método empírico, asequible a las ciencias sociales. Evidentemente, la desaparición de la filosofía del Derecho es, para Peña, una pérdida lamentable.

Me permito aclarar cómo entiende el autor la diferencia entre jusnaturalismo y juspositivismo. La pregunta que divide a ambas concepciones es la concerniente a la existencia o no del Derecho natural, entendiendo por este aquel conjunto de normas universales e incambiables que, teniendo vigencia jurídica aparte de cualquier fuente social, prescribe cómo debe ser todo Derecho positivo, teniendo pues la doble función de acotarlo y legitimarlo. El Derecho natural, tal como lo concibe Peña, está compuesto por la lógica nomológica más los principios de bien común y de no arbitrariedad o razón suficiente. Está claro que el jusnaturalismo sostiene la existencia del Derecho natural, mientras que el juspositivismo la rechaza. Peña también presenta el rasgo distintivo del positivismo jurídico enunciando que, para esta corriente, no existe más Derecho que el positivo; dicho de otro modo, la única fuente legítima del Derecho es el legislador. Contrariamente, de acuerdo con el jusnaturalismo, el Derecho no se agota en la ley positiva.

Según el positivismo jurídico, el Derecho sería aquello a lo que apelan los jueces para motivar sus sentencias, o aquello que -siguiendo unas reglas procedimentales reconocidas como correctas en una sociedad dada- es decretado por el poder público cualesquiera que sean sus contenidos. Sin embargo, dichas caracterizaciones formalistas del Derecho no satisfacen a todos los juspositivistas. En efecto, hay dos corrientes, el jusmoralismo y el juspositivismo inclusivo -cuyas diferencias no son relevantes a efectos de la presente reseña- que, aceptando la inexistencia del Derecho natural, buscan alguna instancia extrajurídica que sirva para subsanar, o complementar de algún modo la insuficiencia o el vacío del Derecho positivo. Están allí los valores, los derechos y la moral, que, aunque caen fuera del Derecho propiamente dicho, podrían ser invocados o juridificados en ciertos casos por decisión del legislador. Peña aclara que, al apelar a estos puntos de referencia mencionados, en su afán por paliar la deficiencia del Derecho positivo, el juspositivista está saliendo del ámbito jurídico hacia una visión personal, y por lo tanto, está emitiendo un simple juicio valorativo o ético, el cual, no obstante, carece de fuerza vinculante para el Derecho. Por el contrario, el autor de *Visión lógica del Derecho* sostiene que, dentro del mismo ordenamiento jurídico, el Derecho natural regula el Derecho positivo, siendo superior con respecto a este, si bien no lo elimina en caso de conflicto. La antinomia jurídica resultante se resuelve en contra de la norma positiva, considerada como tendencialmente inexequible puesto que la norma natural es inalterable. Por otra parte, Peña discute que haya argumentos convincentes para probar la objetividad de la ética. Aunque puede haber verdades morales, es posible que la prueba de su existencia sea dubitativa. En el Anejo del Cap. VII, Peña aboga por la separación entre Derecho y moral.

Una de las nociones más recurrentes en la obra es la del bien común. A pesar de ser parcialmente indeterminado, al igual que otros valores jurídicos, Peña indica varias de sus notas definitorias, sin querer agotar su contenido, cuya definición más bien corresponde a la filosofía política que a la filosofía del Derecho. El bien común es un aglomerado de valores (tales como la seguridad, la cohesión, la prosperidad colectiva, la mayor calidad de vida), que es poseído colectivamente, pero disfrutado distributivamente, no habiendo bien común si no beneficia a cada uno de los miembros de una sociedad. Un individuo participa del bien común a través del goce de sus derechos, tanto de los de bienestar como de los de libertad. De esta manera, la existencia del bien común implica la de los derechos humanos naturales: a la vida, alimentación, vivienda, trabajo, educación, salud, etc. Además de ser el valor central del ordenamiento jurídico, el bien común es también la norma suprema del mismo, imponiendo obligaciones a los gobernantes, los legisladores, jueces y a los particulares. En efecto, la obligatoriedad del bien común acarrea que este sea el objetivo de toda ley; de otro lado, quienes detentan el poder están investidos de autoridad en tanto en cuanto promuevan el bien común; y todos los sujetos tienen el deber de contribuir al mismo.

Mayores detalles del libro pueden encontrarse en la dirección:
[<http://lorenzopena/books/vision>](http://lorenzopena/books/vision).

Quienquiera que esté interesado por desentrañar la naturaleza del Derecho debería leer el libro y hacerse su propio juicio acerca de si Lorenzo Peña ha logrado o no reposicionar el jusnaturalismo frente al embate del juspositivismo en el mundo de habla hispana. En opinión de quien esto escribe, la respuesta es un rotundo sí. Se invita al lector a entrar en el debate.