



eunomia

Revista en Cultura de la Legalidad

Número 17

octubre 2019 - marzo 2020

www.uc3m.es/eunomia

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

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
HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania
VICTORIA CAMPS CERVERA, Universitat Autònoma de Barcelona, España
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
MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia
TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

Consejo de Edición

ALEJANDRO COTEÑO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España
DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
RUBÉN GARCÍA HIGUERA (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España
DIGNO JOSÉ MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España
MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España
FERNANDO ALEJANDRO REMACHE, 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 Cano	6

Estudios

<i>De incertidumbre no se muere. Un desafío no resuelto sobre verdad y conocimiento</i> Elena Marchese	8
<i>La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección</i> Ángeles Solanes Corella	35
<i>El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> Sergio Alejandro Fernández Parra	68
<i>Derechos colectivos y Teoría del Derecho. Más ideología que teoría</i> José María Sauca	100

Foro y ágora

<i>“Desde el principio”: la quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional</i> Bartolomé Clavero Salvador	116
<i>La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada</i> Pablo Arvelo Rodríguez	135
<i>Reflexiones en torno al fallido referéndum en Rumanía sobre el matrimonio homosexual</i> Daniel López Rubio	166
<i>Violencia y delincuencia en México: el uso político del miedo</i> Araceli Mendieta Ramírez	182

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Justicia distributiva</i> Fernando Aguiar González	207
<i>Pacifismo jurídico</i> José Antonio García Sáez	220
<i>Opinión pública</i> Julio Seoane	235

<i>Estado regulador</i>	249
Laura Baamonde Gómez	
<i>Trasplante jurídico</i>	262
Christian J. Backenköhler Casajús	
<i>Privacidad (digital)</i>	276
Carlos Fernández Barbudo	
<i>Acto ilícito atípico</i>	289
Seren Ataoglu Colonnello	
<i>Sedición (Delito de)</i>	299
Rafael Rebollo Vargas	
<i>Innovación pública abierta</i>	314
Julián Villodre	
<i>Pactos de integridad</i>	328
Esteban Arribas Reyes	

Releyendo a...

<i>Comentario a Max Weber: "Prestigio del poder y sentimiento nacional"</i>	349
Joaquín Abellán García	
<i>Prestigio del poder y sentimiento nacional</i>	354
Max Weber	

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista</i>	358
Alfonso García Figueroa	
<i>Constitución y género o la inconclusa igualdad de las mujeres</i>	377
Cristina Sánchez Muñoz	

BOOK FORUM

Paulo Ravecca (2019). <i>The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences</i> , New York, USA: Routledge	
<i>Política y Ciencia Política en América Latina o cuando el poder interfiere en la forma de producir conocimiento en la región. Comentario a Paulo Ravecca, The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences</i>	382
Jerónimo Ríos Sierra	
<i>Politizando la Ciencia Política: Paulo Ravecca y el "yo disciplinar" de la ciencia política latinoamericana. Comentario a Paulo Ravecca, The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences.</i>	388
Diego Rossello	

<i>Respuesta a Jerónimo Ríos Sierra y Diego Rossello</i> Paulo Ravecca	394

RECENSIONES

<i>Andrej Kristan, Derecho y otros enigmas</i> José Alejandro Fernández Cuesta	404
<i>Kai Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas</i> Daniel González Uriel	408
<i>Étienne Balibar, La igualibertad</i> Ricardo Cueva Fernández	414
<i>Pablo Marshall (ed.), Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile</i> Luis Lloredo Alix	418

Presentación

Foreword

José María Sauca

Universidad Carlos III de Madrid

Director de la Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4989>

Eunomía está, por primera vez, de luto. El pasado 10 de abril fallecía en Madrid Javier Muguerza, quizá el filósofo más relevante del último tercio del siglo XX en España; maestro de algunos de los promotores de este proyecto como Eusebio Fernández, Roberto R. Aramayo o Mariano Melero y, en todo caso, referente intelectual de todos nosotros. Desde entonces, se han sucedido las necrológicas, los homenajes y las manifestaciones de condolencia con un denominador común: reconocimiento al pensador original e innovador; admiración por la decencia de un imperativo disidente y, finalmente, el atractivo seductor de una inteligencia bañada de sentido del humor. Introdutor en España de la filosofía analítica; protagonista en el desarrollo de una racionalidad postkantiana; abogado de una moralidad utópica son etiquetas que se barajan con sus contribuciones pragmáticas como la creación del Instituto de Filosofía del CSIC, la promoción de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* o la fundación de *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*. Entre estas últimas, destaco una que ha pasado desapercibida: Javier Muguerza era miembro fundador del Comité Científico de *Eunomía* y su apoyo en los primeros pasos de su puesta en marcha deben ahora ser recordados y agradecidos. Debiera terminar este párrafo de homenaje con algún giro muguerziano: quizá una anécdota sobre la jungla de libros y papeles de su despacho de la calle Pinar, junto a la Residencia de Estudiantes; quizá alguna frase contundente en alemán; quizá alguna intervención crítica contra algún político; quizá alguna de sus ocurrencias originales con las que nos hizo reír. Creo que, sin embargo, lo mejor es dejarle hablar a él mismo cuando, en parecido trance, se despidió de otro gran filósofo: «La desaparición de la entrañable figura de Bertrand Russell ha conmovido a la opinión mundial como probablemente ningún otro pensador contemporáneo podría haberlo hecho. Resulta difícil acostumbrarnos a la idea de que, en lo sucesivo, su voz independiente no volverá a dejarse oír a propósito de los graves conflictos que escinden y atormentan a la humanidad de nuestro tiempo. (...) En nuestros días, la filosofía analítica promovida por él en los inicios de su larga aventura intelectual ha podido ser tachada, sin demasiados miramientos ni precisiones, de «filosofía unidimensional». Quienquiera que recuerde sus llamadas de atención (...) no tendrá otro remedio que considerarle como el representante más ilustre de lo que tal vez cabría llamar la otra dimensión de la «filosofía unidimensional». Así es, por lo menos, como a mí me gusta recordarlo en el momento de decirle adiós»¹.

El presente número de *Eunomía* se entrega con la periodicidad debida, su estructura habitual y el cumplimiento de los protocolos de garantía de calidad. La sección de *Estudios* se abre con la aportación Elena Marchese quien desarrolla un análisis epistemológico de inspiración ferrajoliana sobre la idea de verdad en torno a

¹ Javier Muguerza, «Adiós a Bertrand Russell» en *Cuadernos para el Diálogo*, número 77, 1970, pp. 37-39.

los presupuestos fácticos de la aplicación del derecho y configura una crítica a lo que etiqueta como realismo ingenuo. Las otras tres aportaciones se mueven en el ámbito de las reflexiones sobre los derechos fundamentales: Ángeles Solanes sobre la discriminación racial o étnica; Sergio Alejandro Fernández sobre margen de apreciación estatal en la libertad de conciencia y de religión en el CEDH y José M^a Sauca sobre algunas reformulaciones conceptuales de los derechos colectivos en sede teórico jurídica.

La sección de *Foro y Ágora* intenta reforzar el sentido de la oportunidad de los trabajos académicos que acoge. La primera contribución se debe a la pluma de Bartolomé Clavero. El historiador presenta una interpretación crítica de la evolución del Tribunal Constitucional en materia de descentralización política desde su puesta en marcha a la actualidad. Pablo Ángel Arvelo da cuenta del tratamiento penal español de la lucha contra la corrupción internacional. Daniel López Rubio reflexiona, con ocasión del referéndum rumano del pasado octubre relativo a la regulación constitucional del matrimonio igualitario, sobre las condiciones normativas de dicha institución participativa. Finalmente, Araceli Mendieta desarrolla un análisis político de la gestión de la seguridad en México.

La sección de *voces de cultura de la legalidad* agrupa un nuevo decálogo de entradas. Las tres primeras aportan la exposición de conceptos filosóficos relevantes en la línea editorial de la revista. Fernando Aguiar sobre *Justicia distributiva*, José Antonio García sobre *Pacifismo jurídico* y Julio Seoane sobre *Opinión pública*. El segundo trío incorpora entradas jurídicas animadas por una visión generalista: Laura Baamonde escribe sobre el *Estado regulador*; Christian Backenköhler sobre la idea de *Trasplante jurídico* y Carlos Fernández Barbudo sobre *Privacidad (digital)*. Las cuatro restantes forman dos parejas. La primera, en sede de transgresión jurídica, comprende el trabajo de Ataoglu Colonnello Seren sobre *Acto ilícito atípico* y el de Rafael Rebollo sobre el delito de Sedición. La segunda, en contexto de la reforma de la administración, se debe Julián Villodre con *Innovación pública abierta* y a Esteban Arribas con *Pactos de integridad*.

La sección de *Releyendo a...* recoge unas páginas selectas de Max Weber que han sido traducidas y contextualizadas por Joaquín Abellán. Sorprende que todavía clásicos de referencia no sean accesibles en traducciones plausibles al español.

El *Rincón de lecturas* mantiene su división tripartita. La sección de *Debatiendo* recoge la pluma afilada de Alfonso García Figueroa y la elegante de Cristina Sánchez sobre la ponencia de Itziar Gómez, publicada en el número 16, en torno a la reforma constitucional y la perspectiva de género. La sección del *book fórum* recoge los comentarios de Jerónimo Ríos y Diego Rossello al reciente e influyente libro sobre las características de la politología latinoamericana de Paulo Ravecca, quien contesta a las críticas. Finalmente, José Alejandro Fernández Cuesta, Daniel González Uriel, Ricardo Cueva Fernández y Luís Lloredo Alix dan cuenta de cuatro monografías recientes y de variado perfil disciplinar.

Termino dando la bienvenida a nuestro nuevo miembro del Consejo Científico de la revista y agradeciendo la amabilidad y generosidad con que ha aceptado el empeño. Se trata de Victoria Camps, catedrática emérita de filosofía moral y política de la Universidad Autónoma de Barcelona y actual miembro del Consejo de Estado de España. Estamos seguros de que su admirable trayectoria académica y experiencia editorial beneficiarán superlativamente a nuestra revista. Gracias.

José M^a Sauca
Director

De incertidumbre no se muere. Un desafío no resuelto sobre verdad y conocimiento*

Uncertainty does not kill. An open challenge about truth and knowledge

Elena Marchese**

Universidad de Génova

ORCID ID 0000-0002-9984-796X

elena.marchese@gmail.com

Cita recomendada:

Marchese, E. (2019). De incertidumbre no se muere. Un desafío no resuelto sobre verdad y conocimiento (J. Baquerizo, trad.). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 8-34.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4990>

Recibido / received: 21/05/2019

Aceptado / accepted: 04/09/2019

Resumen

La idea de certeza absoluta, típica del primer realismo alético, ha encontrado en la ley un hábitat ideal en el que se ha enraizado profundamente. La insostenibilidad epistemológica de esta noción, y el daño que ha causado a la reflexión jurídica, han sido denunciados de manera clara: tanto por Luigi Ferrajoli, como por la dogmática iusfilosófica que ha seguido sus ideas (los llamados «teóricos del hecho»). En este trabajo intento, por una parte, analizar la labor de estos teóricos, aportando elementos de reflexión sobre el tema de la verdad y del conocimiento judicial; por otra parte, también intento mostrar que la «rehabilitación» del realismo alético, en el ámbito jurídico, subsiste todavía como un problema abierto y lleno de interés para la reflexión filosófica.

Palabras clave

Verdad, conocimiento procesal, teóricos del hecho, Ferrajoli, realismo y antirealismo alético.

* Traducción de Jorge Baquerizo.

** Instituto Tarelli para la Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Génova, Vía Balbi 30/18, Génova, Italia. Agradezco mucho a Giovanni Battista Ratti y a Giovanni Tuzet, así como a los revisores anónimos de este trabajo, por haberlo leído y comentado con mucho esmero. Agradezco también, vivamente, a Jorge Baquerizo por su gran ayuda en la traducción de este texto.

Abstract

The idea of absolute certainty –typical of the first alethic realism– found an ideal habitat in Law and it rooted deeply into it. The epistemological unsustainability of this notion and the harms it caused to the legal debate were denounced clearly by Luigi Ferrajoli and the following scholars (i.e. the «fact-theorists»). This paper is aimed, on the one hand, at assessing the work of these jurists and provide food for thought on the topics of truth and procedural knowledge; on the other hand, it tries to show that the problem of the «rehabilitation» of alethic realism in the legal field still remains open and full of interest for the philosophical reflection.

Keywords

Truth, judicial knowledge, fact-theorists, Ferrajoli, alethic realism and anti-realism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Teóricos del hecho. 2.1. Unidad del método. 2.2. La influencia de Ferrajoli en la literatura contemporánea sobre constatación fáctica y verdad. 1.3. Ferrajoli y la centralidad de la epistemología. 2.3.1. El carácter apofántico de los enunciados procesales como garantía procesal. 3. Los loci de la literatura sobre la verdad. 3.1. La herencia del realismo ingenuo. 3.1.1. La inadecuación epistémica del realismo ingenuo. 3.2. El «prejuicio metafísico». 3.2.1. Ideal regulativo. 3.2.2 La verdad «reificada» y la sobrevaloración del conocimiento directo. 3.3. El prejuicio epistémico. 3.3.1. Historia, derecho y ciencia. 3.4. Un tipo de análisis diferente. 3.4.1. Contraposiciones a abandonar. 4. La rehabilitación del realismo. 4.1. Tarski y la rehabilitación del realismo «ingenuo». 4.1.1. Ferrajoli y Tarski. 4.1.2. La concepción tarskiana elaborada por Ferrua. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La estructura de este ensayo es tripartita. En la primera parte se pondrá en evidencia la gran influencia que Luigi Ferrajoli ha tenido sobre los trabajos de una parte de la dogmática iusfilosófica (los «teóricos del hecho»), especialmente en la elección de los temas y en las modalidades de análisis (Parte 1). En la segunda parte se analizará cómo estos autores han recorrido las tesis de Ferrajoli respecto a la crítica del realismo «ingenuo» y respecto a la herencia que éste ha dejado en las reflexiones de los juristas (a saber, un prejuicio metafísico y un prejuicio epistémico) (Parte 2). En la última parte se presentará el problema, aún abierto, de la «rehabilitación» del realismo alético en el ámbito jurídico (Parte 3). En las conclusiones, finalmente, se afirmará que esta literatura, aun cuando ha tenido grandes méritos teóricos, ni se ha liberado completamente de la influencia del primer realismo, ni ha prestado suficiente atención a algunos presupuestos filosóficos subyacentes a sus propias tesis. Por último, afirmaré que la rehabilitación del realismo alético en el ámbito jurídico es todavía una cuestión abierta y llena de interés para los juristas (Parte 4).

2. Teóricos del hecho

En 1989, paralelamente a la promulgación del nuevo código procesal penal italiano, Luigi Ferrajoli constataba, en su *Derecho y Razón*, un cierto desinterés de parte de

los juristas¹ respecto a las cuestiones relativas a la «verdad», «verificabilidad» y «verificación» de los enunciados procesales. Asimismo, Ferrajoli subrayaba que, mientras el campo de la interpretación de las disposiciones legislativas era un terreno ya trabajado por muchos, el tema de la comprobación fáctica y la familiaridad con la noción de verdad permanecían, para los juristas, casi totalmente inexplorados (Ferrajoli, 1995, p. 76, nota 25)². Sin embargo, a treinta años de esta afirmación, muchas cosas han cambiado, y la discusión en torno a los conceptos de «comprobación», «prueba» y «verdad» ha tenido un grandísimo éxito, tanto en el ámbito del *civil law* como del *common law*³. De tal manera, nociones como «verdad», «hecho» y «prueba» han entrado de golpe en las reflexiones de los juristas, después de un largo exilio que las había considerado (durante el siglo XX) demasiado «sobre-intelectualizadas» (D'Agostini, 2011; Burge, 2010), a tal punto que eran consideradas inútiles: únicamente como prerrogativas de una filosofía tan abstracta como lejana del sentir común.

Ahora bien, me parece injusto reducir las razones de tal fenómeno solamente a una moda pasajera o a alguna operación de *marketing*⁴. Si bien es verdad que quien abrió la «caja de Pandora»⁵ –inaugurando esta nueva línea de estudios– se limitó simplemente a mostrar a los juristas que existía un territorio casi del todo inexplorado (y que los medios para recorrerlo se encontraban en sus manos), todo lo que sucedió después, en términos del inmenso interés por estos temas, no puede considerarse una mera «carrera por el oro». Lo anterior se puede afirmar por al menos dos motivos conectados. En primer lugar, porque los estudios que la literatura iusfilosófica (sobre todo europea) ha producido sobre el tema, parecen compartir una especie de «método» (en su acepción más amplia, que definiré en breve); y, en segundo lugar, porque el motor de todo este interés parece ser, más que nada, una genuina exigencia: una necesidad que se ha manifestado como «reacción» al clima cultural contemporáneo⁶. Una voluntad de «reapropiarse de la realidad» que se traduce en la conciencia de que, si bien podemos estar desilusionados por el «mito» de la certidumbre y, al mismo tiempo, ser conscientes de la seriedad de las cuestiones planteadas por la filosofía del siglo anterior, también es posible pensar –y sin que ello

¹ Se utilizará «juristas» para designar genéricamente a la dogmática procesalista y a la iusfilosófica. Cuando sea necesario distinguir las dos nociones (que a menudo han sido posiciones en conflicto), ello será específicamente mencionado. Se debe recordar que, por los mismos años, Michelle Taruffo publicaba *La prova dei fatti giuridici* (1992), obra que ha tenido una fuerza propulsora inmensa (tal vez incluso mayor que la obra de Ferrajoli) sobre trabajos relativos a la prueba y al conocimiento procesal. Casi está de más decir que la obra de Taruffo, a diferencia de la obra de Ferrajoli, tiene una matriz principalmente comparatista y hunde sus raíces en la literatura anglosajona. Para una revisión acerca de la cultura anglosajona sobre la prueba, tema del que no podré ocuparme en este trabajo, véase Twining (1982) y Lempert (1988). Se hablará de «teóricos del hecho» para designar un particular grupo de autores analizados en este trabajo (Ferrer, Ferrua, Gascón Abellán, González Lagier, Taruffo, Tuzet) los que, sin embargo, se ubican dentro de la «dogmática iusfilosófica».

² Posiciones similares habían sido ya sostenidas por Jerome Frank en 1930 y 1950, como lo recuerda Ferrer (2005, p. 15).

³ En este trabajo me limitaré a hacer referencia *específica* a los trabajos de Ferrer (2007); Tuzet (2016); Gascón Abellán (1999); González Lagier (2013); Taruffo (2010; 1992); Ferrua (2012); Ubertis (2015). Esto no impedirá hacer referencias a otros textos de estos autores. Además, haré referencia, sobre todo, a algunas cuestiones conceptuales sobre el tema de la verdad de la *questio facti*; dejando, por tanto, en un segundo plano, a las cuestiones meramente probatorias.

⁴ Como parece hacer Agüero (2018), hablando del «boom editorial».

⁵ En particular Taruffo (1992).

⁶ Se hace referencia, en particular, al pensamiento posmoderno, pero también al grado de gran abstracción filosófica alcanzada por la filosofía analítica del siglo pasado. El término «posmoderno» fue introducido en el debate filosófico en 1979 por Lyotard, y designa una concepción cuyas tesis principales incluyen, entre otras: el rechazo de las pretensiones fundacionales de la filosofía (pero también la certeza o los valores absolutos); la construcción social del «yo»; la negación de la posibilidad de acceder a la realidad; el recurso al irracionalismo; etc. Véase, por ejemplo, Vattimo, Rovatti (2010).

nos convierta en intelectuales toscos o *ingenuos*— que aún existe una buena cantidad de cosas por las cuales no estar desilusionados, y que el nihilismo epistémico, así como el escepticismo ocioso, casi nunca son posiciones intelectualmente fructíferas. Sin embargo, el mensaje más importante de esta literatura se ha convertido en una insignia, dirigida a los propios filósofos del derecho: afrontar, serenos, tanto el reto que pone una incertidumbre controlada a la corrección de nuestras valoraciones, como el reto que presenta el sentido común a las exigencias de una adecuada reflexión filosófica. Se trata, pues, de aceptar estos retos sin retroceder hacia laderas más confortables como el irracionalismo.

2.1. Unidad del método

El difundido interés por el tema de la comprobación fáctica se ha resuelto, sustancialmente, en la introducción de un análisis «racionalista»⁷ de los problemas ligados al conocimiento y a la valoración de los hechos por parte del órgano judicial. A falta de un nombre mejor, y solamente para fines de simplicidad explicativa, llamaré «teóricos del hecho» a los estudiosos dedicados a estos temas⁸. Si se quisiera trazar un mínimo común denominador entre estas posturas, podría afirmarse que, aun presentando muchas diferencias, éstas a menudo han compartido objetivos y medios. Y es que, en lo sustancial, estos trabajos comparten una «particular técnica de investigación» (Abbagnano, 1971, p. 581)⁹ y de análisis de los problemas; además, en lo que respecta a los objetivos de su investigación, es clara la voluntad de llevar al centro de la reflexión iusfilosófica el tema de la «realidad» y, por lo tanto, también los problemas relacionados a la comprobación fáctica (la prueba) y a la verdad.

Todo esto ha ocurrido mientras las principales concepciones filosóficas relativas al tema de la verdad se encontraban del todo orientadas en otro sentido. Piénsese, por ejemplo, en las corrientes deflacionistas que han caracterizado la discusión sobre el tema de la verdad durante los últimos años¹⁰. Sin embargo, si se mira con detenimiento, es posible encontrar al menos un pequeño punto de contacto entre el deflacionismo y los trabajos de los teóricos del hecho: ambos comparten la aspiración a «desmitificar» las nociones relativas a la realidad, a la prueba y a la verdad, esto es, aspiran a vaciar la carga ideológica, vaga y mística anteriormente

⁷ Sobre este punto, véase explícitamente: Twining (2006, p. 172 y ss.); Gascón Abellán (1999); y Ferrer (2007, pp. 19-20), quien afirma que su obra se inscribe en la «tradición racionalista de la prueba». La pertenencia a tal ámbito implica la defensa de algunos presupuestos centrales que todos los teóricos del hecho comparten: «a) la constatación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria; b) la comprobación del concepto de verdad como correspondencia; c) el recurso a las metodologías y a los análisis propios de la epistemología general».

⁸ Me refiero, en particular, a los trabajos de Ferrer, Ferrua, Gascón Abellán, González Lagier, Taruffo y Tuzet.

⁹ Abbagnano utiliza esta locución para definir la palabra «método». Además de los objetivos y medios, todos estos autores comparten el enfoque analítico, algunas conexiones con el pragmatismo, y una relación teórica —no abiertamente explicitada— con la corriente del «Nuevo Realismo» filosófico de Ferraris, De Caro, Eco, etc. Por «realismo», por cierto, no busco referirme a la corriente del «realismo jurídico», sino a la concepción metafísica del «realismo alético» que —definiéndola de una manera muy mínima— afirma que la realidad existe y no depende de nosotros.

¹⁰ Las concepciones deflacionistas de la verdad, a pesar de sus intrínsecas diferencias, más o menos concuerdan en sostener al menos una tesis: que el predicado “verdadero” no constituye ningún tipo de propiedad sustancial. De esta proposición derivan generalmente dos actitudes típicamente deflacionistas: 1) que simplemente no existe un problema ontológico-metafísico relativo al tema de la verdad; y, 2) que es necesario “desinflar” la noción de verdad de todos los intentos inflacionistas que ven en aquella algo que simplemente no existe. Entre los exponentes de esta corriente vale destacar a Rorty (1991) e Horwich (1990).

aparejada a aquellas nociones¹¹. No obstante, si bien se puede identificar este punto en común, estas dos orientaciones han terminado en una completa oposición; así, mientras el deflacionismo se ha resuelto en la afirmación de la inutilidad de las nociones «desmitificadas», los teóricos del hecho, por su parte, después de haberles restituido una «cara humana»¹², han confirmado la centralidad de aquellas nociones funcionales de cara a prevenir el arbitrio judicial y alcanzar, en general, los fines del derecho. De esta manera, los teóricos del hecho han atribuido a su reflexión filosófica una «función social», expresada principalmente en el análisis y en la crítica jurisprudencial y legislativa. Los teóricos del hecho parecen compartir, además, el desapego al estereotipo de la «*armchair philosophy*», pues son juristas cuya actividad filosófica apunta a tener efectos sobre la práctica jurídica, es decir, a alcanzar utilidad con fines prácticos (pese a que son aún pocos los que han producido trabajos eminentemente empíricos).

Ahora bien, respecto de los medios utilizados para el análisis de los problemas relacionados a la comprobación fáctica, hay que resaltar los siguientes. (1) El «enfoque racionalista», que ha permitido la re-apropiación de tales conceptos y la afirmación de su importancia para el mundo jurídico, sin caer en el ciego cientificismo que había caracterizado las reflexiones jurídicas post-iluministas y positivistas. El racionalismo de estos trabajos a menudo se apoya también en un enfoque fuertemente crítico respecto del subjetivismo y del nihilismo epistémico, elementos que, de hecho, ponen estos trabajos en contraste con las posiciones sostenidas por el posmodernismo¹³. La actitud de estos trabajos es generalmente descriptiva y normativa (Gascón Abellán, 1999, pp. 47 y ss.). (2) Una notable propensión hacia la *multi e inter-disciplinariedad*¹⁴. Estas teorías a menudo se han apoyado en estudios desarrollados en otros ámbitos del conocimiento especial: piénsese en los frecuentes reenvíos que estos textos efectúan a estudios de lógica, probabilidad, estadística, psicología, sociología y ciencias cognitivas. (3) Un enfoque teórico «sincretista» que, sin olvidar la importancia de las distinciones analíticas, ha sabido reconocer y dar cuenta del modo en que éstas pueden articular alguna relación con la realidad¹⁵. Este punto es parte de la herencia del debate respecto de las categorías *analítico/sintético*¹⁶ y de la influencia de la hermenéutica jurídica que asume una mediación entre universalidad y corrección, texto de la norma y hecho concreto¹⁷. (4) Finalmente, uno de los elementos compartidos por todos estos autores es la referencia a las tesis desarrolladas por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón*. Esta obra ha tenido y tiene una gran influencia sobre los teóricos del hecho, quienes, si bien han recorrido algunos puntos de manera casi exegética, posiblemente han subestimado otros. No sé si la unidad de los objetivos y medios aquí expuestos sea suficiente para afirmar la existencia de un verdadero y propio «método» o incluso de una «escuela» unitaria de pensamiento sobre la constatación fáctica y sobre la verdad; pero, de cualquier manera, creo que la unidad de las tesis defendidas, la supra-nacionalidad que ha adquirido el fenómeno, y el impacto que éstas teorías han tenido sobre el mundo de la filosofía jurídica y del derecho positivo, permiten afirmar que estamos –

¹¹ Un ejemplo de esto se muestra en el debate que ha emancipado la noción de verdad de pretensiones «metafísicas y vagas» y de la reverencia que exigía que tal palabra sea escrita con «V» mayúscula [debate citado indirectamente por Ferrajoli (1995, p. 79, nota 38)].

¹² Esto es, después de haber afirmado que un cierto grado de incertidumbre no suprimible no las convierte en metas no alcanzables.

¹³ Taruffo (2010, p. 92) habla explícitamente de reacción a «la embriaguez post-moderna».

¹⁴ Sobre este punto, véase Twining (2006, cap. XV) y Tuzet (2016, p. 2).

¹⁵ Por ejemplo, Tuzet afirma que es posible aseverar la subsistencia de una «relación estructural entre *questio facti* y *questio juris* de la cual el razonamiento probatorio es parte».

¹⁶ Véase Quine (1951), Putnam (1975).

¹⁷ Véase Tuzet (2016, pp. 2 y ss). y también, Viola – Zaccaria (1999) y Pastore (1996).

cuando menos— frente a una nueva corriente de pensamiento que se inscribe en marco del «nuevo realismo» (Eco 1997; Ferraris 2012, 2013).

2.2. La influencia de Ferrajoli en la literatura contemporánea sobre constatación fáctica y verdad

Como he dicho, la literatura jurídica —especialmente la que se produce en Italia, España e Iberoamérica— ha tenido y tiene una enorme deuda en relación con la citada obra de Ferrajoli, particularmente con dos aspectos: 1) la defensa del garantismo y del cognitivismo en lugar del decisionismo judicial; y 2) los términos en los cuales ha sido descompuesto el análisis del tema de la verdad.

El reconocimiento de la centralidad de la epistemología para la comprensión y la aplicación correcta del derecho es, de hecho, una de las ideas más pioneras y, al mismo tiempo, más subestimadas de Ferrajoli¹⁸. Los conceptos de «verdad» y «prueba», por lo tanto, han pasado a ser aplicables dentro del mundo jurídico, en la medida en que son correctamente comprendidos desde un punto de vista filosófico. Tal fenómeno ha llevado a un parcial y progresivo “estiramiento” de las nociones jurídicas elaboradas por los filósofos del derecho: de conceptos que son fruto de elaboraciones meramente jurídicas, a nociones complejas, deudoras de elaboraciones filosóficas, epistemológicas e histórico-políticas. Por cuanto concierne al segundo punto, éste remite a temas en donde el análisis de la noción de verdad y de la constatación fáctica ha sido descompuesto. Estos autores, de hecho, han recorrido, ampliado y difusamente profundizado (y a menudo también han criticado) algunos puntos, al grado de convertirlos en un verdadero *leit motiv*. Recordaré aquí los más recurrentes:

- a) La verdad como «ideal regulativo»¹⁹;
- b) El «prejuicio metafísico» (que en la literatura ha sido descompuesto: en la «sobreevaluación del conocimiento directo», en la noción de «verdad reificada» y en el «absolutismo desilusionado»)²⁰;
- c) La utilización de la concepción semántica de Tarski²¹;
- d) La diferencia entre verdad material y verdad formal²²; y,
- e) La diferencia entre verdad «histórica», «científica» y «jurídica»²³.

Estos temas pueden ser divididos en dos grandes grupos. El primero que tomaré en consideración es aquel (más general) que se inscribe en el ámbito de la crítica al «primer» realismo y a la «herencia» en la teorización jurídica (literales a, b, c.)²⁴. Se puede también evidenciar que las tesis concernientes a este primer grupo son principalmente relativas a cuestiones de tipo ontológico-metafísico, puesto que

¹⁸ Entre los teóricos del hecho, quien ha tratado de forma más completa y precisa los temas epistemológicos es indudablemente Marina Gascón Abellán. De hecho, algunos de los temas de este trabajo están inspirados en sus análisis (Gascón Abellán, 1999).

¹⁹ Véase Ferrajoli (1995, p. 51); Ferrua (2012, p. 33), Tuzet (2016, p. 76).

²⁰ Véase Ferrua (2015, p. 14); Taruffo (1992).

²¹ Véase Ferrer (2004, p. 73); Ferrua (2012, pp. 43 y ss.); Gascón (1999, p. 64 y ss.); Taruffo (2010, p. 98); Tuzet (2016, p. 69 y ss.); Ubertis (2015, p. 15 y ss.).

²² Véase Ferrer (2004, pp. 61 y ss.); González Lagier (2013, pp. 23 y ss.); Taruffo (2009, pp. 82 y ss.); Tuzet (2016, p. 94), Ubertis (2015, pp. 3 y ss.).

²³ Véase Ferrajoli (1995, pp. 52 y ss.); Ferrer (2004, pp. 46; y 2007, pp. 19 y ss.); Ferrua (2015, p. 15; y 2012, p. 33); Gascón (1999, pp. 118 y ss.); Taruffo (1992, pp. 303-315); Tuzet (2016, pp. 43 y ss.).

²⁴ Herencia que, por cierto, no ha dejado de influenciar incluso a las tesis que la han criticado. Un ejemplo: Ferrua y el énfasis que pone sobre el conocimiento directo.

son relativas a la cuestión de la concepción de la realidad a seguir y a la relación entre lenguaje, mundo y representaciones. Son tesis sustancialmente normativas que miran a problematizar y a suministrar instrumentos de conceptualización de la realidad, así como a la formación de una representación más «adecuada» de aquella.

El segundo grupo (en el que entran los literales d y e), se refiere, en cambio, y de modo más particular, a la influencia que los medios y el contexto de constatación –*intra* o *extra* procesal– tienen sobre la noción de verdad. La cuestión que me parece subyacente aquí es de naturaleza conceptual y epistémica, puesto que se interroga sobre cuestiones como: «¿Influyen (y, si acaso, de qué manera influyen) los medios de constatación sobre la ‘identidad’ de la verdad resultante de tales procesos epistémicos?»; o «¿Cabe afirmar que procesos y contextos epistémicos diversos pueden llevar a nociones de verdad sustancialmente distintas?». Y admitiendo que así fuera, «¿Qué relaciones habría entre estas diferentes nociones?». En el presente trabajo no se podrá dar respuesta a estos cuestionamientos, que aquí son mencionados únicamente con la finalidad de dar cuenta del gran espacio inexplorado que aquellos representan para la filosofía del derecho.

En mi opinión, la atención que Ferrajoli ha puesto sobre estos temas es muy escasa. Considero que la mayor parte de los teóricos del hecho han otorgado poco espacio a la explicitación de los presupuestos filosófico-epistemológicos asumidos en la formulación de sus tesis jurídicas. Además, me parece que, justamente respecto de estos temas, no se ha presentado una verdadera crítica de las posturas de Ferrajoli. En efecto, por una parte, los teóricos del hecho se han comprometido con fuertes ajustes ontológicos (la mayor parte referentes al realismo alético) pero, al mismo tiempo, casi nunca los han motivado adecuadamente. Además, la crítica unánime contra el realismo ingenuo aún no se ha transformado en elaboración y desarrollo de una concepción alternativa del realismo respecto a temas de interés jurídico. La impresión que tengo es que estos autores han proporcionado intuiciones y reconstrucciones que, en su mayor parte, son ciertamente correctas e iluminantes, pero que asimismo se han detenido en una visión todavía preliminar, es decir, al borde de los temas analizados. Una clarificación respecto del tipo o tipos posibles de relaciones que pudieren existir (o no) entre el plano semántico y el epistemológico en el ámbito jurídico, sigue siendo todavía uno de los campos teóricos menos explorados (y, por otra parte, cargado de consecuencias) en el ámbito práctico.

2.3. Ferrajoli y la centralidad de la epistemología

En relación con el derecho, Ferrajoli identifica tres sentidos de la palabra «razón»: «razón *en* el derecho» –pertinente a la epistemología del derecho– que remite al tema de la racionalidad de las decisiones penales; «razón *del* derecho» –en sentido axiológico– donde la «razón» se refiere a la justificación ético-política de las penas y de las prohibiciones; y «razón *de* derecho» –relativa a la dogmática penal– que remite, más precisamente, al tema de la validez o coherencia lógica interna de cualquier sistema penal (Ferrajoli, 1995, p. 22). En este trabajo me ocuparé solamente del primero de estos tres usos, esto es, de la acepción que de manera particular relaciona la razón con el conocimiento²⁵.

²⁵ Sobre tal relación se podrían hacer muchas consideraciones, pero por ahora basta indicar que la concepción clásica de conocimiento como «creencia verdadera y justificada» implica, en su tercer elemento, la noción de razón. Esa concepción parece presupuesta (aunque no explícitamente adoptada) por Ferrajoli.

De otro lado, en la obra de Ferrajoli se reconoce una relevancia central a la epistemología. Esto se puede verificar en la propia sistematización de *Derecho y razón*, que propiamente inicia con una sección titulada: «Epistemología. La razón en el derecho»; pero también se muestra en el hecho de que su propio «sistema general del garantismo» (Ferrajoli, 1995, p. 13) se caracteriza, justamente, por el «modelo de epistemología» que le subyace: una epistemología basada en definiciones legislativas que denoten del modo más exacto posible el hecho punible (desde un punto de vista empírico o no valorativo), en donde la constatación ocurre a través de «aserciones sujetas a verificación» o refutación. Se trata, por tanto, de una epistemología orientada a los principios garantistas, dirigida a la minimización del poder y a la maximización del saber (Ferrajoli, 1995, p. 22), con la finalidad de proteger a los ciudadanos del poder judicial. En particular, el referido autor subraya que lo que mantiene la unidad de nuestro sistema penal garantista²⁶, si bien es el resultado de una larga serie de doctrinas bastante variadas, a menudo confluyentes y no siempre liberales (Ferrajoli 1995, p. 33), es justamente el hecho de que los principios garantistas que lo componen se identifican, ante todo, como un «esquema epistemológico» (Ferrajoli, 1995, p. 34), dirigido a asegurar «el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio» (Ferrajoli, 1995, p. 34)²⁷. Si se acepta lo anterior, y dado que para Ferrajoli «el juicio penal –como por el resto, cada actividad judicial– es un «saber-poder» es decir, una combinación de conocimiento [*veritas*] y decisión [*auctoritas*]» (Ferrajoli 1995, pp. 45-46 y ss.), entonces también es plausible sostener que, para dicho autor, existe «un nexo indisoluble entre el esquema epistemológico» y la identidad de cada modelo procesal. Éste podrá ser, de hecho, tendencialmente garantista o tendencialmente inquisitorio, según el tipo de epistemología sostenida. En el sistema propuesto por Ferrajoli, entonces, la función epistemológica del derecho penal tiene una función auto-protectora (sirve para mantener la unidad de un sistema sobre el que subyacen diferentes doctrinas) y una hetero-protectora (por cuanto al anclar el proceso judicial a la racionalidad y a la realidad, evita o debería evitar distorsiones tales como el autoritarismo o el despotismo).

Tomando todo lo anterior como premisas, existen al menos dos macro problemas subyacentes a la concepción epistemológica de Ferrajoli. En primer lugar, es claro que la noción de «epistemología» no se encuentra explícitamente definida y que, a pesar de las múltiples referencias bibliográficas utilizadas por el autor, el concepto permanece oscuro. Ferrajoli habla de epistemología, pero a menudo la presenta con una serie de superposiciones conceptuales entre conocimiento y axiología del proceso, y a menudo también la identifica con una específica *ideología* del conocimiento procesal²⁸.

En segundo lugar, el lector no puede evitar notar una cierta desproporción entre el papel y la carga ideológica que Ferrajoli parece confiar a la epistemología, y el tratamiento demasiado escuálido que aparece al interior de *Derecho y razón*. A esto

²⁶ Sistema que se inspira en los principios: de estricta legalidad, de materialidad y ofensividad del delito, en la responsabilidad penal como responsabilidad personal, en el contradictorio y en la presunción de inocencia.

²⁷ Estas ideas han caracterizado en gran parte la obra de los teóricos del hecho. Nótese que el uso que hace Ferrajoli del término «epistemología» es, por lo menos, ambiguo. En esta sección, y en la precedente, se presentan dos nociones diferentes de «epistemología»: una que la define sobre la base de los valores que persigue; y otra que la define sobre la base de la racionalidad y de la fiabilidad del juicio. Al interior de este trabajo, en cambio, entiendo por «epistemología» al conjunto de principios, procedimientos y modalidades a través de las cuales se llega al conocimiento; pero también, en sentido amplio, al conjunto de estudios que se ocupan de estos temas.

²⁸ «Epistemología» y «cognitivismo» parecen a menudo sobreponerse en las palabras de Ferrajoli, pero muchas veces la palabra «cognitivismo» es referida solamente a la relación imprescindible que, según este autor, debe tener el proceso con la realidad fáctica, de cara a no tornarse en autoritarismo.

cabe añadir que la adopción de posturas programáticas no llega jamás a tener una autonomía conceptual propia en el interior de la mencionada obra.

2.3.1. El carácter apofántico de los enunciados procesales como garantía procesal

Según Ferrajoli, un sistema de epistemología garantista, además de apoyarse en el principio de estricta legalidad (que impone la taxatividad y la determinación de las formulaciones legislativas), se apoya también en el principio de estricta jurisdiccionalidad, que se funda sobre la «verificabilidad o falsabilidad» de las hipótesis acusatorias (esto es, del carácter apofántico de estos enunciados) y sobre su «prueba empírica» en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación (Ferrajoli, 1995, pp. 36-37). Como el mismo Ferrajoli sostiene, este principio supone lógicamente el principio de legalidad (que, de hecho, es una condición de efectividad del primero). Retomando las palabras de Francis Bacon, Ferrajoli subraya que la «juris-dicción» es —«o al menos aspira a ser— *ius dicere* y no *ius dare*: esto es, una actividad normativa que se distingue de cualquier otra», puesto que está motivada por aserciones supuestamente verdaderas y no solamente por prescripciones. Una actividad que, por tanto, no puede ser meramente potestativa o discrecional (a decir de Ferrajoli).

Justamente en la base de estos puntos, Ferrajoli formula una verdadera afirmación programática: si el cognitismo está en la base del principio de legalidad y en la del principio de estricta jurisdiccionalidad y es, de hecho, nuestra principal defensa contra el arbitrio, entonces una justicia penal no arbitraria debe ser, forzosamente, una justicia penal cognitiva, esto es, basada en los juicios penales prevalentemente cognitivos (de hecho) y de reconocimiento (de derecho). Debe ser, en suma, una justicia penal «en alguna medida, “con verdad”». Ferrajoli parece reconducir la relación entre el carácter epistemológico del derecho procesal y la verdad, a la naturaleza apofántica²⁹ de los enunciados procesales de acusación y a su «prueba empírica» a través de procedimientos adecuados. Todo esto, sin embargo, permanece como un discurso demasiado minimalista si se considera la importancia y el papel que el autor, al menos abstractamente, ha reservado a este tema. Si bien de manera totalmente implícita, Ferrajoli parece defender una concepción clásica de conocimiento; pese a ello, no provee una discusión sobre el tema ni sobre las consecuencias relacionadas.

3. Los loci de la literatura sobre la verdad

3.1. La herencia del realismo ingenuo

3.1.1. La inadecuación epistémica del realismo ingenuo

Una de las ideas más pioneras del análisis efectuado por Ferrajoli, sobre el tema de la verdad, es haber percibido la importancia e influencia que las concepciones ontológico-metafísicas³⁰ tienen sobre la dogmática jurídica y sobre la práctica del

²⁹ Ferrajoli habla del carácter «asertivo».

³⁰ En este trabajo —bien consciente de la altísima complejidad y diferencia entre estas posiciones— con tal locución me refiero principalmente al «realismo» y al «anti-realismo» alético. Sin embargo, la noción de anti-realismo será utilizada en más acepciones: en su variante *epistémica* (los hechos y las cosas del mundo existen, pero dependen de mi propio conocimiento de los mismos); en su variante *idealista-posmoderna* (la realidad externa no existe, no existen principios fundacionales, la certeza y el

derecho. El mérito particular de este autor se encuentra en haber buscado estirar las estrechas definiciones jurídicas, adecuándolas a los estándares de las discusiones filosóficas.

Los temas contenidos al interior del primer grupo de *loci* anteriormente recordados, han sido formulados por Ferrajoli como crítica a la herencia que el «primer» realismo dejó en las teorizaciones jurídicas. El intento primordial de Ferrajoli parece ser, sobre todo, el de desvincular la noción de verdad de aquella presunción –«ingenuamente» realista– que la desearía alcanzable sin márgenes de incertidumbre³¹ y, posteriormente, el de considerarla como un objeto *físicamente* presente en alguna parte, esperando a ser descubierto³². El autor afirma, en particular, que el descrédito científico (pero yo añadiría, sobre todo filosófico) que ha involucrado al «primer realismo» (Ferrajoli 1995, p. 47, pero también, p. 77 nota 30)³³, y la contextual falta de un modelo epistemológico alternativo y adecuado, constituye la razón primaria del escepticismo y de la difundida desconfianza entre los juristas con relación al tema de la verdad en el proceso (Ferrajoli, 1995, p. 47).

Después de haber especificado lo inadecuada que resulta tal concepción, Ferrajoli afirma explícitamente querer «rehabilitar» la noción real-correspondencia de verdad en el ámbito jurídico, a través de la introducción y la utilización de la concepción semántica de Alfred Tarski al interior de las discusiones sobre el tema de la verdad.

Ahora bien, aunque indudablemente se trata de una de las ideas más pioneras de Ferrajoli³⁴, desafortunadamente parece que tal rehabilitación, aparte de ser una declaración de intenciones, consistiría meramente en la traducción de los enunciados procesales (relativos a la *quaestio iuris* y a la *quaestio facti*) en el bicondicional tarskiano y en un pequeño encuadramiento histórico relativo a la génesis del correspondentismo (Ferrajoli, 1995, p. 77, nota 30)³⁵. Además, la idea misma de “rehabilitación” del realismo no ha sido desarrollada sino implícitamente, a través de la simple introducción de los *loci* anteriormente mencionados.

Regresaré después a la concepción tarskiana. En este momento me concentraré en la cuestión de la «rehabilitación» del realismo y de su aporte y, más concretamente, en la definición del “primer” realismo. El tema, si bien en términos distintos, ha sido retomado por Giovanni Tuzet, quien ha afirmado que, para los fines de una correcta comprensión de los problemas relativos a la verdad en el proceso, es necesaria una explicitación clara de las «asunciones filosóficas y metafísicas» que subyacen a tales problemas (Tuzet, 2016, p. 82). Así, Tuzet, tomando como base un

conocimiento no son posibles, podemos, como mucho, obtener creencias sobre objetos contruidos por nuestra mente); y, finalmente, en su variante *constructivista* (el mundo externo existe, pero no podemos conocerlo en cuanto tal: sólo podemos conocerlo a través de nuestras construcciones sociales).

³¹ La pretensión de absolutismo cognitivo y de exactitud valorativa del «primer» realismo.

³² La pretensión ontológica.

³³ Que Ferrajoli llama también «realismo gnoseológico vulgar» o «ingenuo» y que considera «seguramente inadecuado e inatendible» aunque sin explicar las razones (salvo por el riesgo de derivaciones autoritarias). Retoman las reflexiones sobre las posturas metafísicas Damaška (1998) y Tuzet (2016, p. 83 y ss.).

³⁴ Me refiero tanto a la introducción de la concepción *tarskiana*, como a la voluntad de rehabilitar el realismo en el campo jurídico. Al introducir a Tarski en la reflexión jurídica, Ferrajoli afirma que ha terminado el tiempo en que el derecho es concebido como un universo cerrado a las reflexiones filosóficas; por otro lado, el mismo autor apunta los reflectores sobre una cuestión completamente desconocida para los juristas de la época. En ambos casos, Ferrajoli afirma que la filosofía podría ser útil para la claridad de la reflexión jurídica.

³⁵ Para un breve cuadro histórico de la evolución de la filosofía de la ciencia, véase Gascón Abellán (1999, pp. 13-27).

trabajo de Damaška (Damaška 1998), presenta un cuadro relativo a cuatro posturas metafísicas, entre las cuales consta el «realismo ingenuo». Éste se caracterizaría, en particular, por afirmar que nuestros enunciados —si son verdaderos— se encuentran en una relación de «fiel reflejo» de la realidad, a diferencia de los enunciados falsos que, en cambio, no reflejan la realidad (o la reflejan mal) a causa de algún vicio o error. Por tanto, por cada hecho existiría un enunciado que le corresponde y viceversa. El mencionado autor hace notar claramente la insostenibilidad de tales posturas, en tanto involucran una proliferación indiscriminada de «hechos» (también negativos) con resultados del todo contraintuitivos. El problema principal del primer realismo, por lo tanto, sería la pretensión de aplicar de manera directa, a la realidad, las características propias del lenguaje y del pensamiento (Tuzet, 2016, pp. 84-85). Es posible señalar otras características fundamentales de esta postura filosófico-ontológica, a saber:

- La pretensión de entender el concepto de verdad de manera estática y ontológica;
- La pretensión de describir la correspondencia en términos de relación inmediata y directa entre enunciado y mundo: una relación unívoca (uno a uno) entre designaciones y designados³⁶;
- La pretensión de concebir la correspondencia como «identificación» entre enunciado y realidad;
- La pretensión de certeza absoluta en las valoraciones y el faltante reconocimiento de nuestros límites intelectuales, cognitivos y racionales³⁷;
- La falta de reconocimiento de la riqueza semiótica del mundo, del pluralismo o de la falibilidad representativa.

Todos estos puntos son referibles tanto a una *tesis ontológica*, relativa a una pretensión de definición metafísica de los conceptos de «verdad» y «correspondencia», como a una *tesis epistemológica*, relativa a la pretensión de certeza absoluta y anti-falibilista. Estas dos tesis representan la debilidad sobre las cuales Ferrajoli funda su crítica al realismo. Esta crítica, como ya antes se ha recordado, es singularizada en los dos grupos de *loci* anteriormente expuestos. Pasaré ahora a realizar un análisis más completo de los mismos.

3.2. El “prejuicio metafísico”³⁸

Comenzaré analizando el primer grupo de *loci* relativos al «prejuicio» ontológico-metafísico que el primer realismo ha dejado (y deja) en los trabajos de los juristas.

3.2.1. Ideal regulativo³⁹

Los teóricos del hecho casi unánimemente han compartido la tesis, introducida en el ámbito jurídico por Ferrajoli, según la cual la idea de «lograr afirmar una verdad»

³⁶ En Ferrajoli (1995, p. 77, nota 30), se especifica que esta es una idea que el realismo ingenuo había tomado de Moritz Schlick. Sobre el concepto de verdad como relación triádica y asimétrica (*de uno a muchos*), véase Tuzet (2013, pp. 181 y ss.).

³⁷ Sobre el punto, véase Gascón Abellán (1999, pp. 13 y ss.).

³⁸ Recordado por Ferrajoli (1995, p. 47).

³⁹ Esta expresión puede tener dos sentidos: un sentido *metafísico-ontológico*, cuando en la literatura se habla de «acercamiento» o «aproximación»; y un sentido *epistémico/conceptual*, como objetivo de investigación y de conocimiento. Por razones de mera practicidad, en este apartado se tratará solamente el segundo sentido.

objetiva o absolutamente cierta es una ingenuidad epistemológica (Ferrajoli, 1995, p. 50). Dicho autor utiliza también las ideas de «aproximación», «abordaje», «acercamiento» y «verosimilitud» (Ferrajoli, 1995, p. 79, nota n. 37), afirmando que, si podemos sostener una noción de verdad «objetiva» y «absoluta», debemos hacerlo entendiéndola como un «modelo» o un «ideal regulativo» del que seremos *siempre* «incapaces de igualar, pero al cual nos podemos acercar» (Ferrajoli, 1995, p. 50), justo como sugería Karl Popper (Popper, 1972, pp. 10, 393 y 401)⁴⁰.

La literatura que se ha desarrollado desde Taruffo en adelante, de diversas maneras ha retomado este concepto de verdad como «principio regulativo» del proceso, aunque sin definirlo claramente⁴¹. En este sentido, cabe preguntarse si la verdad sería un ideal regulativo o un modelo límite; y cabe también preguntar: ¿Cómo es que algo que no conocemos, y que parece sobrepasar nuestras capacidades intelectuales, puede llegar a orientar (regular) nuestra investigación y, además, ser el objetivo o el límite?

Sin embargo, si se mira con detalle, la oscuridad de esta formulación parece ser simplemente un expediente lingüístico o, mejor, un «contenedor conceptual» para afrontar la falta de certeza (absoluta) y, al mismo tiempo, para afirmar que, pese a todo, nos interesa cómo son (o cómo han sido) las cosas en la realidad. Después de todo, es posible que aún tenga validez la crítica de la equivocidad que Ferrajoli dirige a Popper (Ferrajoli, 1995, p. 80, nota 39); y es que, a menudo, quien utiliza metáforas como «acercamiento», «abordaje» o «meta», aunque parezca alejarse de las categorías ontológico-metafísicas, por otro lado también parece comprometerse con éstas de algún modo (Ferrajoli, 1995, p. 23).

3.2.2. La verdad «reificada» y la sobrevaloración del conocimiento directo

El prejuicio metafísico, no obstante, parece persistir también en dos tendencias teóricas de los juristas sobre el tema de la verdad: las «reificaciones de la verdad» y la «sobrevaloración del conocimiento directo»⁴². Veamos.

Uno de los efectos más comunes que el «prejuicio metafísico» ha generado en las teorizaciones de los juristas, puede ser definido mediante el concepto de «verdad reificada» (Ferrua, 2015, p. 14). A pesar de la caracterización mínima realizada por Ferrua, dicho concepto se fundamentaría en la práctica de considerar la verdad de la misma manera que un objeto material escondido que debe ser encontrado y llevado a la luz. Ferrua critica esta postura sosteniendo que ello implica una «ilusión referencial» que hace creer que la verdad está «físicamente» presente en algún lugar. También en este caso hay una superposición entre el concepto de verdad y las características epistémicas que le atribuimos. Una noción tal no sólo implica una serie de problemas conceptuales y epistémicos sobre la constatación, sino también derivaciones escépticas o nihilistas debidas a la pretensión absolutista que, esperando encontrar «algo», se tropieza con la incertidumbre de la constatación fáctica (Ferrua, 2015, p. 14).

⁴⁰ Ferrajoli destaca que Popper se inspira claramente en la idea tarskiana de una verdad objetiva como «límite ideal» (Tarski 1931, p. 62).

⁴¹ Lo señalan Ferrua (2012, p. 33), Ubertis (2015), pero hay que recordar también a Tuzet (2016, pp. 76 y ss.) que lo define como un «criterio conceptual de fondo que explique y justifique la investigación de pruebas».

⁴² Tal definición hace clara referencia a la conocida distinción entre conocimiento «directo», «proposicional» y «práctico». Este punto es mencionado también por Gascón Abellán (1999, pp. 13 y ss.).

Paso ahora a la segunda tendencia. Por «sobrevaloración del conocimiento directo», se entiende a la tendencia de los juristas (aunque también de algunos teóricos del hecho) a una sobrestimación de la cualidad epistémica del material conocido a través del conocimiento perceptivo⁴³, respecto a cualquier otra modalidad de conocimiento. Veamos algunos ejemplos, identificables en la obra de Ferrua:

Dado que la hipótesis a verificar no es susceptible de confirmación directa en la realidad [...] nada puede garantizar su correspondencia con lo que ha sido (Ferrua, 2015, p. 15)⁴⁴.

Nada puede garantizar definitivamente que el hecho atribuido al imputado corresponda con lo que 'ha sido' (Ferrua, 2015, p. 15)⁴⁵.

(La verdad) es una pretensión que nunca es completamente realizable, teniendo como objeto aquellos *fantasmas* que son los hechos del pasado (Ferrua, 2015, p. 79)⁴⁶.

Pero Ferrua no es el único que incurre en esta tendencia. También Ferrajoli expresa que, entre las razones que hacen a «la verdad procesal una verdad inevitablemente “aproximativa”», está el hecho de que «la verdad procesal [...] no puede ser afirmada sobre la base de observaciones directas» (Ferrajoli, 1995, p. 52). Y Ubertis, al hablar de conocimiento directo, afirma que

El juez debe pronunciarse sobre conductas humanas [...] ya transcurridas y [...] no repetibles, es decir, con referencia a aquellas es imposible reproducir exactamente eventos que pertenecen a su mismo tipo (Ubertis, 2015, p. 13) y agrega que

La locución “prueba de un hecho” es incorrecta dado que nunca se puede probar un “hecho” a posteriori, pero es posible expresarlo o constatarlo en el momento de su acaecimiento (Ubertis, 2015, p. 14).

Este fenómeno tiene claros vínculos con la tendencia antes referida, y comparte con ella los resultados tendencialmente nihilistas y escépticos. Si bien es cierto que a autores como Ferrajoli y Ferrua no se les puede adscribir tesis escépticas o nihilistas –pues ambos son bien conscientes del daño que ocasionan tales posturas– tal conciencia no parece haberlos liberado totalmente de una sobrevaloración (e idealización) de la cualidad epistémica de lo conocido a través de los sentidos, y de la creencia de que la inmediatez inherente a este tipo de actividad cognitiva otorga garantías epistémicas mucho mayores respecto a cualquier otro tipo de conocimiento.

En este trabajo no se busca desmentir la gran relevancia que aporta el conocimiento directo, epistémicamente hablando. Simplemente se quiere evidenciar que también aquel tiene sus límites y, a menudo, no puede ser tan confiable. Basta pensar en los resultados producidos por ciencias sociales como la psicología jurídica y cognitiva, que ha restituido un cuadro nada confiable respecto a la calidad epistémica de lo conocido a través de la percepción⁴⁷. Más a menudo de lo que parece, la comunidad jurídica ha fallado en otorgar el justo peso al valor agregado de la intersubjetividad. Las garantías epistémicas conferidas a una tesis que atraviesa el escrupuloso control de toda una comunidad de estudiosos o una completa *discovery* probatoria, así como el encuentro contradictorio, me parecen, por ejemplo, más

⁴³ Tal tipo de conocimiento implica la actualidad física, sensible, del objeto material conocido, y se logra a través de la percepción sensorial.

⁴⁴ La traducción es mía.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véanse Musatti (1930); De Cataldo (1988); Mazzoni (2003); Manzanero (2010); Bona (2010).

seguras que un testimonio ocular (incluso del propio juez), en el caso de que se observe enteramente un hecho.

Dejaré por ahora estas reflexiones para concentrarme en los problemas relativos al segundo grupo de *loci* sobre el tema de la verdad y de la constatación fáctica. Tal grupo de tesis concierne a las debilidades teóricas de tipo epistemológico del primer realismo y a los prejuicios epistémicos que el realismo ingenuo ha dejado en las tesis de los juristas.

3.3. El prejuicio epistémico⁴⁸

3.3.1. Historia, derecho y ciencia⁴⁹

Respecto al análisis de Ferrajoli en torno al tema de la verdad, es posible decir que uno de los puntos más citados, desarrollados y comentados por la literatura de referencia es el de la doble confrontación entre investigación procesal, investigación histórica e investigación científica. Como se sabe, Ferrajoli sitúa esta contraposición en el ámbito de su tratamiento de los «límites de la verdad procesal». Ahora bien, la literatura posterior a Ferrajoli, que ha propuesto retomar esta confrontación, se ha detenido sobre dos puntos particulares: 1) las peculiares características institucionales y autoritativas del proceso (límites normativos y prácticos, objetivos, garantías)⁵⁰; y 2) las diferencias de la investigación histórica y científica respecto a la procesal. En primer lugar, se afirma que, a diferencia de lo que se busca en el ámbito científico, en el ámbito histórico y procesal –sobre todo penal– se buscan elementos del pasado para reconstruirlos mediante medios probatorios, pese a que no sea repetibles o no puedan ser reproducidos. Un segundo argumento tiene que ver con la construcción de pruebas: en el proceso judicial, a diferencia de lo que sucede en la investigación histórica (donde se utilizan principalmente «fuentes preexistentes»⁵¹, Ferrajoli, 1995, p. 52), se trata de «experimentar» y «producir nuevas fuentes de prueba: como interrogatorios, testimonios, confrontaciones, reconocimiento, pericias, experimentos judiciales» (Ferrajoli, 1995, p. 53); con mayor razón si se piensa en los ordenamientos penales de tipo acusatorio, donde no se pueden introducir pruebas preconstituidas (pues la prueba sólo se puede construir al interior del contradictorio).

Ferrajoli precisa que no son los «hechos delictuosos objeto del juicio» lo que el juez evalúa, sino «las pruebas», esto es, signos, experiencias de eventos o cosas presentes, aun cuando sean interpretables como signos de eventos pasados (Ferrajoli 1995, p. 52). Esta tesis fue posteriormente retomada –en sentido antirealista– por autores como Ubertis, para afirmar que en el proceso no se prueban «hechos» sino solamente «enunciados fácticos» (Ubertis 1995, p. 9; 2007, p. 50), y que ésta es la razón por la cual la única manera de entender correctamente el proceso es como un universo lingüístico cerrado, donde la correspondencia se traza entre enunciados y

⁴⁸ Anticipo que, por razones de espacio, no podré analizar aquí el punto anteriormente identificado con el literal *d*. Ello será materia de un trabajo posterior.

⁴⁹ Véanse Ferrajoli (1995, cap. I y, en particular, las pp. 50 y ss.), Taruffo (1992, pp. 303-315), Ferrua (2015, p. 15; 2012, p. 33); Ferrer (2007, pp. 19 y ss.). De modo más general, sobre las relaciones entre derecho e historia, y derecho y ciencia, véase Tuzet (2013, pp. 37-57).

⁵⁰ En Ferrer 2007, p. 66, sin embargo, se destaca la existencia de dogmática y jurisprudencia que acuerda en sostener que la libertad del juez, en la valoración de la prueba, está vinculada a las “reglas generales de la epistemología [...] de la racionalidad y de la lógica”, y que el principio de la libre valoración de la prueba sería interpretable también como un «mandato dirigido a los jueces para que decidan sobre los hechos [...] mediante los métodos de la epistemología general». Aquí Ferrer cita a Wróblewski (1981, p. 186) y a Taruffo (1992, p. 375).

⁵¹ Tales como documentos, inscripciones, utensilios, ruinas, o narraciones relativas a hechos transmitidos y de los que no se tiene conocimiento directo.

no con el mundo (Ubertis, 1995, p. 28). Sin embargo, como correctamente observa Tuzet, si bien es verdad que lo que se prueba dentro de un proceso no son «hechos» sino «enunciados», no es menos cierto que también los enunciados versan sobre «(o pretenden referirse a) hechos» (Tuzet, 2016, p. 171) externos al proceso y que, dejar fuera esto, hace de tales distinciones algo ocioso. La vía realista de afrontar el problema es, en cambio, la de admitir simplemente que «el objeto inmediato de las pruebas son las aserciones de las partes y su objeto mediato son los hechos» (Tuzet, 2016, p. 172).

Un ulterior punto de diferencia entre la constatación procesal y la científica e histórica, es la esfera pública e institucional en que suceden. Sobre ello, la literatura respectiva destaca: 1) los límites impuestos por la práctica; y, 2) los límites normativos (puestos por el ordenamiento jurídico) en la investigación judicial. Los vínculos referidos por la primera categoría serían obstáculos en los que incurre la práctica jurídica en razón de las disfunciones internas al propio sistema procesal⁵², a la falta de recursos económicos disponibles en cada caso, y a la falibilidad de la actividad procesal. Posteriormente Ferrer agrega, entre los «límites objetivos» para alcanzar la verdad de los hechos en el proceso, también a la propia actividad de las partes (Ferrer, 2004, pp. 65 y ss.) que, en defensa de sus propios intereses, frecuentemente producen un efecto distorsionador de la constatación, manipulando el material probatorio⁵³. Con relación al segundo tipo de límites, en cambio, hay que resaltar aquellos que son relativos a los momentos de la actividad procesal, a la admisión, formación, adquisición y valoración de las pruebas. Después, se hace mención al hecho de que las mismas categorías normativas (en las cuales la autoridad es llamada a insertar los hechos en el momento de la constatación) tendrían el efecto de vincular como verdaderos límites normativos al conocimiento de los hechos (si bien de manera diferente). Al final, se evidencia que, al contrario de lo que sucede con un historiador o un científico, el juez no puede negarse a administrar justicia, pues está sometido a la obligación de la constatación fáctica; esto, según algunos, podría añadirse como un elemento precursor dentro de los límites normativos. Por último, uno de los argumentos más difundidos en la literatura es el que respecta a la supuesta libertad absoluta de comprobación que caracterizaría al científico y al historiador; éstos serían «libres» para desarrollar su actividad cognitiva, lo que les permitiría llegar a una «mejor» verdad respecto a la alcanzada por los jueces, quienes, teniendo que mantenerse dentro de los límites antes mencionados, estarían inexorablemente destinados a no poder conocer la verdad o a conocer una verdad artificial.

Sobre estos puntos, los teóricos del hecho han producido algunos argumentos dirigidos, no ya a subestimar, sino a dar el justo peso a las peculiaridades del contexto y de los medios de descubrimiento. Entre ellos, cabe mencionar:

- La actividad del científico o del historiador, para no ser pura «ciencia ficción», también está vinculada a límites y reglas⁵⁴;

⁵² Por ejemplo: *mala praxis*, falta de personal, sobrecarga de trabajo.

⁵³ En sentido complementario, sobre todo en referencia a las cualidades epistémicas del principio contradictorio derivadas de la “confrontación” de las posiciones de las partes, véase: Ferrua 2015; Ubertis 2009; Tuzet 2016.

⁵⁴ En Ferrer (2004, p. 46), se propone un ejemplo: «Un historiador puede contratar la realización de un libro de historia con un historiógrafo, estipular en el contrato los términos de elaboración de la obra [...] de modo que se impida la revisión de la misma después de cada entrega y así sucesivamente, y no por esto se podrá decir que esta reglamentación incide necesariamente sobre el valor de verdad (o sobre la capacidad de ser verdaderos) de los enunciados contenidos en la obra que el historiógrafo entrega al editor». También es razonable pensar que el científico siga muchas reglas, relativas tanto a la maquinaria

- La actividad y los objetivos de los jueces, de los historiadores y de los científicos son diferentes: si bien el objetivo de una empresa cognitiva es siempre el mismo (obtener creencias verdaderas y justificadas), asimilar aquellas actividades probablemente resultaría un forzamiento conceptual;
- Nadie tiene tiempo, espacio o recursos infinitos;
- Cualquier tipo de investigación está vinculada –aunque sea solamente (y banalmente)– al objetivo que se propone alcanzar.

En suma, quien niegue que se pueda acceder a la verdad, sobre la base de estos motivos, está utilizando una acepción de conocimiento del todo idealista: irreal⁵⁵.

Con relación a los elementos exógenos (es decir, a los límites impuestos por la práctica y a los límites normativos), Ferrer sostiene que «la sola presencia de normas reguladoras de una actividad no impide que con la misma se alcancen conclusiones veraces sobre la realidad»⁵⁶. Taruffo también afirma que las «limitaciones normativas» recién mencionadas revestirían un papel residual (Taruffo, 1992, p. 51)⁵⁷ en el proceso, y tendrían relación solamente con una parte (mínima) de los aspectos de la constatación probatoria. Según este último autor, de hecho, el principal objetivo de los «límites normativos» no sería el de obstaculizar el conocimiento de los hechos, sino el de garantizar la tutela de otros intereses también relevantes para el ordenamiento⁵⁸. Así que, en conclusión, los límites impuestos por la práctica son derivaciones patológicas del sistema cuya presencia no puede ser descontada de antemano, sino que exige una precisa verificación caso por caso; no se trata, por lo tanto, de una condición necesariamente presente en el proceso (Ferrer, 2004, p. 66)⁵⁹.

3.4. Un tipo de análisis diferente

3.4.1. Contraposiciones a abandonar

En este párrafo se sostendrá que la técnica utilizada por Ferrajoli (y por los teóricos del hecho), consistente en usar «contraposiciones» conceptuales y contextuales (como aquellas que se trazan entre verdad «material» *versus* «procesal» o entre verdad «histórica», «científica» y «procesal»), no ha cumplido el objetivo de arrojar luz sobre los temas del conocimiento y de la verdad *intra* y *extra* procesal. Si el objetivo de los autores que han utilizado esta técnica es –como parece ser– entender si la verdad y el conocimiento “mutan” cuando a su vez mutan los contextos epistémicos, entonces este modo de analizar el problema, me parece, puede ser tranquilamente abandonado. Y es que esta técnica, además de no haber aclarado si la diversidad de contextos y de métodos de investigación llevan a tipos de conocimiento

o a los cálculos que utiliza, o en relación con quien financia la investigación. Sobre este punto, véase también González Lagier (2013, p. 26); Tuzet (2014, p. 1524).

⁵⁵ Esto es un ejemplo de «absolutización de las nociones relevantes» que consiste en describir algunos conceptos a través de acepciones perfeccionistas, de manera idealizada, es decir, de manera totalmente alejada de la realidad.

⁵⁶ Al respecto, véase Ferrer (2004, p. 46).

⁵⁷ Para un tratamiento más general, véase Taruffo (2010, cap. IV).

⁵⁸ Piénsese en los principios garantistas de tutela individual del imputado. Sobre el tema, véase también Ferrer (2004, p. 48).

⁵⁹ No obstante, este autor reconoce que tal aspecto puede ser mitigado por la facultad del juez de disponer la práctica de pruebas de oficio.

sustancialmente diferentes (y, por lo tanto, a diversos tipos de verdad), tampoco ha descrito qué relaciones hay entre el plano semántico y el epistémico.

La técnica de las contraposiciones, de hecho, además de fundarse en figuras idealizadas y estereotipadas⁶⁰, ignora los problemas típicos de las falacias de «generalización»⁶¹. Si bien el conocimiento al interior del proceso está generalmente limitado de manera rígida, y si bien en todo sistema procesal se encuentra un cierto grado de falibilidad (debido a las disfunciones propias del sistema), de esto no se sigue que el conocimiento *extra* procesal sea *siempre* cualitativamente mejor que aquel que se obtiene al interior de un proceso, ni tampoco que sea el único capaz de conducir a la formulación de enunciados verdaderos. Sin embargo, es posible sostener que el contexto y los medios de investigación inciden sobre la cantidad y calidad de las creencias, esto es, sólo sobre el grado informativo respecto de la verdad. Desde una óptica realista, incluso, un hecho *es* o *ha sido* tal, independientemente del contexto de investigación y de los medios que ponemos para conocerlo. Esto involucra varios grados de información respecto a la misma verdad con la posibilidad de reconstrucciones falibles, cuyo valor de verdad no depende del hecho de que sean consideradas verdaderas o no, sino solamente de cómo es o ha sido el mundo. Por tanto, podemos admitir mejores o peores estados informativos, y diferentes grados de justificación de las creencias, pero no diferentes tipos de conocimiento o de verdad. Por lo demás, también parece engañoso sostener que existen pruebas (semántica o sustancialmente) diferentes dentro y fuera de un determinado contexto cognitivo, puesto que cada prueba desempeña la misma función: permitir la actividad cognitiva (independientemente del contexto en el que esta actividad sea experimentada).

El método de las contraposiciones no es adecuado, puesto que falta considerar un elemento importante: dentro y fuera del proceso, de hecho, estamos frente a una empresa cognoscitiva que debería ser analizada con los instrumentos más relevantes de la epistemología. Se debería, entonces, poner más atención a los tipos de procesos inferenciales involucrados en cada contexto y al grado en que éstos inciden sobre la caracterización del conocimiento producido. Mi impresión es que, si bien en todo contexto puede existir un predominio parcial de un tipo inferencial respecto a los demás, esto no basta para incidir sobre la noción de conocimiento y verdad. Si posteriormente nos interrogamos sobre el objetivo por el cual ponemos en marcha procesos inferenciales, parece plausible afirmar que esto, sea en el caso de la investigación científica, o sea en la investigación histórica o procesal, disminuye el incremento de nuestro estado informativo (esto es, del conocimiento).

En consecuencia, si la prueba procesal no es diferente respecto de cualquier otra prueba *extra* jurídica (en cuanto a su función, a su funcionamiento y a su estatus semántico), y si las inferencias involucradas en los procesos de conocimiento *intra* y *extra* procesales son siempre las mismas (abducción, deducción e inducción) y están enfocadas en el incremento de nuestro *estatus* informativo, entonces es posible afirmar plausiblemente que es por lo menos dudoso hipotetizar que la verdad y el conocimiento cambian al cambiar los elementos contextuales, teniendo en cuenta también la gran relevancia que estos últimos pueden tener en cada específico contexto de descubrimiento.

⁶⁰ Basta pensar que, en el empleo de esta técnica, nunca se ha especificado a qué tipo de juez, a qué tipo de proceso o a qué tipo de científico se están refiriendo.

⁶¹ Así lo destaca también Taruffo (1992, pp. 321 y ss.); Tuzet (2013, pp. 149 y ss.).

4. La rehabilitación del realismo

4.1. Tarski y la rehabilitación del realismo “ingenuo”⁶²

4.1.1. Ferrajoli y Tarski

La literatura jurídica que se ha desarrollado en los últimos treinta años ha compartido (si bien con diferentes matices) otro aspecto pionero de Ferrajoli: la aplicación, en el ámbito procesal, de la concepción semántica propuesta por Tarski⁶³. Ferrajoli explícitamente afirma que la aplicación de esta concepción a la noción de «verdad procesal» constituye un intento personal de rehabilitar aquella «sobre el plano epistemológico»⁶⁴. Por lo tanto, el objetivo parece ser el de emanciparla de lo inadecuado del primer realismo: en primer lugar, de la asunción metafísica que desea que exista una correspondencia en sentido ontológico entre el lenguaje y el mundo; y, en segundo lugar, de una noción simplista de certeza.

Ferrajoli, por lo tanto, aplica el célebre bicondicional: «“la nieve es blanca” es verdadero, si y sólo si la nieve es blanca», tanto a las proposiciones fácticas, que se refieren a la reconstrucción del hecho («“Ticio ha cometido culpablemente el hecho” es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente el hecho»), como a las proposiciones jurídicas que, en cambio, califican una determinada reconstrucción fáctica a través de la subsunción en un presupuesto normativo. En este segundo caso, se tendrá entonces que «la proposición “tal hecho es denotado por la ley como delito” es verdadera si y sólo si tal hecho es señalado por la ley como delito» (Ferrajoli, 1995, p. 48). Así, pues, a pesar de sus recíprocas diferencias, aquellas proposiciones no tendrían un estatus semántico distinto (Ferrajoli, 1995, p. 62); con lo cual, según Ferrajoli, una proposición procesal será verdadera si, y sólo si, es verdadera, tanto fácticamente como jurídicamente (en los dos sentidos anteriormente mencionados)⁶⁵. De acuerdo con el mismo autor, la definición de Tarski, pese a su aparente banalidad, «constituye una redefinición parcial [...] de la noción intuitiva de la verdad como “correspondencia”» (Ferrajoli, 1995, p. 49).

Ahora bien, una cuestión surge de manera espontánea: ¿en qué sentido la concepción *semántica* de Tarski puede «rehabilitar» sobre el *plano epistemológico* la noción de verdad real-correspondentista? El mismo Ferrajoli admite que la concepción semántica de Tarski es solamente una «estipulación general» sobre el *significado* y sobre las condiciones de uso del término «verdadero» (Ferrajoli, 1995, p. 48) y que, si por una parte es absolutamente neutral respecto de cualquier convicción filosófica o epistémica⁶⁶, por el otro (justamente por esto), no nos dice

⁶² Véase también a Tuzet (2016, p. 83) y a González Lagier (2013, pp. 4 y ss.), que habla de «objetivismo ingenuo».

⁶³ Tarski (1931). A título meramente informativo, es importante mencionar que, sobre el tema de la prueba y de la verdad, existe una amplia literatura brasileña de impronta notoriamente opuesta. Un comentario de esta literatura se encuentra en de Paula Ramos (2015 y 2016).

⁶⁴ En Ferrajoli (1995, pp. 48-49), se distingue la «verdad fáctica» (relativa a la *quaestio facti* y comprobable a través de la prueba del elemento fáctico y de su imputación al sujeto) de la «verdad jurídica» (relativa a la *quaestio iuris* y comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican el hecho como delito).

⁶⁵ Para una propuesta que profundiza más en la fórmula de Tarski en el proceso penal, véase Caprioli 2017. En este trabajo, sin embargo, me limitaré al análisis de las proposiciones del primer tipo.

⁶⁶ En Ferrajoli, 1995, p. 78, nota 31, se afirma que “podemos entonces aceptar la concepción semántica de la verdad sin renunciar a nuestras convicciones epistemológicas, como quiera que estas fuesen – podemos seguir siendo realistas ingenuos, realistas críticos, empiristas o metafísicos – las que hayan

absolutamente nada respeto a los criterios que en concreto se pueden admitir para constatar la verdad. Entonces, ¿en qué sentido una concepción de ese tipo puede rehabilitar *epistemológicamente* la noción de verdad del realismo «ingenuo»? De las palabras de Ferrajoli, parece posible asumir que esta «rehabilitación» se basa fundamentalmente en el hecho de que «el término “verdadero” pueda ser utilizado también en el proceso, sin implicaciones metafísicas», en el sentido «correspondentista» (Ferrajoli, 1995, p. 49)⁶⁷.

Sin embargo, esta tesis, así estrechamente definida, parece incompleta o por lo menos insuficiente. De hecho, con el paso de los años, la mera introducción de aquella concepción parece haber influido, antes que sobre el modo en que los juristas conciben el realismo, sobre el hecho de que éstos ahora: 1) concuerdan sobre una noción mínima de «verdadero» –si bien la entienden a la luz de sus propias convicciones filosóficas, no siempre realistas⁶⁸; y, 2) distinguen claramente entre el significado del término «verdadero» y los criterios (o medios) de investigación de la verdad.

No obstante, nada de esto ha provocado por sí mismo una rehabilitación epistemológica del realismo sino, más frecuentemente, su abandono. De hecho, muchos autores han sostenido que la neutralidad de la tesis de Tarski (en términos de implicaciones y concepciones ontológicas) y su misma estructura formal (lenguaje objeto - metalenguaje) no implica cualquier relación con el mundo y que, al contrario, la lectura más adecuada de la formulación tarskiana sería anti-realista⁶⁹. En las mismas palabras de Ferrajoli –quien, por cierto, a menudo hace gala de su fe correspondentista– no faltan, de hecho, afirmaciones connotadas de ambigüedad teórica. Así, por ejemplo:

Una vez establecido que el término “verdadero” puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de “correspondencia”, es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos “verdadero” y “falso” para designar la *conformidad* o la *disconformidad* de las proposiciones jurisdiccionales (Ferrajoli, 1995, p. 49)⁷⁰.

Lo mismo sucede con Ferrua:

El núcleo del juicio histórico, constituido por la prueba, se resuelve en la confrontación entre enunciados probatorios y enunciados por probar (Ferrua 2012, p. 46)⁷¹.

sido anteriormente”. No obstante, es necesario aclarar que Tarski defendía una posición correspondentista. Aquí Ferrajoli está distinguiendo entre el “significado” del término verdad y los “criterios” de (decisión sobre la) verdad.

⁶⁷ Sobre este punto, Ferrajoli (1995, p. 79, nota 38) cita a Popper (1972, p. 397), quien afirmaba que, antes de Tarski, la verdad era una “noción vaga y eminentemente metafísica”. Gascón Abellán 1999, p. 69, por su parte, habla de “rehabilitación” pero con referencia a la teoría de la correspondencia.

⁶⁸ Por ejemplo, Ferrua, Ferrer y Tuzet abrazan una postura realista-correspondentista, mientras Ubertis asume una notoriamente anti-realista. En este trabajo, la expresión “real-correspondentista” designa una concepción de la verdad según la cual un enunciado es verdadero si corresponde a la “realidad”, lo que presupone que la “realidad” existe y es independiente de nuestra esfera cognitivo-volitiva. Este es, generalmente, el correspondentismo más frecuente; sin embargo, como se verá más adelante, también es posible defender una postura correspondentista que no sea realista.

⁶⁹ Entre los juristas, por ejemplo: Nannini 2007, Ubertis 2015.

⁷⁰ La traducción, así como las cursivas, son mías.

⁷¹ Esta afirmación, como la anterior de Ferrajoli, rechaza las implicaciones metafísicas y, reduciendo el proceso judicial a una confrontación entre enunciados, parece estar decididamente dirigida hacia posiciones anti-realistas.

También la verificación fáctica tiene, por lo tanto, carácter proposicional [...] no existe manera de salir del lenguaje para encontrar un fundamento, un test diverso de coherencia entre enunciados⁷².

En la afirmación de Ubertis, en cambio, se lee:

(N)i al juez ni a las partes se les exige compartir una u otra corriente filosófica relativa a la noción de verdad, siendo suficiente aplicar los criterios de verdad de acuerdo con los cuales cualquiera está dispuesto a afirmar (esto es, a declarar que es verdad) el enunciado representativo de la reconstrucción del hecho utilizada a los fines del proceso (Ubertis, 2015, p. 18).

(N)i, si bien en ocasiones se afirma el contrario, es necesario adoptar una visión correspondentista (radicalmente no epistémica [...]) (Ubertis, 2015, pp. 18 y 19).

Se trataría de emitir un juicio [...] fundado sobre una confrontación lingüística que es efectuada entre dos aserciones alternativas que describen la realidad [...] de las cuales solamente una es creída como verdadera: incluso, sin la necesidad de suponer una relación con una hipotetizada realidad externa al lenguaje con el que se habla (Ubertis, 2015, p. 19).

No se niega que la reconstrucción fáctica sobre la que se basa la sentencia deba aproximarse lo más posible (en los límites de lo humano) a la “realidad” (clarificando que el término es voluntariamente entrecomillado para señalar [...] la dimensión lingüística en que se desarrolla la actividad judicial) (Ubertis, 2015, p. 17).

Estas posiciones –la de Ferrajoli (probablemente de modo involuntario) y la de Ferrua y Ubertis (más explícitamente)– parecen más cercanas a una concepción “lingüístico-semiótica” del proceso que a una concepción real-correspondentista⁷³.

Sin embargo, en la literatura correspondiente también se ha tenido en cuenta una lectura epistémica del bicondicional de Tarski que, en varios modos y grados, identifica verdad y conocimiento de la verdad⁷⁴. Tal ambigüedad se encuentra también en algunas afirmaciones de Ferrajoli, como las siguientes:

La “verdad” [...] de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la “verdad” de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas *por lo que sabemos*, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos (Ferrajoli, 1995, p. 50).

[Es una verdad] siempre [...] solamente probable y opinable (Ferrajoli, 1995, p. 45).

Ahora, si bien es cierto que con estas palabras el mencionado autor solamente busca criticar la errada pretensión de certeza del realismo ingenuo, al mismo tiempo me parece que sus palabras están, por lo menos, marcadas por venas epistémicas y escépticas. Por otro lado, si las intenciones de Ferrajoli están encaminadas a presentar una noción de verdad realista y no ingenua del proceso, estas afirmaciones parecen no ser exactamente coherentes con tal finalidad. En efecto, Ferrajoli insiste en el hecho de que «la verdad procesal depende de lo que logramos probar» (Tuzet

⁷² Véase Ferrua (2012, p. 46), que en este apartado cita a Rorty (1991), quien claramente defiende una posición anti-realista.

⁷³ Sobre el enfoque lingüístico-semiótico, véase Taruffo (1992, pp. 28 y ss.). En cambio, para un análisis de las concepciones de la verdad, véase Caputo (2015, pp. 63 y ss.) y Engel (2004).

⁷⁴ Bajo el nombre de «teorías epistémicas de la verdad» vienen comprendidas aquellas teorías anti-realistas que hacen coincidir a la verdad con el conocimiento de la verdad. Como ejemplos: la teoría de la coherencia, la de la asertividad justificada o garantizada, el verificacionismo, etc.

2016, p. 112), esto es, «de lo que sabemos». Pero esta no es una afirmación compatible con el realismo alético.

Si se asume, de hecho, una concepción tarskiana de verdad en sentido real-correspondentista⁷⁵ –como el propio Ferrajoli parece que desea hacer– entonces nos debemos resignar a una noción de verdad que por lo menos conserve los dos elementos mínimos del realismo, esto es: el reconocimiento de la *existencia* de cosas o hechos, y la asunción de que estos *no dependen de nosotros, de nuestro conocimiento o de nuestra mente* (Brock–Mares 2007, pp. 11 y ss.). En otras palabras, dadas esas premisas, habría que sujetarse a una noción de verdad radicalmente no epistémica: la verdad depende de cómo está hecho el mundo, no de lo que sabemos o de la certeza que tenemos. Por otro lado, se tiene que admitir que una posición como aquella no sería estrictamente incompatible con una concepción tarskiana o correspondentista⁷⁶; más bien, estaría en contraste –desde un punto de vista conceptual– con la más amplia categoría del realismo y con los fines que el mismo Ferrajoli parecía haber establecido⁷⁷. Porque, lo que Ferrajoli declaraba querer era, de hecho, una concepción correspondentista y realista de la verdad que fuese, sin embargo, epistemológicamente adecuada.

Luego, si la rehabilitación realizada por Ferrajoli se fundamenta meramente en la toma de conciencia de que, para la definición de la noción de verdad no necesitamos un vínculo ontológico, y de que nuestras valoraciones están afectadas por la incertidumbre (como el análisis de los puntos hasta ahora tratados parece mostrar), entonces es posible que necesitemos otro intento.

En verdad, Ferrajoli parece darse cuenta de la falta de argumentación sobre el punto, motivo por el cual menciona (en una nota) que la rehabilitación de la teoría de la correspondencia de Tarski consistiría en haber «disociado el significado del término “verdadero” de sus criterios de aplicación». Observa todavía Ferrajoli que, al hacer esto, Tarski contradujo

La tesis central de la epistemología realista-positivista, según la cual, para determinar el significado de un concepto hace falta establecer (en vez de sólo sus condiciones de uso, también) un criterio para su aplicación, es decir, un método para la verificación de las tesis en las que aparece (Ferrajoli 1995, p. 78, nota 31).

Es curioso que Ferrajoli haya destacado como mérito el hecho de que, gracias a la concepción tarskiana, para determinar el significado de un concepto ya no necesitamos definir –más allá de sus condiciones de uso– un criterio para la verificación de las tesis en que éste se encuentra; *curioso*, si consideramos que poco antes había definido la verdad en términos eminentemente epistémicos.

Después, apoyándose en Popper, Ferrajoli afirma que:

[La concepción correspondentista de Tarski] sigue siendo una “teoría realista” solamente en el sentido de que establece la distinción, que es realista, entre una teoría y los hechos que describe esa teoría y que nos permite hablar de una realidad distinta de la teoría [...] pero no ya en el sentido de que nos suministre un método para

⁷⁵ Y esto es: «“p es verdadero” si, y sólo si, p es verdadero» donde “p es verdadero” corresponde (en algún sentido de este término) a algo que existe o ha existido en la realidad fenoménica, y que es independiente de nuestro conocimiento o nuestra mente.

⁷⁶ Si bien no es tan frecuente, es posible admitir, en cambio, una definición tarskiana de correspondentismo en clave anti-realista. Existen ejemplos en las teorías elaboradas por Vision, Forbes y Davidson recordadas en Kirkham (2001) y Künne (2003).

⁷⁷ Que es, a mi parecer, la lectura que debe darse a lo afirmado por Tuzet (2016, p. 112).

establecer si una tesis es verdadera o no es verdadera porque corresponde o no con un hecho (Popper 1975, p. 416 en Ferrajoli, 1995, p. 78, nota 31).

Lamentablemente, aquí se está utilizando la palabra «realista» en una acepción distinta a la que utiliza Ferrajoli con la locución «realismo vulgar». Aquí, la palabra «realista» es utilizada como sinónimo de «efectiva», para caracterizar a la distinción semántica, implícita en la teoría tarskiana. Esta acepción, sin embargo, no puede identificarse⁷⁸ con la concepción general del realismo, ni en su acepción ingenua, ni en su acepción no ingenua. La rehabilitación realizada por Ferrajoli, entonces, sigue siendo insatisfactoria.

4.1.2. La concepción Tarskiana elaborada por Ferrua

Si la introducción de la concepción semántica no ha logrado la esperada rehabilitación del realismo y de la noción realista de verdad, no es menos cierto que también se han realizado elaboraciones más refinadas que han logrado que la reflexión filosófica sobre este punto produzca resultados más gratificantes. Uno de estos ejemplos es la elaboración realizada por Ferrua, quien abraza una noción tarskiana de correspondentismo en clave realista⁷⁹. Este autor defiende una noción de verdad «radicalmente no epistémica puesto que define a la verdad de manera del todo independiente de la prueba, es decir, del método de constatación»⁸⁰.

Lo que hace peculiar su postura es haber elegido apoyar esta concepción de la verdad en la obra de Quine⁸¹, aplicándola tanto al juicio de los hechos como a la *quaestio iuris*. En este sentido, Ferrua sostiene:

Todas las verdades son tales tanto por la fuerza del lenguaje que las expresa, como por la fuerza de los hechos: pero existen diferencias de grado, en tanto algunas están más lejos de la experiencia [...] Hay indudablemente una diferencia notable en cuanto a las razones de la verdad entre enunciados típicamente fácticos [...] y enunciados jurídicos. [...] Si el primer enunciado es verdadero tanto por la fuerza de lo que significan las palabras como por la fuerza de cómo se hayan desarrollado los hechos, la verdad del segundo enunciado parece depender únicamente de lo que significan las palabras en el lenguaje corriente y en la lengua jurídica. En realidad, la brecha no es tan categórica. El enunciado jurídico está ciertamente más alejado que el enunciado histórico, respecto de los hechos y de las observaciones empíricas: pero no es radicalmente independiente (Ferrua 2015, p. 41)⁸².

Los enunciados son, para Ferrua, «narraciones referenciales» en el sentido de que se refieren al mundo externo describiendo lo que «se asume ha acaecido en sus coordenadas espacio-temporales» (Ferrua, 2015, p. 41). Entonces, según la definición dada por Ferrua, la correspondencia dependerá tanto de qué significan las palabras (las proposiciones probatorias⁸³) como del modo en que «está organizado el mundo».

⁷⁸ Tal vez sólo puede acercarse a ésta, si bien de manera mínima, por compartir la tesis de la existencia.

⁷⁹ Ferrua (2012, p. 43): un enunciado es verdadero si y sólo si se corresponde con la realidad a la que se refiere. Ferrua (2015, p. 45): «El significado de ser verdadero [...] está en la correspondencia con los hechos».

⁸⁰ Véase Ferrua (2012, p. 43), quien, además, critica abiertamente las teorías pragmatistas y coherentistas de la verdad.

⁸¹ Quine (1966, pp. 20 y ss.; y 1987, pp. 212 y ss.). La traducción es mía.

⁸² Véase también a Quine (1966, pp. 20-44).

⁸³ Con tal locución se comprenden tanto los enunciados que describen los elementos de prueba, como los enunciados «a probar» contenidos en el acto de la acusación, que son objeto de prueba (y que, según Ferrua, forman parte de los enunciados que tienen que ser probados).

Sobre la base de estas asunciones, se pueden sostener dos tesis. En primer lugar, que la definición de verdad presentada por Ferrua tiene como elemento fundamental «el contacto con el mundo externo» y que, por tanto, denota una pretensión real-correspondentista. El mismo autor, de hecho, sostiene que es precisamente en el vínculo con la realidad donde se realizaría y se justificaría la «tensión veritativa»⁸⁴ del proceso, junto con su papel institucional⁸⁵. En segundo lugar, se puede sostener que la correspondencia depende sólo en parte del significado de las palabras, ya que no puede ser reducida, en sentido meramente formalista, a «procesos semióticos» que conllevarían a la autoreferencialidad⁸⁶.

El autor sostiene esta tesis en relación con la teoría de los bicondicionales de Tarski, declarando que su mayor aporte al tema de la verdad en el proceso sería haber evidenciado que «*el ser verdad*»⁸⁷ (Ferrua, 2012, p. 44) de un enunciado puede consistir solamente en una relación entre el enunciado y aquello sobre lo que versa, es decir, entre el enunciado y su objeto⁸⁸, y no en las relaciones formales que el enunciado verdadero tendría con otros enunciados.

La elaboración que Ferrua hace de la correspondencia tarskiana de verdad nos proporciona puntos interesantes para reflexionar; uno de los más importantes es el hecho de que se destaque la naturaleza *relacional* de la concepción de verdad semántica, relación que existe entre el enunciado y aquello sobre lo que versa (entendido como contenido semántico *sustancial*, no meramente formal). Esta consideración nos permite afirmar que son erradas las lecturas que, en virtud del lenguaje formal del bicondicional tarskiano, interpretan a la homónima teoría en sentido deflacionista o en la semiosis ilimitada. En segundo lugar, esta elaboración propone una lectura «no ingenua» de la noción realista de verdad desde el momento en que reconoce que «cada verdad es tal en virtud de la realidad y del lenguaje». En esta afirmación existe, de hecho, la intuición y la conciencia de que la relación veritativa necesita de ambos planos.

5. Conclusiones

Planos Ha llegado el momento de formular algunas consideraciones conclusivas. Las primeras están relacionadas con el trabajo de los teóricos del hecho, mientras que las demás se relacionan con el realismo y su «rehabilitación» en el campo jurídico.

Se ha dicho que los teóricos del hecho (Ferrer, Ferrua, Gascón Abellán, González Lagier, Taruffo, Tuzet) se han transformado en portavoces de un fuerte cambio cultural, y que han tenido el mérito de hacer regresar, a la reflexión jurídica, términos que parecían prácticamente inútiles o meramente retóricos. El rigor analítico que caracteriza sus trabajos ha sido uno de los medios que ha facilitado el reingreso de la racionalidad en el ámbito jurídico. Sus obras han proseguido el intento de

⁸⁴ Esto es, que el proceso aspira a determinar la verdad respecto de los hechos.

⁸⁵ Véase Ferrua (2015, pp. 44-45), donde se sugiere que la legitimación institucional se da tanto por su «estatus jurídico» como por su «tensión veritativa».

⁸⁶ Punto abordado también por Taruffo (1992, p. 31) y por Ferrua (2012, p. 44) con una referencia más explícita a las teorías pragmatistas y coherentistas.

⁸⁷ Las cursivas son del autor.

⁸⁸ Véase Quine (1987, pp. 213-214), donde se explicita la contraposición entre correspondentismo y coherentismo. Véase también: Ferrua (2015, p. 44; y 2012, p. 44). Por «objeto» se entiende al elemento material sobre el que versa el enunciado y no la proposición recaudable del enunciado en tanto contenido semántico del mismo. El primero sería el objeto material; el segundo sería el objeto semántico del enunciado.

Ferrajoli de ampliar el análisis de las nociones jurídicas, tornándolas, en la medida de lo posible, en nociones filosóficas y epistémicamente sostenibles. No obstante, también se ha mostrado que esta dogmática, aun habiéndose hecho portavoz de posturas metafísicas precisas, no siempre ha dedicado mucho espacio a la justificación de tales elecciones.

Muchos –sobre todo los procesalistas– podrían sostener que la reflexión sobre estos temas se encuentra lejos de las necesidades y de los problemas que los tribunales enfrentan todos los días. Y es verdad. Con este trabajo no se quiere afirmar que los teóricos del hecho deban dejar de hablar de umbrales, estándares y hechos, para hablar solamente de teorías metafísicas. Lo que aquí se afirma, de manera más simple, es que una clarificación de los presupuestos filosóficos que estos teóricos han asumido, podría ser muy útil para: 1) reforzar sus propias tesis; 2) reforzar uno de los aspectos más innovadores e interesantes de esta producción iusfilosófica, que es su acercamiento a las intuiciones del «sentido común» y a las necesidades de la práctica jurídica, sin olvidar el rigor filosófico; y, 3) para producir un análisis filosóficamente más «adecuado» de las nociones jurídicas.

El segundo tema que aquí se ha tratado es el relativo al realismo. Se partió de constatar la crítica unánime del realismo ingenuo y la tentativa de Ferrajoli por «rehabilitarlo»; y aunque dicho autor no defina explícitamente la palabra «rehabilitación», lo que parece claro es que este intento tiene como fin la superación de las ingenuidades epistémicas del «primer» realismo. En este trabajo se ha destacado que el intento de Ferrajoli, pese a todo, no ha sido suficiente. El haber introducido la concepción tarskiana en las reflexiones jurídicas sólo ha permitido clarificar, sobre el plano conceptual: 1) que «verdad» y «conocimiento de la verdad» son cosas distintas; y, 2) que para definir la noción de verdad podemos prescindir de cualquier referente ontológico.

Tal introducción, no habiendo sido acompañada de otras reflexiones de carácter metafísico y epistemológico, no parece bastar para producir la mentada «rehabilitación». Posiblemente una prueba parcial de ello sea que, a pesar de la unánime adhesión de quienes han abordado estos temas después de Ferrajoli, *también* a la concepción tarskiana, ésta a menudo ha llevado a la aceptación de posturas anti-realistas. Esto se puede explicar bajo la consideración de que, con mucha frecuencia, la convención tarskiana ha sido adoptada pero no adecuadamente contextualizada en las reflexiones de los juristas.

Me parece que es posible decir, pues, que la rehabilitación del realismo todavía no se ha logrado plenamente, y que los candidatos ideales para realizar esta empresa son, precisamente, los «teóricos del hecho». Por otro lado, la obsesión por la certeza y la falta de reconocimiento de nuestras limitaciones intelectivas y cognoscitivas (y, por tanto, de nuestra falibilidad) persisten todavía en la reflexión jurídica y se relacionan a menudo, tanto con la pretensión institucional de certeza del derecho, como con algunos residuos del idealismo y del posmodernismo. Luego, una adecuada redefinición del realismo debería saber contraponer, a la pretensión del absolutismo, la gradualidad de nuestros estados epistémicos y la fiabilidad de nuestras valoraciones, para así poder proporcionar a los juristas instrumentos que eviten sucumbir a la desorientación y a la impotencia intelectual de cara a la realidad. La rehabilitación del realismo en el ámbito jurídico necesitaría, entonces, de un tratamiento unitario y coherente, así como de un análisis que tome en consideración las intersecciones entre el lenguaje, la realidad y nuestras interpretaciones. Para tal fin, pienso que un proyecto de este tipo no puede prescindir de los instrumentos del inferencialismo y de la semiótica, como también de una real toma de conciencia sobre

el hecho de que nuestro pluralismo representativo no implica ningún tipo de relativismo. Por lo tanto, el reto es crear una teoría que haga coexistir objetividad, incertidumbre y pluralismo⁸⁹.

Bibliografía

- Abbagnano, N. (1971). *Dizionario di Filosofia*. Torino, Italia: UTET.
- Agüero San Juan, C. (2018). Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano. *Discusiones*, XVIII, pp. 81-106.
- Anderson, T., Schum, D., Twining, W. (1991). *Analysis of Evidence*, I ed. New York: Cambridge University Press.
- Bona, C. (2010). *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Brewer, S. (1999). Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process. *The Yale Law Journal*, 107, pp.1535-1681.
- Brock, S., Mares, E. (2007). *Realism and Anti-Realism*. Durham: Acumen.
- Burge, T. (2010). *Origins of objectivity*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Caprioli, F. (2017). Verità e giustificazione nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3, 1, pp. 317- 340.
- Caputo, S. (2015). *Verità*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Cavallone, B. (2010). In difesa della veriphobia. *Rivista di diritto processuale*, 65, 1, pp. 1-26.
- D'Agostini, F. (2011). *Introduzione alla verità*. Torino, Italia: Bollati Boringheri.
- Damaška, M. (1998). Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal*, 49, pp. 289-308.
- De Cataldo Neuburger, L. (1988). *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Eco, U. (1997). *Kant e l'ornitorinco*. Firenze, Italia: Bompiani.
- Engel, P. (2004). *Verità*. Genova, Italia: De Ferrari & De Vega.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. esp. de Perfecto Andrés Ibáñez et al.). Madrid, España: Trotta. (ed. or. *Diritto e Ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989).
- Ferraris, M., De Caro, M. (eds.) (2012). *Bentornata realtà*. Torino, Italia: Einaudi.
- Ferraris, M. (2013). *Manifesto del nuovo realismo*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Ferrer Beltrán, J. (2004). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración Racional de la Prueba*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- Ferrua, P. (1995). Contraddittorio e verità nel processo penale. En M. Bessone, R. Guastini (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico* (pp. 337-390). Padova, Italia: Cedam.
- Ferrua, P. (2012). *Il giusto processo*. Bologna, Italia: Zanichelli.
- Ferrua, P. (2015). *La prova nel processo penale*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind*, (ed. 2009). New Brunswick, CDN: Transaction publishers.
- Frank, J. (1950). *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Princeton, USA: Princeton University Press.
- Gascón Abellán, M., (1999). *Los hechos en el derecho*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2003a). Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I). *Jueces para la democracia*, 46, pp.17-26.

⁸⁹ Muchas de estas ideas han sido elaboradas en Tuzet (2013, cap. 9).

- González Lagier, D. (2003b). Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II). *Jueces para la democracia*, 47, pp. 35-50.
- González Lagier, D. (2007). Hechos y conceptos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007.
- González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Portland, México: Fontamara.
- Hart, H.L.A. (2000 [1961]). (eds. Cattaneo M.A.). *Il concetto di diritto*. Torino, Italia: Einaudi.
- Horwich, P. (1990). *Truth*. Oxford, UK: Basil Blackwell.
- Kirkham, R.L. (2001). *Theories of truth*. Cambridge (MA)-London, USA-UK: The MIT Press.
- Künne, W. (2003). *Conceptions of Truth*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Lempert, R. (1988). *The New Evidence Scholarship*. En P. Tillers y P. Green (eds.) *Probability and inference in the law of evidence* (pp. 61-102). Dordrecht: Springer.
- Manzanero, A.L. (2010). *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid, España: Pirámide.
- Mazzoni, G. (2003). *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Musatti, L.C. (1991). *Elementi di psicologia della testimonianza*. Milano, Italia: Biblioteca Universale Rizzoli.
- Nannini, S. (2007). *Il concetto di verità in una prospettiva naturalistica*. En M.C. Amoretti-M. Marsonet (eds.), *Conoscenza e verità*, Milano, Italia: Giuffrè.
- Negri, D. (2004). *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*. Torino, Italia: Giappichelli.
- de Paula Ramos, V. (2015). *Cargas y Deberes Probatorios de las Partes en el Nuevo CPC Brasileño*. En V. de Paula Ramos, R. Cavani (eds.), *Prueba y Proceso Judicial* (pp. 363-382). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- de Paula Ramos, V. (2016). *Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro*. En F. Didier Jr. et al. (eds.), *Coleção Novo CPC. Doutrina selecionada. Processo de conhecimento – provas* (pp. 41-61), II. ed. Salvador: JusPodivm, 3.
- Pastore, B. (1996). *Giudizio, prova, ragion pratica*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Patterson, D. (2010). *Diritto e verità*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Popper, K.R. (1972). *Congetture e confutazioni*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Popper, K.R. (1975). *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*. Roma, Italia: Armando.
- Putnam, H. (1975). *L'analitico e il sintetico*. En H. Putnam (1987). *Mente, linguaggio e realtà* (pp. 54-90). Milano, Italia: Adelphi.
- Quine, W.V.O. (1951). I due dogmi dell'empirismo. En W.V.O. Quine, (1966). *Il problema del significato* (pp. 20-44). Roma: Ubaldini.
- Quine, W.V.O. (1966). *Il problema del significato*. Roma, Italia: Ubaldini.
- Quine, W.V.O. (1987). *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*, Cambridge (MA), USA: Belknap Press.
- Rorty, R. (1991). Objectivity, Relativism and Truth. *Philosophical papers*, 1, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Tarski, A. (1931). *The concept of Truth in Formalized languages*, En A. Tarski (1983). *Logic, Semantics, Metamathematics* (pp. 152-278). Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Tarski, A. (1983). *Logic, Semantics, Metamathematics*. Indianapolis, USA: Hackett Publishing Company.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid, España: Marcial Pons.

- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*, 40, pp. 239-248.
- Tonini, P., Conti C. (2014). *Il diritto delle prove penali*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Twining, W. (1982). *The rationalist tradition of evidence scholarship*. En E. Campbell and L. Waller, (eds.) *Well and Truly Tried*. Sydney, Australia: Law Book Co.
- Twining, W. (1984). *Some Scepticism about some Scepticism*. En Twining W. (2006). *Rethinking evidence. Exploratory Essays* (pp. 99-164). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Tuzet, G. (2014). Prova Verità e Valutazione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, pp. 1517-1537.
- Tuzet, G. (2013). *La pratica dei valori, Nodi tra conoscenza e azione*. Macerata, Italia: Quodlibet.
- Tuzet, G. (2006). *La prima inferenza*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Ubertis, G. (1995). *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*. Torino, Italia: Utet.
- Ubertis, G. (2007). *Sistemi di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, IT, Utet.
- Ubertis, G. (2009). La prova dichiarativa debole. *Cassazione Penale*, XLIX, pp. 4058-4067.
- Ubertis, G. (2015). *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Vattimo, G., Rovatti, P.A. (2010). *Il pensiero debole*. Milano, Italia: Feltrinelli.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Wróblewski, J. (1981). *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*. En Wróblewski, J. (1989). *Sentido y Hecho en el derecho* (pp.151-168). San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección

Racial and ethnic discrimination: regulatory framework, forms and protection

Ángeles Solanes Corella*
Universitat de València
ORCID ID 0000-0002-4207-6113
angeles.solanes@uv.es

Cita recomendada:

Solanes Corella, Á. (2019). La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 35-67.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4991>

Recibido / received: 30/06/2019
Aceptado / accepted: 06/09/2019

Resumen

El desarrollo de los instrumentos jurídicos internacionales y europeos relativos a la prohibición de la discriminación racial o étnica ha sido significativo en las últimas décadas. Sin embargo, dicho marco regulatorio necesita un mayor perfeccionamiento e implementación que permita también combatir las nuevas formas de discriminación. En esa línea, este trabajo realiza una revisión crítica de la normativa internacional y europea sobre la materia y establece el estado actual de la cuestión. Desde ese análisis, para consolidar los instrumentos de protección del derecho antidiscriminatorio, se propone fortalecer los estándares jurisprudenciales y desarrollar la función de los organismos especializados para la promoción de la igualdad, con la finalidad de conseguir una lucha contra la discriminación racial o étnica que sea más efectiva y eficaz.

Palabras clave

Discriminación racial o étnica, derecho antidiscriminatorio, formas de discriminación, jurisprudencia TEDH y TJUE, organismos para la igualdad.

* Catedrática de Filosofía del Derecho y Política, Universitat de València. Presidenta del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (Dirección General para la Igualdad de Trato y Diversidad, Secretaría de Estado de Igualdad, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad).

Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R (MICINN/FEDER) «Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción», del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Abstract

In recent decades there has been a significant development of European and international legal instruments related to prohibiting racial and ethnic discrimination. Nevertheless, this regulatory framework needs further improvement and implementation so that it can also combat new forms of discrimination. Along these lines, this article critically reviews international and European laws on discrimination and sets out the current state of the question. Based on this analysis, it proposes strengthening legal standards to reinforce protective measures against discrimination and enhancing the role of specialised bodies to foster equality, with the end purpose of fighting against racial and ethnic discrimination more effectively and efficiently.

Keywords

Racial and ethnic discrimination, anti-discrimination laws, forms of discrimination, ECHR and ECJ jurisprudence, equality bodies.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Del marco jurídico internacional al europeo. 2.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. 2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea. 3. Viejas y nuevas formas de discriminación racial o étnica. 3.1. La diferencia vinculada a la extranjería. 3.2. La amenaza del populismo nacionalista. 4. Protección frente a la discriminación. 4.1. La importancia de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE. 4.2. Los organismos especializados para la protección de la igualdad y la no discriminación. 5. A modo de conclusión.

1. Introducción

El concepto discriminación racial o étnica hace referencia a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia por razón de raza u origen étnico que anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Así veremos que lo reconocen diferentes instrumentos internacionales que han inspirado las disposiciones de los sistemas regionales y nacionales en la protección del principio de igualdad y la lucha contra la discriminación.

La proliferación de normas destinadas a prohibir la discriminación no ha conseguido disminuir lo suficiente esos actos en los que, en palabras de Dworkin (1985, p. 66), no hay una «justificación libre de prejuicios» que es precisamente lo que hace que sean discriminatorios, ni tampoco aquellas otras formas de trato diferencial que no se basan necesariamente en un prejuicio sino en el hecho de no tomar en cuenta las especificidades de un determinado grupo como ocurre en los casos de discriminación indirecta.

Aunque la palabra raza no identifica ninguna realidad biológica y existen evidencias científicas de que las doctrinas de superioridad racial son científicamente falsas, moralmente condenables, socialmente injustas y peligrosas por lo que deben rechazarse, lo cierto es que sigue habiendo racismo. Es decir, aunque pueda considerarse superado el racismo de base biologicista y esencialista, siguen existiendo víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas

conexas de intolerancia, incluidas sus formas y manifestaciones contemporáneas¹, o lo que es lo mismo, no hay razas, pero sí racistas. Como afirma Cavalli-Sforza (1997: p. 22) el concepto de raza es erróneo, por tanto, no se puede aplicar a la especie humana, en ese sentido la «variación invisible siempre es grande en cualquier grupo, ya sea el de un continente, una región, una ciudad o un pueblo, y mayor que la que existe entre continentes, regiones, ciudades o pueblos. Así pues, la pureza de la raza es inexistente, imposible y totalmente indeseable». Racista es, por tanto, quien considera que existen razas que se pueden delimitar biológicamente (atendiendo al fenotipo o al genotipo), pero también quien tiene el sentimiento de pertenecer a un «tipo» humano mejor que el de otro (de tal manera que incluso puede defender los derechos de la «raza inferior») o quien considera que existen una pluralidad de razas que son iguales.

Por eso, como apunta Kendi (2019, pp. 18-23) no basta con no ser racista, porque también ese término apela a un espacio que no es neutro, es necesario impulsar un antirracismo basado en la igualdad, que genere políticas para combatir las injusticias sociales. Ello exige entender, como veremos, que el racismo es en sí mismo institucional, estructural y sistemático. Las sociedades democráticas actuales tienen en su propio germen ideas racistas que se aceptan como naturales de tal manera que parecen incluso banales, por eso puede ser difícil entender y sobre todo poner en práctica medidas antirracistas para conseguir la igualdad. Para ello, como este estudio propone, hay que comenzar identificando las actuales formas de discriminación racial o étnica, como manifestación evidente de las políticas que generan desigualdad; analizar el marco jurídico vigente, con especial atención a los avances que se han producido en este ámbito y buscar mecanismos para perfeccionarlo en aras de conseguir una mayor protección.

Como acertadamente señala Balibar (1991, pp. 31-48) la noción de raza tiene un significativo alcance social y ha dado lugar a nuevas formas de racismo que sustituyen o complementan el trato diferencial adjudicado a la raza con la etnia, la nacionalidad o la cultura. Ello genera lo que podría considerarse un nuevo racismo que, en realidad, se asienta en los mismos postulados que el tradicional, pero busca nuevas formas de expresión. La discriminación racial o étnica puede entenderse como una de esas manifestaciones de lo que se considera un nuevo racismo y supone que determinadas personas y grupos sufrirán las consecuencias de esa restricción por motivos raciales, étnicos, nacionales, religiosos o culturales, e incluso en algunas ocasiones de varios o todos estos factores juntos que exigirán una lectura múltiple e interseccional. La proliferación de casos de discriminación por los mencionados motivos se debe, también en buena medida, a los actuales escenarios en los que las perspectivas y los recorridos vitales de las personas vienen dominados por la incertidumbre y la sensación de riesgo a la que ya aludía Beck (2006, pp. 114-115); el tránsito de una sociedad explicada a partir de ejes de desigualdad verticales (arriba-abajo) y materiales, a una sociedad en la que se hacen más frágiles o se rompen los vínculos de integración social (dentro-fuera); y el paso de una sociedad de clases a una sociedad atravesada por múltiples ejes de desigualdad y de diversificación social (Subirats, 2010, p. 23).

El desarrollo de los instrumentos jurídicos internacionales y europeos relativos a la prohibición de la discriminación racial o étnica ha sido significativo en las últimas

¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2018, *Llamamiento mundial para la adopción de medidas concretas para la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y para la aplicación y el seguimiento generales de la Declaración y el Programa de Acción de Durban*, A/RES/73/262, de 15 de enero de 2019.

décadas y ha supuesto un avance, nada desdeñable, en la consolidación de la prohibición de discriminación y la prevalencia del principio de igualdad. Sin embargo, dicho marco regulatorio necesita un mayor perfeccionamiento e implementación que permita también combatir las nuevas formas de discriminación. En esa línea, este trabajo realiza una revisión crítica de la principal normativa internacional y europea sobre la materia y establece el estado actual de la cuestión. Desde ese análisis, para consolidar los instrumentos de protección del derecho antidiscriminatorio, se propone por una parte, fortalecer los estándares jurisprudenciales especialmente desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con alguna referencia a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); y por otra, desarrollar la función de los organismos especializados para la promoción de la igualdad, con la finalidad de conseguir afianzar dicha igualdad como valor, principio y derecho.

2. Del marco jurídico internacional al europeo

Los diferentes instrumentos que configuran el derecho internacional de los derechos humanos parten de la posibilidad de atribuir su titularidad a todo ser humano sin discriminación. La Declaración Universal de Derechos Humanos, prohíbe realizar distinción atendiendo a motivos como la raza, sin mencionar expresamente la discriminación, y sirve como base para que otras disposiciones codifiquen y consagren los principios de igualdad y no discriminación, entre ellas, los Pactos de las Naciones Unidas de 1966 sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW)². Así lo han reiterado también el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité de la CEDAW, insistiendo en que los derechos reconocidos en los mencionados Pactos deben garantizarse a todas las personas, incluidos los no ciudadanos y las personas pertenecientes a minorías raciales y étnicas³.

2.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

En el marco de Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) constituye el marco de referencia específico sobre este tipo de discriminación⁴. La discriminación racial se define en el artículo 1.1 de la ICERD⁵ recogiendo diferentes aspectos que se asocian al racismo

² Puede verse un panorama general de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se prohíbe específicamente la discriminación contra determinados grupos en Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, que se centra en el fenómeno de la xenofobia y su conceptualización, tendencias y manifestaciones*, A/HRC/32/50, de 13 de mayo de 2016, párrs. 10 a 14. En el informe también se presenta una visión introductoria a los instrumentos que recogen la prohibición de la discriminación racial en el plano regional, párrs. 15 a 25.

³ Vid., por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 15 (1986), *sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, párrs. 1 y 2; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 20 (2009), *sobre la no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales*, párrs. 24 y 30.

⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

⁵ Artículo 1.1 de la ICERD: «Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el

y mencionando expresamente los términos de «raza» y «origen étnico» así como otros como «color» que deben interpretarse a la luz de la actualización llevada a cabo, por ejemplo, por la Conferencia de Durban⁶ que asimila dicho término al de afrodescendientes.

En esta referencia que hace la ICERD a la discriminación racial conviene llamar la atención sobre dos aspectos relevantes. En primer lugar, hay motivos que no aparecen específicamente mencionados, entre ellos por ejemplo la discriminación por motivos religiosos. Sin embargo, en este como en otros puntos para interpretar y aplicar de forma más actualizada la Convención es posible acudir a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). Este organismo, en este supuesto en concreto, ha considerado que la Convención puede aplicarse en los casos en que la discriminación por motivos religiosos coincida con otras formas de discriminación específicamente prohibidas en virtud del mencionado artículo 1.1⁷.

Esta lectura extensiva, que no se ciñe a la literalidad del texto internacional, conecta, con un enfoque de la discriminación basado en la interseccionalidad. En efecto, dicho concepto, a los efectos que ahora interesan, puede ser entendido como propone Rey (2008, pp. 263-264), como una forma de discriminación en la que se combinan diversos factores al mismo tipo (en ese sentido podría denominarse múltiple, interseccional, combinada o compuesta) de tal manera, y esto es lo relevante, que la confluencia simultánea de motivos de discriminación hace que surja una nueva forma de opresión que tiene perfiles propios. No estamos, por tanto, ante la acumulación de motivos de discriminación sino ante la intersección entre ellos que genera una discriminación diferente a la mera suma.

En ese sentido, como afirma Lousada (2017, p. 33) la idea de interseccionalidad, puesto que basa la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación (y no en la comparación de situaciones), permite ir más allá de una concepción de la igualdad de trato fundada en un test de comparación, para proponer una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que si se utiliza de modo adecuado puede permitir mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato. Ciertamente esa perspectiva interseccional de la discriminación obliga, como apunta Barrère (2010, p. 251) a una revisión del derecho antidiscriminatorio clásico para superar la mera yuxtaposición de los factores de discriminación que por acumulación dan un resultado que no recoge la originalidad que la intersección supone.

En segundo lugar, la prohibición de la discriminación racial en el derecho internacional de los derechos humanos, en concreto en la ICERD no se ciñe únicamente a una visión formal de la igualdad o a una mera igualdad material ante la ley. La igualdad en el marco internacional de derechos humanos tiene carácter

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

⁶ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Vid. CERD, *Debate temático sobre la discriminación racial de los afrodescendientes*, CERD/C/SR.2081, de 9 de enero de 2012.

⁷ Vid. CERD, Recomendación General nº 32, *sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, CERD/C/GC/32, de 29 de septiembre de 2009, párr. 7; y P. S. N. c. *Dinamarca* (CERD/C/71/D/36/2006), párr. 6.3.

sustantivo, de tal manera que obliga a los Estados a adoptar medidas para luchar contra la discriminación racial deliberada o intencional, así como contra la discriminación racial no intencional o *de facto*⁸.

Este amplio abanico condiciona no solo la aprobación de disposiciones en el ámbito del derecho antidiscriminatorio sino la implementación y efectividad de las mismas y permite ir adaptando la interpretación de la Convención a la realidad. En ese sentido, por ejemplo, el CERD en la recomendación general nº 35 se ocupa de la lucha contra el discurso de odio racista⁹, aunque este no se recoja expresamente en la Convención señalando, como exigencia mínima y sin perjuicio de otras medidas, que es indispensable para combatir dicho discurso una legislación completa contra la discriminación racial, tanto en derecho civil y administrativo como en derecho penal.

Además, el CERD ha corroborado esa lectura no condicionada por los aspectos expresamente recogidos en la Convención, al señalar en su recomendación general nº 32 acerca del significado y alcance de las medidas especiales en la Convención, que la prohibición de la discriminación racial en el marco de la ICERD no puede interpretarse de manera restrictiva, ya que, se pretende alcanzar la igualdad sustantiva (*de facto*) en el goce y el ejercicio de los derechos humanos. Por ello, El Comité insiste en que la Convención se aplica tanto a la discriminación deliberada o intencional como a la discriminación en la práctica¹⁰ y a la discriminación estructural¹¹.

Precisamente la dimensión práctica de la discriminación exige la ampliación de los motivos de la misma desde la noción que el Comité denomina de «interrelación», que permite abordar situaciones de discriminación doble o múltiple, o lo que es lo mismo introducir la idea de interseccionalidad, cuando se conectan uno o varios de los motivos enumerados en el citado artículo 1 de la Convención. Se considera por tanto discriminación la intencional y la práctica que incluye no solo una «distinción, exclusión o restricción» injustificables sino también una «preferencia» injustificable, lo que hace especialmente importante que los Estados partes distingan entre las «medidas especiales» y dichas preferencias injustificables¹².

Esta sutil distinción que va de las medidas especiales a las preferencias injustificables, se relaciona con lo establecido en el artículo 1.2 ICERD cuando señala que la Convención no será de aplicación en el caso de las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte entre los ciudadanos y los no ciudadanos. Es fundamental conjugar esta previsión, que permite la diferenciación en el ámbito de la extranjería, con el mencionado enfoque sustantivo y no formalista de la igualdad en la línea de lo señalado en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, resulta aplicable en el contexto de las leyes y políticas relativas a la ciudadanía, la nacionalidad y la inmigración. En ese sentido, la Relatora

⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, para la aplicación y seguimiento generales de la Declaración y el Programa de Acción de Durban, preparado de conformidad con la resolución 72/157 de la Asamblea General*, que analiza la amenaza que supone el populismo nacionalista para los principios fundamentales de los derechos humanos de no discriminación e igualdad, A/73/305, de 6 de agosto de 2018.

⁹ CERD, Recomendación General nº 35 sobre la lucha contra el discurso racista, CERD/C/GG/35, de 26 de septiembre de 2013, párr. 9.

¹⁰ CERD, Recomendación general nº 32 sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, CERD/C/GC/32, de 29 de septiembre de 2009, párr. 6.

¹¹ CERD, Recomendación general nº 34 sobre la discriminación contra afrodescendientes, CERD/C/GC/34, de 3 de octubre de 2011.

¹² CERD, Recomendación general nº 32, op. cit., párrs. 6 y 7.

Especial¹³ insiste en que debe interpretarse de manera restrictiva y de conformidad con el mencionado derecho internacional de los derechos humanos y las normas relativas a la prohibición de la discriminación y a la igualdad ante la ley, la precisión del artículo 1.2 ICERD, relacionado con el 1.3 ICERD que tampoco permite que la Convención afecte a las disposiciones legales de los Estados sobre nacionalidad, ciudadanía y naturalización. Es decir, las legislaciones nacionales en el ámbito de la extranjería, aún con las salvedades señaladas, no pueden aplicarse de una forma que resulten racialmente discriminatorias o como pretexto para la discriminación racial.

La recomendación general nº 30 del CERD avala esa interpretación sobre la aplicación del artículo 1.2 ICERD al considerar que no se debe socavar la igualdad y la no discriminación consagradas en el artículo 5 de la Convención y en otros instrumentos jurídicos internacionales. Por tanto, es posible que existan criterios de diferenciación basados en la ciudadanía o la situación migratoria, tal como de hecho ocurre en las legislaciones de extranjería de los Estados parte que crean estatutos jurídicos específicos, pero a tenor de esta recomendación dicha distinción se considerará constitutiva de discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, de acuerdo con los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo o no están proporcionados con el logro de ese objetivo. Por eso, los Estados, por una parte, tienen la obligación de que su legislación sobre la prohibición de la discriminación racial se aplique a los no ciudadanos, con independencia de su situación; y, por otra parte, deben asegurarse de que sus normativas nacionales no tengan ningún efecto discriminatorio sobre los extranjeros. Además, esa protección se ha de complementar con la adopción de medidas concretas en relación al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, el discurso de odio y la violencia racial, el acceso a la ciudadanía, la administración de justicia, y las expulsiones¹⁴.

Con todo, tras cincuenta años de vigencia de la Convención, y con el significativo papel interpretativo que desempeña el CERD, como se analizará a propósito de las nuevas formas de discriminación racial o étnica, los criterios de diferenciación injustificada respecto a los extranjeros y su conjunción con teorías supremacistas vinculadas a los discursos del populismo nacionalista que afectan a distintas minorías, siguen siendo dos de las grandes amenazas para la garantía del principio de igualdad que socavan las oportunidades que ofrece la lectura extensiva en su dimensión garantista de la Convención.

2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, recoge en su artículo 14 la prohibición de discriminación por determinadas causas (sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación) en relación a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Con dicha regulación, el artículo 14 CEDH ha sido visto como una forma de interpretar el

¹³ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, sobre la cuestión de la discriminación racial en el contexto de las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la ciudadanía, la nacionalidad y la inmigración*, A/HRC/38/52, de 25 de abril de 2018, párr. 19.

¹⁴ CERD, Recomendación General nº 30 sobre discriminación contra los no ciudadanos, CERD/C/GC/34, de 5 de octubre de 2004.

conjunto de las disposiciones del convenio, pero no como un artículo autónomo, no enuncia una prohibición independiente relativa a la discriminación (Gil, 2017, p. 919). Esta ha sido una de las críticas reiteradas a dicha disposición, lo cual no significa que no esté dotada de utilidad, pero sí que para que conseguir su plena eficacia ha tenido que ser completada.

El Protocolo nº 12 del Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 y que entró en vigor el 1 de abril de 2005, intenta corregir las restricciones del artículo 14 CEDH y amplía la prohibición general de discriminación a todos los derechos fundamentales y ordinarios, más allá de los que se reconocen de forma expresa en el Convenio y sus Protocolos. De esta manera, se amplía el ámbito de aplicación del artículo 14 CEDH, ya que deja de ser necesario el invocar la vulneración de algún derecho del Convenio o sus Protocolos, y puede acudir independientemente al derecho a la no discriminación (Casado, 2012, p. 61). Con todo, el Protocolo no modifica los motivos a los que se refiere el artículo 14 CEDH, desaprovechando la posibilidad de introducir alguno nuevo como, por ejemplo, el de discapacidad.

En la memoria explicativa al Protocolo nº 12 se reconoce expresamente que la protección ofrecida por el artículo 14 CEDH por lo que se refiere a la igualdad y a la no discriminación es limitada, especialmente si se compara con la que se contempla en las disposiciones de otros instrumentos internacionales, lo cual en buena medida se relaciona con su poca relevancia tradicionalmente en la jurisprudencia del TEDH a propósito de la discriminación racial, aunque como se analizará más adelante esta va progresivamente en aumento. Además, en dicha memoria se concreta que el alcance de la protección adicional, en virtud del artículo 1, se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación: en el goce de todo derecho concedido al individuo por el derecho nacional; respecto a cualquier derecho derivado de obligaciones de las autoridades públicas en el derecho nacional; por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional; y en otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas¹⁵.

Estas disposiciones a las que ha recurrido el TEDH permiten asegurar el principio de igualdad y la cláusula de no discriminación a nivel jurisprudencial y también desde organismos de supervisión como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Como parte de su trabajo de monitoreo de cada país, la ECRI analiza la situación en cada uno de los Estados miembros y hace recomendaciones para abordar los problemas de racismo e intolerancia que identifica. Entre dichas recomendaciones la nº 7¹⁶ recoge expresamente la definición de racismo, así como la discriminación racial directa e indirecta, atendiendo a motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico en la línea de lo establecido en la ICERD.

En cuanto al ámbito comunitario la igualdad de trato y no discriminación constituye uno de los principios básicos de la Unión Europea y ha dado lugar al desarrollo significativo de disposiciones de derecho antidiscriminatorio. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea hace referencia a la no discriminación como un valor fundamental y a la lucha contra la discriminación como uno de sus objetivos. Además, el artículo 19 (antiguo artículo 13) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, habilitó al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la

¹⁵ Instrumento de ratificación del Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, BOE nº 64, de 14 de marzo de 2008, pp. 15299 a 15304.

¹⁶ ECRI, Recomendación nº 7 de Política General de la ECRI *sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial*, (2003) 8, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartados 1 (b) y (c). Enmendada 2017.

discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En la misma línea la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21 prohíbe toda discriminación en base a los motivos que enumera y recoge el derecho a la diversidad (artículo 22), la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23) y el derecho a la integración de las personas con discapacidad (artículo 26).

Desde esta fundamentación normativa, la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico constituye el instrumento más importante en la lucha contra este tipo de discriminación¹⁷. Resulta asimismo relevante en este contexto la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que tiene como objetivo la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los países de la UE referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo.

Desde diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que concede a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la misma validez jurídica que los tratados de la Unión Europea, se ha seguido reforzado la normativa encaminada a combatir la discriminación por los diferentes motivos que concreta el artículo 21. Así, por ejemplo, para la protección de las víctimas de discriminación es destacable la aprobación de la Directiva 2012/29/UE¹⁸ en la que se concretan normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y se reconoce expresamente la especial atención que debe prestarse a las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado con sus características personales.

La Directiva 2000/43/CE fue transpuesta por los Estados de diferentes maneras bien reproduciendo los propios términos de la directiva, como en el caso de Italia, Grecia y Chipre; bien adoptando una normativa que va más allá de lo exigido por la propia Directiva, como en Austria, Bélgica, Finlandia, Irlanda, Hungría y Países Bajos; o bien combinando la normativa sobre múltiples ámbitos discriminatorios con aquella que los aborda por separado, como es el caso de Dinamarca, Países Bajos y Suecia (Cormack and Bell, 2005, p. 13).

En España, no se aprovechó plenamente la oportunidad que la transposición de esta Directiva ofrecía, no se le prestó demasiada atención parlamentaria instando un debate que hubiera sido necesario, ni se consultaron a los agentes sociales

¹⁷ Directiva 2000/43/CE, de 29 de julio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico*. Junto a ella otras directivas configuran el corpus jurídico en relación al principio de igualdad, entre ellas: la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*; la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, *sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro*; la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*; Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, *por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental*; y la Directiva 2010/41, de 7 de julio de 2010, *sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma*.

¹⁸ Directiva 2012/29, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*. Junto a ella otras disposiciones son reseñables en la lucha contra la discriminación: Directiva 2011/36, de 5 abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*; y Directiva 2011/99, de 13 de diciembre de 2011, *sobre la orden europea de protección, reforzada por el Reglamento (UE) n° 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que garantiza el reconocimiento de dichas medidas en toda la Unión*.

(Cachón, 2004). Desde un punto de vista formal, la Ley 62/2003¹⁹ realizó la transposición de la Directiva 2000/43/CE, pero desde una perspectiva de mínimos. Se incorporaron las definiciones de discriminación, directa, indirecta y de acoso incluidas en la directiva de igualdad racial e igualdad en el empleo, señalando la posibilidad de adoptar medidas específicas a favor de ciertos colectivos destinados a prevenir o compensar sus desventajas para alcanzar la plena igualdad por razón de su origen racial o étnico. Para ello es necesario respetar el principio de proporcionalidad y el hecho de que los sujetos beneficiarios formen parte de un grupo históricamente discriminado.

En el ámbito de aplicación personal, la Directiva excluye expresamente su aplicación en relación a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad, siendo así respetuosa con las respectivas normativas nacionales al respecto. En esa línea, la legislación española de transposición incluye la misma cláusula de exclusión mencionada en la directiva europea, así mismo en la Disposición Adicional séptima de la Ley 62/2003 se indica que tales medidas antidiscriminatorias no afectan a la normativa de los extranjeros en España. En dicho ámbito procederá la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) con sus correspondientes reformas y su reglamento de desarrollo²⁰. Así, los artículos 23 y 24 de la LOEX contemplan el derecho a la igualdad estableciendo lo que se consideran actos discriminatorios y la aplicabilidad del procedimiento sumario para la tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales (artículo 53.2 de la Constitución). De esta manera, se consagra el principio de igualdad entre extranjeros y españoles, con las excepciones legalmente previstas, lo cual es llamativo ya que, como se analizará, una parte importante de las víctimas de discriminación racial son los nacionales de terceros países (Esteve, 2013, pp. 29-31).

Por otra parte, la Directiva 2000/43 establece la necesidad de que los Estados miembros constituyan organismos de promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico para, entre otras, realizar funciones de asistencia independiente a las víctimas de discriminación, estudios independientes y presentar informes formulando recomendaciones. De esta manera la discriminación racial o étnica adquiere un papel protagonista con un mecanismo propio de protección (Schiek, 2002, pp. 290-291).

3. Viejas y nuevas formas de discriminación racial o étnica

Como se ha señalado a la luz del marco jurídico internacional y europeo no cabe acudir a la raza o la etnia como motivo de diferenciación ni tampoco a la nacionalidad.

¹⁹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003.

²⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incluyendo las modificaciones introducidas por la ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE nº 307, de 23 de diciembre, corrección de errores en BOE nº 47, de 23 de febrero de 2001); por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE nº 234, de 30 de septiembre); por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre); por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE nº 299, de 12 de diciembre); por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio (BOE nº 180, de 28 de julio); por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE nº 98, de 24 de abril); por la sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional (BOE nº 49, de 26 de febrero); por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (BOE nº 155, de 29 de junio); por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77, de 31 de marzo), por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (BOE nº 119, de 19 de mayo); por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE nº 175, de 22 de julio) y por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto (BOE nº 214, de 4 de septiembre).

Sin embargo, la excepción vinculada a la extranjería, difícil de compatibilizar con la prohibición de discriminación, ha sido tradicionalmente, y sigue siendo en múltiples formas, un escenario de continuas discriminaciones que tensionan el objetivo de la igualdad racial sustancial.

3.1. La diferencia vinculada a la extranjería

En la base de los actuales movimientos antinmigración, que se definen por considerar al extranjero como una permanente amenaza, persiste, en primer lugar, la raíz del tradicional racismo que quería considerarse superado en Europa. La diferencia vinculada a la extranjería que se traslada al ámbito normativo es difícilmente compatible con la prohibición de discriminación. Como advierte Bobbio (2010, pp. 211-212) ese racismo no parte solo de considerar al otro como diferente, sino que por tal hecho se le visibiliza como inferior y, por tanto, objeto de dominio. El racismo no conlleva únicamente el considerar que existe una pluralidad de razas, aún sabiendo que es falso, sino que se establece su jerarquía de tal forma que existen razas superiores e inferiores, así surge la pretensión de dominar en quien se cree superior. En esa relación el superior se atribuye el deber de ayudar al inferior, mejorarlo, como forma de redimirlo de su inferioridad. En el contexto democrático, de acuerdo con las disposiciones internacionales de derecho antidiscriminatorio, encontrar respuestas equitativas exige superar prejuicios que impiden, como el mencionado autor apunta considerar que todo ser humano sea igual al otro y, a la vez, que todo ser humano sea diferente al otro.

Junto a ese racismo más detectable prolifera también, al arrimo de los movimientos antiinmigración, la xenofobia. Uno de los ejes básicos del discurso xenófobo es la defensa de la identidad nacional y cultural vinculada ahora además al nacionalismo y al euroescepticismo. Se trata de una xenofobia que siempre ha estado latente en las políticas de inmigración de la Unión Europea, como se evidencia claramente en el acceso al mercado de trabajo y en el disfrute de otros derechos, basada en un discurso de la prioridad de los nacionales y los europeos. La aceptación de posturas xenófobas se relaciona con el manifiesto rechazo al racismo y el hecho de que ese odio al extranjero, en ocasiones, sea más disimulado y sutil.

Ese mensaje de repulsa al extranjero conecta con el tercer elemento del que se aprovechan los movimientos antiinmigración para invisibilizar a los inmigrantes en su diversidad, ahondando en todos los estereotipos, mitos y fobotipos vinculados a la movilidad humana. Esta idea es tan simple, ante situaciones extremadamente complejas, que se difunde rápidamente y entonces proliferan las soluciones fáciles, dicotómicas y falaces que reconducen al lema persistente de «nosotros o los otros». Como recuerda Tejada (2013, p. 13) la manipulación que se realiza de los sentimientos de indignación y temor que los ciudadanos sienten ante una situación de crisis económica y social, facilita la aceptación de estas propuestas populistas, que no siempre se identifican como posturas extremistas, racistas y radicales, sino que en ocasiones surgen como una reacción de defensa y lucha ante los abusos o la ineficacia (Cea D'Ancona, 2015). En ese sentido, como apunta la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en el informe sobre la cuestión de la discriminación racial en el contexto de las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la ciudadanía, la nacionalidad y la inmigración²¹, persisten dos argumentos recurrentes que se vinculan a la extranjería y son utilizados para justificar tratos diferenciales que

²¹ Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/52, op. cit., párrs. 60 a 65

constituyen verdaderas discriminaciones por razón de la nacionalidad: por una parte, el vínculo con la crisis económica, y por otra, con la seguridad.

En cuanto a la primera cuestión, desde Naciones Unidas se ha acreditado la relación existente entre crisis económica, medidas de austeridad, mayor desigualdad y discriminación. Así, es patente «la relación directa entre el aumento de la disparidad económica y el crecimiento de los partidos populistas y xenófobos»²², siendo los migrantes, los refugiados y otros no nacionales considerados, a menudo, como el chivo expiatorio al que se hace responsable de esa situación de recesión del orden neoliberal cuando en realidad, como los autóctonos, son víctimas de ella. La creencia en la idea de la competencia en el empleo que se considera que la inmigración supone, nace en buena medida de imaginarios colectivos interesadamente creados y del profundo desconocimiento del funcionamiento de los mecanismos normativos que se aplican en este ámbito. La mezcla de confusión en la información y la necesidad de buscar un chivo expiatorio en situaciones preocupantes, como la de crisis económica, han contribuido a fomentar y propagar estereotipos que son falsos.

Los discursos sobre la inmigración, vista como creciente problema no son nuevos y han servido para justificar un trato diferente a nivel jurídico que bordea muchas veces los supuestos de discriminación, así por, ejemplo el caso español es significativo en el hecho de que haya tenido que ser la jurisprudencia quién haya revisado al alza los derechos de los extranjeros considerando, en más de una ocasión, partes de la normativa como inconstitucionales (Solanes, 2018). Además, estos discursos van acompañados de rumores y tópicos (Gracia y Jiménez, 2016), vinculados al mercado laboral o a su nula voluntad de integración entre otros, y evolucionan hacia distintas formas de miedo.

Hasta tal punto se ha interiorizado ya como «normal y común» esa visión utilitarista del extranjero, que ya ni siquiera se plantea la desigualdad que a ella subyace, si no que incluso se sobredimensiona hasta el mínimo reconocimiento de derechos al extranjero si es visto como una amenaza para el autóctono. Como apunta De Lucas (2012, p. 40) la visión instrumental del extranjero refuerza la idea de que el contrato de extranjería (en cuanto estatuto jurídico o conjunto de derechos y deberes que al inmigrante le corresponde) es ajeno al contrato de ciudadanía. Esa permanencia estructural de los criterios de acceso conlleva una visión limitada de la inclusión del inmigrante que ahonda en su vulnerabilidad. Es cierto que existen múltiples formas y escalas en el reconocimiento de un estatuto jurídico a los extranjeros (relacionadas también con el tipo de residencia de larga duración o meramente temporal), pero los más acordes a los planteamientos de justicia social, pasan por un reconocimiento de derechos, claramente en el ámbito laboral (Carens, 2013, pp. 88-128).

Frente a los planteamientos que consideran a los inmigrantes como una carga económica, el Relator Especial sobre los derechos humanos enfatiza que «se ha determinado que la inmigración tiene un impacto mínimo sobre el desempleo de los residentes y un efecto positivo general en la generación de empleo y la inversión»²³. En la ya mencionada Conferencia de Durban, se insiste en que las políticas relativas a la migración no deberían basarse en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia

²² Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, elaborado en cumplimiento de la resolución 34/35 del Consejo de Derechos Humanos*, A/HRC/35/41, de 9 de mayo de 2017, párr. 48.

²³ Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, presentado de conformidad con la resolución 68/179 de la Asamblea*. A/69/302, de 11 de agosto de 2014, párrs. 20, 25 y 98.

y las formas conexas de intolerancia (párr. 12), aunque se sigue propagando de forma estratégica, para los intereses de determinados sectores, ese relato económico inexacto sobre los no nacionales pertenecientes a determinados grupos étnicos, razas y religiones.

Por otra parte, la constante preocupación por la seguridad nacional y las amenazas terroristas, han llevado a prácticas que suponen una discriminación racial por motivos de nacionalidad o situación migratoria. Un buen ejemplo de ello son las constantes vulneraciones de derechos en las fronteras (Solanes, 2016) y muy especialmente en la frontera sur española con prácticas tan cuestionadas desde el punto de vista legal y social como las denominadas «devoluciones en caliente» (Solanes, 2017). Esa tendencia queda contrastada en las prácticas ilegales ampliamente documentadas en los informes temáticos del Relator Especial²⁴.

En el último de ellos, el de 2018, se llama la atención sobre dos formas de discriminación conexas a este eje securitario: el límite en el acceso y disfrute de la ciudadanía y la nacionalidad; y la difusión de información falsa en la que se describe a ciertos grupos raciales, nacionales y religiosos como amenazas intrínsecas a la seguridad nacional. El recurso a argumentos vinculados a la seguridad nacional y a la lucha contra el terrorismo es constante para privar o dificultar el acceso a la ciudadanía o la nacionalidad sin que, obviamente, los Estados reconozcan que se trata expresamente de una situación de discriminación por motivos de raza u origen étnico o nacional en los procesos de privación de la ciudadanía. En ese sentido, tiene razón el mencionado informe cuando señala que ese tipo de políticas tienen un efecto desproporcionado en los grupos raciales, nacionales y religiosos marginados, es más, la discriminación racial sigue siendo un efecto previsible de una política de seguridad nacional que no se acaba de adaptar a unos objetivos legítimos²⁵.

En las permanentes dificultades para el acceso a la ciudadanía y la nacionalidad se asiste a un proceso de consideración de las personas inmigrantes al margen de la legalidad que crea las condiciones, por ejemplo, para la racialización del trabajo y de la ciudadanía (Mezzadra y Nielson, 2014, pp. 13-14). Con el tiempo se consolidan categorías diferentes con distintos estatutos jurídicos. Así encontramos, en primer lugar, una especie de ciudadano informal, que puede residir durante largos períodos de tiempo en una comunidad, demostrando una buena conducta, potenciando una interacción con la población autóctona y que sería el beneficiario de las amnistías que le permitirían regularizar su situación, de tal manera que se estarían construyendo estrategias para legitimar determinadas formas de pertenencia informales o extraestatales. En segundo lugar, estarían los autorizados no reconocidos, fuera de la extranjería, que englobaría a los ciudadanos de pleno derecho que no son reconocidos como tales, por ejemplo, aquellos que pertenecen a una minoría y sufren discriminación por cualquier motivo (Sassen, 2010, pp. 370-374).

Las amenazas vinculadas a la seguridad se utilizan también para crear una imagen desvirtuada de determinados grupos raciales, nacionales y religiosos. Es aquí donde encuentran su encaje las prácticas policiales vinculadas al perfil racial o étnico.

²⁴ Vid. Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/35/41, op. cit., párrs. 48 a 75; y Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y aplicación y seguimiento generales de la Declaración y el Programa de Acción de Durban*, preparado de conformidad con la resolución 71/181 de la Asamblea General, A/72/287, de 4 de agosto de 2017, párrs. 11 a 45.

²⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/38/52, op. cit., párrs. 56 a 58.

Dicho perfil hace referencia al uso de generalizaciones basadas en la etnia, la raza, el origen nacional o la religión, en lugar de atender a pruebas objetivas o al comportamiento individual, para aplicar las disposiciones normativas o realizar investigaciones sobre personas que se consideran sospechosas por esos motivos (García Añón, 2013, p. 286). Este perfil supone utilizar estereotipos étnicos o raciales que dirigen, por ejemplo, los actos de las fuerzas y cuerpos de seguridad concretándose en prácticas como los chequeos de identidad desproporcionados y arbitrarios, las paradas y cacheos de miembros de grupos étnicos minoritarios y un incremento en el patrullaje en barrios de minorías étnicas (Esteve, 2019, p. 135). Como veremos este tipo de actuaciones se constatan en los casos que llegan al TEDH y el TJUE.

Por otra parte, junto a esa idea de amenaza permanente que suponen los grupos raciales o étnicos estereotipados, las estrategias de desinformación y confusión incentivan de manera expresa las preocupaciones de las poblaciones nacionales respecto a la seguridad, y contribuyen de modo determinante a estigmatizar a determinados grupos étnicos, nacionales y religiosos, haciéndolos más vulnerables a la violencia racista y xenófoba. La sensación de peligro se propaga rápidamente también, como veremos a continuación, con ideas de naturaleza etnonacionalista.

3.2. La amenaza del populismo nacionalista

Sin entrar en la disputa que genera el concepto de populismo²⁶ puede abordarse la amenaza que este supone a partir de los diferentes informes de Naciones Unidas que lo vinculan al aumento de la discriminación. Conviene, en todo caso, para saber a qué se hace referencia cuando se habla de populismo, establecer unos rasgos que pueden considerarse el mínimo común denominador. Siguiendo a Vallespín y Bascuñán (2017, pp. 55-57) es posible establecer un decálogo, unos rasgos comunes que permiten identificarlo, entre ellos, los siguientes: el populismo no es una ideología sino una lógica de acción política; responde a procesos de brusco cambio social; frente a él se reacciona, mediante una descripción con tintes dramáticos, insistiendo en la necesidad de revertir la situación; apela como concepto central a la noción de pueblo; se articula a través de una polarización, como la de nosotros y los otros, buscando un antagonista; reniega de la visión pluralista de la sociedad; apela a la emocionalidad; recurre a un discurso simplificador tanto del concepto de pueblo como del de enemigo; propicia una guerra de representaciones con quienes compiten con este tipo de movimientos para explicar la realidad; y finalmente, pone en cuestión la tradicional comprensión de la democracia liberal siendo fundamental el papel que desempeña el «líder». De estos rasgos, esquemáticamente enunciados, interesa ahora, especialmente en su conexión con la discriminación, el hecho de que el populismo pueda concebirse como lógica de acción política que potencia la creación de un antagonista, es decir, que insiste en la polarización de la sociedad en el binomio schmittiano amigo-enemigo de tal manera que crea, favorece y potencia el contexto idóneo para la exclusión racial.

²⁶ No se aborda la discusión doctrinal sobre dicha noción ni los múltiples significados que el populismo puede adquirir en dimensiones geográficas diferentes siendo, por ejemplo, un movimiento de izquierda en el ámbito latinoamericano, como apunta el trabajo de Laclau y Mouffe (1987) y de derecha o extrema derecha vinculado a posiciones xenófobas en el contexto europeo, puesto que excede las posibilidades de este trabajo que se centra en la conexión entre dicho fenómeno, desde la dimensión nacionalista, y las políticas que generan desigualdad y exclusión. Sobre las diferentes variedades de populismos, en concreto, a propósito del populismo en Estados Unidos, Francia, España, Hungría, Polonia, Holanda, Dinamarca, Suiza y Austria, vid. Vallespín y Bascuñán (2017, pp. 189-258).

En ese sentido el populismo supone un esfuerzo por construir comunidad a partir de diferencias y conflictos que se presentan como inconmensurables, así actúa como una lógica política que, como mantiene Laclau (2005, p. 150) «permite la institucionalización de lo social» en un juego de maniobras discursivas y ambivalencias en la que crear pueblo exige la producción discursiva de «significantes *tendencialmente* vacíos» (Laclau, 2009, p. 60) como se evidencia en los diferentes partidos y movimientos populistas. En ese contexto, en palabras de Mouffe (2007, pp. 57-59) la política liberal acaba siendo una mera forma de administración, una técnica de gobierno, mientras que «lo» político insiste en el mencionado antagonismo, o como lo denomina esta autora en el «agonismo» que contrapone los dos polos en las democracias contemporáneas.

En el informe de la Relatora Especial centrado en el populismo nacionalista²⁷ se evidencia que la ascendencia de las ideologías y estrategias populistas nacionalistas supone una amenaza significativa para la igualdad racial, ya que fomenta la discriminación y la intolerancia y la creación de instituciones y estructuras que dejarán legados perdurables de exclusión racial. Desde el actual populismo nacionalista, con algunos partidos y organizaciones, se promueven prácticas y políticas excluyentes o represivas que perjudican a individuos o grupos por su raza, etnia, origen nacional y religión, en combinación con el género, la orientación sexual, la discapacidad, la condición migratoria u otras categorías sociales conexas. Además de apuntar a los extranjeros y las minorías como objetivos de sus ataques, en la actualidad estas prácticas adoptan formas especialmente virulentas y difíciles de perseguir cuando se realizan desde la opacidad que ofrecen las redes.

Como apunta Triadafilopoulos (2011, pp. 861-880) la retórica liberal no debe enmascarar lo que son, en el fondo, este tipo de movimientos excluyentes, por lo cual es imprescindible analizar cuidadosamente la fuente de las propuestas de estas políticas y sus posibles efectos, ya que, el apoyo que reciben estas ideas no se limita a los miembros de partidos y movimientos de extrema derecha. Tiene razón Kymlicka (2016, pp. 158-177) cuando señala que en esta era del populismo las propuestas multiculturales alimentan argumentos y sentimientos antiinmigrantes, incluso opiniones radicales sobre la integración cívica nacional, clasificando los deberes como una condición *sine qua non* de los derechos. Se evidencia así esa separación entre intereses y moralidad que tan bien ilustra Carens (2013, p. 233) al señalar que la política de asilo y refugio constituye una de esas áreas en las que la brecha entre lo que la moralidad requiere y para lo que sirve, incluso a largo plazo, es muy grande. El verdadero problema es que «la admisión de los refugiados no sirve realmente a los intereses de los ricos estados democráticos». Exactamente lo mismo ocurre a propósito de la igualdad racial o étnica, por eso, es imprescindible buscar alternativas que permitan reducir también los alicientes para emplear técnicas de exclusión, buscando «una mejor alineación de los intereses y la moralidad».

Para combatir el fenómeno del actual populismo nacionalista que puede desembocar en el discurso del odio, y también las formas novedosas que adopta en conexión, como se analizará, con el uso contemporáneo de la tecnología digital en la propagación de la intolerancia neonazi y formas conexas de intolerancia, es necesario una mínima precisión conceptual. El populismo puede considerarse como una forma de discurso o retórica, una estrategia política o un tipo de lógica política que se alinea con la exclusión. En síntesis, en sus formas más peligrosas, el populismo adopta una visión monolítica y excluyente de quién entra en la categoría de «pueblo», en la misma dinámica que se ha señalado al distinguir entre «nosotros» y los «otros», pero en su dimensión más restrictiva, y así se convierte en un potente mecanismo de

²⁷ Vid. Naciones Unidas, Asamblea General, A/73/305, op. cit., párr. 6.

discriminación. De ahí que para entender las peligrosas movilizaciones populistas desde la perspectiva de los derechos humanos sea fundamental tener en cuenta que tienden a ser no solo antielitistas, sino también antipluralistas, como se explica con más detalle más adelante²⁸.

Incluso en aquellos escenarios en los que difícilmente era imaginable que encontrara cabida este tipo de discurso, por su tradición, el populismo se ha asentado. Un buen ejemplo, en el ámbito europeo, de la importancia de la ideología del populismo nacionalista con un significativo discurso antiinmigración, que ven en la diversidad cultural un problema, es el de Estados como Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. Como recuerda Ahedo (2017) Dinamarca fue uno de los primeros países en endurecer sus políticas de extranjería, llegando a uno de los mayores niveles de restricción en la Unión; Suecia ha mantenido con dificultades su tradición humanitaria y de multiculturalidad; y Noruega ha evolucionado de un modelo multicultural de inspiración sueca a seguir el esquema danés cada vez más restrictivo. El aumento de la diversidad se ha interpretado desde una perspectiva neoliberal y neonacionalista, provocando conflictos ideológicos y políticos que se han asociado a la inmigración. En estos países, ese discurso contra la inmigración, como en todo el entorno de la Unión, se ha concretado en la denominada crisis de refugiados desde 2015 en un mayor control de las fronteras y un endurecimiento en las solicitudes y las condiciones de los refugiados, lo cual ha fortalecido el discurso y desarrollo de partidos antiinmigración y populistas, ligados en buena medida a los partidos de centro-derecha, y con propuestas que encajan dentro de lo que puede considerarse el neonacionalismo. Así, por ejemplo, señala Bergmann (2017) tras la fachada social liberal de los Estados nórdicos económicamente exitosos y orientados al bienestar, el populismo de derecha ha encontrado un apoyo. Los partidos que propugnan una política populista nacionalista surgieron primero en Dinamarca y Noruega en la década de 1970, y más tarde se han extendido en Suecia y Finlandia, y en Islandia a raíz de la crisis financiera de 2008. Con mayor o menor éxito, según el momento, esos movimientos populistas y nacionalistas se han ido fortaleciendo progresivamente en el contexto nórdico.

Otros Estados como Francia, Reino Unido y los Países Bajos, como apuntan Simon y Beaujeu (2018, pp. 40-41), comparten características comunes en cuanto avanzar hacia el fomento de la identidad nacional, los valores compartidos y la integración cívica en lugar de apostar por políticas de igualdad de base etno-racial. En ellos, distintos paradigmas coexisten y se contradicen muy a menudo: la antidiscriminación y lo que estos autores denominan la «integración dura» en Francia marcada por la igualdad y la laicidad obligatoria que son conflictivas; la antidiscriminación y la cohesión comunitaria en el Reino Unido; y la asimilación y los retos de políticas multiculturales y antidiscriminatorias en los Países Bajos. Más que una pluralidad de paradigmas en estos casos asistimos a una lucha entre las fuerzas que intentan imponer su propia agenda a las sociedades multiculturales. En este contexto los partidos populistas no están lejos del poder.

Como acertadamente recuerda la Relatora Especial quizás la consecuencia más visible que ha tenido el resurgimiento del populismo nacionalista en la igualdad racial ha sido la escalada de incidentes de violencia, crímenes y discursos racistas y xenófobos en todo el mundo, incitando a nuevas y variadas formas del discurso del odio²⁹. Se dan así diversas prácticas en las que concurren los elementos para identificar el discurso del odio que señala Parekh (2005, pp. 433-438) se dirige contra un determinado grupo de personas, delimitándolo de forma precisa; establecido el

²⁸ Vid. Naciones Unidas, Asamblea General, A/73/305, op. cit., párr. 8.

²⁹ Vid. Naciones Unidas, Asamblea General, A/73/305, op. cit., párrs. 17-24.

objetivo del discurso, el sujeto estigmatiza a dicho colectivo asignándole algunos estereotipos indignos; y se considera que, por todas esas características, dicho grupo no puede integrarse en la sociedad con normalidad, de modo que se les aísla y menosprecia, tratándolos con aversión y hostilidad.

En todo caso, como señala Waldron (2012, pp. 37-38) puede ser que el concepto de discurso del odio resulte demasiado impreciso puesto que la referencia al término «odio» podría sugerir que lo que es objeto de reproche es el sentimiento de animadversión que se expresa hacia los miembros de un grupo minoritario. En realidad, lo significativo son los efectos perversos que tal discurso tiene en la configuración de una sociedad democrática y en la dignidad de los individuos que integran las colectividades contra las que se dirige. Ese es el rasgo que define el discurso del odio: su capacidad para atentar contra la dignidad humana.

Las disposiciones normativas internacionales ya analizadas ofrecen los mecanismos que permiten combatir dicho discurso. Así, por ejemplo, el artículo 4 ICERD, el 19 PIDCP y la recomendación general nº 35 del CERD, y en el marco europeo disposiciones como la mencionada Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo³⁰, posibilitan una supervisión y una sanción del discurso del odio que, para que sea eficaz, exige la adopción de los marcos legislativos nacionales necesarios y la garantía de su debida aplicación.

La necesaria vigilancia sobre el impacto que la ideología del populismo nacionalista puede tener como amenaza para la igualdad racial o étnica, debe extenderse también al uso contemporáneo de la tecnología digital en la propagación de ideología neonazi y formas conexas de intolerancia. Como mantiene la Relatora Especial las tendencias y manifestaciones recientes de glorificación del nazismo, el neonazismo y otras prácticas contribuyen a exacerbar las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Es fundamental insistir en la obligación de los Estados, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, de contrarrestar esas ideologías extremas en Internet, pero también poner en evidencia las responsabilidades de las empresas de tecnología³¹. Como el sector privado va a seguir desempeñando en el futuro un papel fundamental en la lucha contra la intolerancia en Internet, los Estados deben trabajar en colaboración con él. Las empresas de tecnología son responsables de invertir los recursos necesarios para garantizar que sus códigos de conducta y prácticas efectivas reflejen su compromiso con la igualdad racial, y con un concepto del derecho a la libertad de expresión que se ajuste a los principios y el derecho internacional de los derechos humanos. Es en ese punto en el que se cruza la acción privada de las empresas, la necesidad de activar su responsabilidad social y el respeto a los derechos humanos, en el caso concreto que nos ocupa para garantizar la igualdad racial y étnica.

Las empresas de tecnología no solo deben comprometerse para combatir el discurso de odio racista, como indica el artículo 4 ICERD, si no que además deben

³⁰ Vid. European Parliament, Directorate General for Internal Policies, *The European Legal Framework on Hate Speech, Blasphemy and Its Interaction with Freedom of Expression*, Brussels, European Union, 2015. En el caso concreto español, con la reforma del Código Penal de 2015 se fortalecen los delitos motivados por el odio y la motivación racista se considera una circunstancia agravante, realizando así la transposición de dicha Decisión Marco (Esteve, 2019, pp. 126-128).

³¹ Vid. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 72/156 de la Asamblea, presentado de conformidad con la resolución 68/179 de la Asamblea, sobre el uso contemporáneo de la tecnología digital en la propagación de intolerancia neonazi y formas conexas de intolerancia*, A/73/312, de 7 de agosto de 2018, párrs. 49 a 51.

alinearse con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en la concreción de los objetivos de proteger, respetar y remediar (Solanes, 2016); y con el marco de regulación de contenido sugerido por el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión³². Tiene razón dicho Relator cuando señala que las empresas de Internet se han convertido en plataformas fundamentales para el debate, el acceso a la información, el comercio y el desarrollo humano. Sin embargo, a pesar de ese papel decisivo, pocas de las empresas tienen en cuenta los principios de derechos humanos en sus operaciones y prácticas, de ahí la importancia de insistir en el cumplimiento de los mencionados Principios Rectores (Márquez, 2015). Aunque estos no sean expresamente vinculantes, conectan con otros instrumentos de derechos humanos que sí lo son e invitan a que las empresas los adopten a través de la responsabilidad social corporativa. Dicha responsabilidad comporta, entre otras muchas cuestiones, una producción y un consumo responsable en el sentido amplio al que se refiere también la Agenda 2030 y la implementación de los ODS que en concreto recoge la igualdad de género (ODS 5) y la reducción de las desigualdades (ODS 10) que permiten combatir todo tipo de discriminaciones (Villavicencio, 2018).

4. Protección frente a la discriminación

Sin ánimo de realizar un estudio detallado y exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación a la discriminación racial o étnica, una aproximación a algunos de los asuntos más relevantes en ambas Cortes evidencia el significativo papel de ambas en aras de garantizar una igualdad formal y material³³. En el conjunto de sentencias de dichos tribunales, y en las resoluciones emblemáticas, se toman progresivamente en consideración las diferentes causas a las que hemos visto que aluden los instrumentos internacionales de referencia para evitar dicha discriminación, sin embargo, no se ha incorporado, suficientemente todavía, la necesaria interpretación de carácter interseccional.

4.1. La importancia de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE

En primer lugar, por lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH, como recuerda Rey (2012, pp. 293 y 317), hasta el año 2000 dicha jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación del artículo 14 se puede sintetizar en tres aspectos: la discriminación como diferencia jurídica de trato no razonable³⁴, la aplicación amplia y generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación y la función complementaria y subsidiaria del artículo 14. Uno de los problemas de la cláusula que contempla el mencionado precepto es que no distingue entre el concepto general de igualdad concebida como razonabilidad jurídica del trato diferente, de la prohibición de

³² Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, de conformidad con la resolución 34/18 del Consejo, sobre la cuestión de la regulación del contenido en línea generado por los usuarios*, A/HRC/38/35, de 6 de abril de 2018, párrs. 9 y 10.

³³ No se aborda la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sobre esta cuestión porque en realidad este Tribunal no ha incidido en las oportunidades que ofrece la ICERD, ni siquiera en el caso más significativo al respecto en la demanda por *el Gobierno de Georgia c. la Federación de Rusia* el 12 de agosto de 2008. Vid. CIJ, *Application Instituting Proceedings, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, 12 August 2008 y Lucak (2012).

³⁴ Sobre esta cuestión es fundamental el caso *Thlimmenos c. Grecia*, nº 34369/97, de 6 de abril de 2000, en el que el TEDH entiende que existe de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas, la denominada discriminación por indiferenciación. Vid. Cobreros (2007) y Solanes (2017).

discriminación por motivos como la raza, ante los cuales no basta con el criterio de la razonabilidad, sino que, como acertadamente mantiene el mencionado autor, el juicio debería ser más exigente incorporando criterios como la proporcionalidad o el escrutinio estricto, solo así puede perfilarse la distinción entre la discriminación en sentido amplio y en sentido estricto. En la jurisprudencia del TEDH sobre discriminación racial, constituyen un punto de inflexión dos sentencias: *Nachova y otros c. Bulgaria*, y *D.H. y otros c. República Checa*. A partir de estos referentes el Tribunal comienza a incorporar, lentamente y de forma discontinua, las categorías del derecho antidiscriminatorio procedentes de otros contextos en las que estas han sido más consolidadas, como el derecho anglosajón, las cuales también se han ido incorporando progresivamente al ordenamiento comunitario.

Como precedente de ambos asuntos, una referencia imprescindible en la jurisprudencia del TEDH en materia de discriminación es el caso *Anguelova c. Bulgaria*³⁵, en el que se alegaron móviles racistas asociados a la muerte de personas gitanas en dependencias policiales. El estricto estándar de prueba exigido hizo que el Tribunal no considerara que había existido discriminación racial, sin que resultara así de aplicación el artículo 14 CEDH, aunque sí se consideró que hubo vulneración del artículo 2 CEDH, relativo a la protección del derecho a la vida. El excelente voto particular del magistrado Bonello marcará el camino de la nueva jurisprudencia del TEDH. Dicho magistrado insistió en que no se podía diseñar una herramienta más efectiva para asegurar que la protección contra la discriminación racial sea ilusoria e inoperante, que exigir a una víctima un estándar de prueba que, en otras disputas de derecho civil, no se requiere. Además, señaló que debía invertirse la carga de la prueba, así cuando un miembro de un grupo minoritario desfavorecido sufriera daños en un entorno donde las tensiones raciales son altas la carga de probar que no ha habido discriminación correspondería a las autoridades nacionales.

En el asunto *Nachova y otros c. Bulgaria*³⁶ se presentó un caso de violencia contra la minoría gitana. Dos jóvenes de origen romaní, fueron encarcelados, huyeron de la prisión, se refugiaron en el domicilio de un familiar y al intentar escapar fueron abatidos por la policía que profirió insultos racistas. Los familiares de las víctimas como demandantes invocaron la violación de los artículos 2 y 14 del CEDH. La Gran Sala relacionó ambos preceptos y los consideró vulnerados, entendiendo que el Estado está obligado a llevar a cabo una investigación efectiva en los casos de privación de la vida en que se alegue prejuicio racista. Las autoridades deben adoptar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier tipo de motivación racista cuando los funcionarios utilizan la fuerza. Por tanto, corresponde al Estado la carga de la prueba para demostrar la inexistencia de motivos discriminatorios por parte de los agentes. Este estándar de especial protección ha sido reiterado por la jurisprudencia posterior³⁷.

Sin embargo, conviene recordar que esa misma jurisprudencia ha tenido algunas vacilaciones. Así, por ejemplo, en el caso *Carabulea*³⁸ en el que una persona gitana falleció en dependencias policiales, el TEDH no entró a considerar si existía violencia racial dentro del marco de la prohibición del artículo 14 CEDH. De nuevo en este caso, como en los asuntos *Anguelova* son los dos interesantes votos particulares los que ponen en evidencia la necesidad de tomar en consideración la motivación

³⁵ TEDH, *Anguelova c. Bulgaria*, nº 38361/97, de 13 de junio de 2002.

³⁶ TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, nº 43577/98 y 43579/98, de 6 de julio de 2005.

³⁷ Así, por ejemplo, la doctrina *Nachova* es reiterada por el TEDH en casos semejantes posteriores, entre ellos: *Bekos y Koutropoulos c. Grecia*, nº 15250/02, de 13 de diciembre de 2005; *Ognyanova y Chocan c. Bulgaria*, nº 46317/99, de 23 de febrero de 2006 y *Stoica c. Rumanía*, nº 42722/02, de 4 de marzo de 2008.

³⁸ TEDH, *Carabulea c. Rumanía*, nº 45661/99, de 13 de julio de 2010.

racista apelando al precedente *Nachova* e insistiendo en la necesidad de que en el caso de violencia policial se analice la posible concurrencia de un móvil racista.

El segundo de los asuntos emblemáticos en materia de discriminación racial es el caso *D.H. y otros contra República Checa*³⁹ en el que el TEDH apreció discriminación indirecta, contribuyendo a perfilar este concepto, en esta ocasión por motivos étnicos o raciales. En este supuesto la política educativa del Estado segregaba a la población infantil gitana o romaní en escuelas especiales, lo cual en opinión del Tribunal supone una violación del artículo 14 CEDH. Los recurrentes argumentaron, además, que la diferencia de trato no estaba justificada, suponía un trato degradante y les privaba del derecho a la instrucción (Añón, 2015). Es especialmente relevante en este caso la prueba basada en los datos estadísticos que, por comparación, permiten evidenciar la discriminación indirecta. Los votos disidentes criticaron que el Tribunal llevase a cabo una valoración del contexto social checo respecto a la posición de los gitanos. Asimismo, se invierte la carga de la prueba, que recae sobre el Estado demandado⁴⁰. En aplicación de los criterios de esta resolución, la Gran Sala del Tribunal apreció también discriminación indirecta en el caso *Orsus y otros c. Croacia*⁴¹. No se trata de supuestos idénticos, puesto que, en esta ocasión los niños gitanos croatas no se ubicaron en colegios especiales, sino que se incorporaron a clases específicas por motivos lingüísticos (no hablaban croata, ya que, su lengua era el romaní), no raciales. A medida que iban aprendiendo croata eran trasladados a otras clases, obteniendo el mismo título. Además, el Tribunal insiste en la diferencia con el mencionado caso *D.H. y otros*, así como con otros como el caso *Sampani y otros c. Grecia*, recordando que la discriminación indirecta puede ser probada sin ayuda de estadísticas, siempre que los hechos muestren que la práctica en cuestión tiene un efecto negativo, no justificable. El TEDH dio un giro a la sentencia de la sección primera de 17 de julio de 2008 y la Gran Sala entendió que las autoridades croatas no habían adoptado suficientes garantías para satisfacer las necesidades especiales de esta minoría como grupo desaventajado. La separación de los demandantes en clases especiales de gitanos en su educación primaria no había sido justificada, violando así el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo nº 1 (Solanes, 2017, p. 314).

Estas sentencias reflejan que los dos ámbitos de especial protección frente a la discriminación racial o étnica, son las agresiones racistas por parte de los agentes de la autoridad y el ejercicio del derecho a la educación. Aún así, son también reseñables otros aspectos que el TEDH ha tomado en consideración para apreciar dicha discriminación⁴².

Las resoluciones más recientes han afianzado esa jurisprudencia garantista que permite combatir los estereotipos socialmente arraigados, por ejemplo, en el caso de la comunidad gitana. Así, en el asunto *Lingurar c. Rumanía*⁴³, una familia romaní de nacionalidad rumana fue víctima de una redada por parte de 85 agentes de policía en una comunidad gitana en Rumanía. Los agentes irrumpieron en su casa, les golpearon y se llevaron a dos personas para interrogarlas en comisaría, poniéndolas

³⁹ TEDH, *D.H. y otros c. la República Checa*, nº 57325/00, de 13 de noviembre de 2007.

⁴⁰ Esta sentencia constituye un punto de referencia en la jurisprudencia desarrollada posteriormente sobre segregación en la escuela por motivos racistas, por ejemplo, en asuntos como TEDH, *Sampani y otros c. Grecia*, de 5 de junio de 2008, nº 32526/05; y TEDH, *Horvath y Kiss c. Hungría*, nº 11146/11, de 29 de enero de 2013.

⁴¹ TEDH, *Orsus y otros c. Croacia*, nº 15766, de 16 de marzo de 2010.

⁴² Entre ellos, además de los dos mencionados vid. asunto *V.C. c. Eslovaquia*, nº 18968/07, de 8 de noviembre de 2011, sobre esterilización de mujeres romaníes sin consentimiento informado. Vid. Casado (2013) y Rey (2012).

⁴³ TEDH, *Lingurar c. Rumanía*, nº 48474/14, de 16 de abril de 2019.

en libertad al día siguiente tras acusarlas de cortar madera ilegalmente. La familia denunció los hechos y la investigación concluyó que las heridas de los hombres fueron causadas como consecuencia de su resistencia a la autoridad, mientras que las de las mujeres podían ser debidas a un «comportamiento específico de los gitanos», refiriéndose a conductas autolesivas. El fiscal señaló que la mayoría de las personas de esa comunidad gitana eran conocidas por actuar en contra de la ley y ser agresivas con la policía. En este escenario las autoridades judiciales rumanas estimaron que no hubo uso de fuerza excesivo por parte de la policía y negaron la existencia de una práctica sistemática de ataques policiales contra dicha comunidad.

El TEDH, atendiendo al artículo 3 CEDH, consideró que las heridas que se certificaban en los informes médicos evidenciaban que se había alcanzado el mínimo nivel de severidad requerido para determinar una violación de dicho precepto. En cuanto a la vulneración del artículo 14 CEDH, el Tribunal tomó en consideración que el plan de intervención de la policía, anterior a la redada, aludía de forma expresa a la comunidad gitana como objetivo y mencionaba el supuesto comportamiento antisocial y la alta tasa de criminalidad de las personas romanís. Además, también apreció la mencionada referencia del fiscal, durante la investigación a lo que consideraba el «comportamiento específico de los gitanos» para acusar a las mujeres y defender la redada en base a los problemas generados por la comunidad gitana y su comportamiento criminal⁴⁴.

Un aspecto fundamental de este caso es que el TEDH utiliza la expresión «racismo institucional», sentando así un importante precedente. En este caso es evidente que la actuación de la policía seguía un perfil étnico, en la línea que se señalaba anteriormente. En opinión del Tribunal, en situaciones como la analizada en las que hay evidencia de patrones de violencia y la intolerancia contra una minoría étnica, las obligaciones que incumben a los Estados miembros exigen un estándar más alto de respuesta a supuestos incidentes motivados por prejuicios. A partir de las pruebas presentadas, el Tribunal entiende que en el Estado en cuestión las comunidades romaníes se enfrentan a menudo al «racismo institucional» y son propensas a un uso excesivo de la fuerza por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. En este contexto, el mero hecho de que los estereotipos sobre el denominado «comportamiento romaní» figuren en la evaluación de la situación por parte de las autoridades puede dar lugar a sospechas de discriminación por motivos étnicos. Dichas sospechas, junto con las que considera modalidades de intervención del 15 de diciembre de 2011, deberían haber llevado a las autoridades a adoptar todas las medidas posibles para investigar si la discriminación podía haber desempeñado o no un papel en los hechos. Sin embargo, las autoridades y los tribunales nacionales desestimaron las alegaciones de discriminación y criminalización de la comunidad romaní formuladas por los demandantes sin ningún análisis en profundidad de todas las circunstancias pertinentes del caso. Por todo ello, el TEDH entiende que se vulneraron los derechos de las personas demandantes recogidos en el artículo 14, en conjunción con el artículo 3 del Convenio⁴⁵.

Esta sentencia con las reseñadas anteriormente muestra los evidentes avances jurisprudenciales en la materia, aunque sigan existiendo zonas que requieren de una mayor clarificación y una utilización más depurada de las categorías del

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 69, 75 y 78 y 82.

⁴⁵ *Ibidem* párrs. 80 a 82.

derecho antidiscriminatorio⁴⁶. Esa es precisamente la línea de futuro en la que debe avanzar el TEDH, combatiendo el racismo institucional.

Por lo que se refiere al TJUE, a pesar de la gran novedad que supuso en su momento la ya analizada Directiva 2000/48, la jurisprudencia del TJUE es muy escasa, lo que evidencia la necesidad de seguir ahondado igualmente en el fortalecimiento de las categorías del derecho antidiscriminatorio. Como muestra significativa en el ámbito comunitario pueden citarse como referentes en la lucha contra la discriminación racial los asuntos *Firma Feryn* y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*.

En el asunto *Firma Feryn*⁴⁷, uno de los directores de dicha empresa especializada en la venta e instalación de puertas, declaró que la empresa buscaba instaladores pero que no podía contratar a personas extranjeras, puesto que sus clientes eran reacios a que estas accedieran a sus viviendas. El centro belga para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo, aunque no existía ninguna víctima concreta, presentó la demanda en el ámbito interno belga (evidenciando así también la importancia de este organismo) y al llegar al Tribunal de Apelación de lo Social de Bruselas este planteó la petición de decisión prejudicial ante el TJUE. En palabras del Tribunal «las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/48». Dicho Tribunal aceptó la legitimación activa, aunque no existieran aun víctimas concretas, e invirtió la carga de la prueba de tal forma que correspondía a la parte demandada demostrar que no se había vulnerado el principio de igualdad de trato.

En la línea que sostiene Aguilar (2014, p. 43) el alcance de la característica de «origen racial o étnico» no es exactamente el mismo en el ámbito comunitario y en CEDH, ya que, la Directiva excluye la nacionalidad del concepto de raza o etnia, mientras que en el CEDH se alude a la «nacionalidad» o el «origen nacional» como una característica específica. Sin embargo existe jurisprudencia que pone de relieve que la nacionalidad puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia, pero la exclusión no obedece a que la discriminación por motivos de nacionalidad se permita en el derecho comunitario, sino a que se regula en el contexto de la legislación sobre libre circulación de personas.

En el segundo asunto *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia [GC]*⁴⁸ la petición de decisión prejudicial fue planteada por el Administrativen sad Sofia-grad de Bulgaria. El caso trae causa de la queja presentada por la demandante en la que argumentó que la instalación de los contadores eléctricos en los postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros se debía a que se encontraba en un barrio urbano poblado principalmente por personas de origen gitano y dicha instalación la ponía en desventaja en comparación con otros

⁴⁶ Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Muñoz Díaz*, en el que el TEDH argumenta desde el derecho de igualdad y no desde el derecho a no sufrir discriminación racial (Rey, 2017, p. 161). TEDH, *Muñoz Díaz c. España*, nº 49151/07, de 8 de diciembre de 2009.

⁴⁷ TJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07, de 10 de julio de 2008.

⁴⁸ TJUE, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia [GC]*, de 16 de julio de 2015. Cfr. STJUE, de 31 de enero de 2013, *Valeri Hariev Belov c. Chez Elektro Bulgaria AD y otros. Petición de decisión prejudicial: Komisia za zashtita ot diskriminatsia-Bulgaria*, C-394/11. También se aborda el problema sobre la discriminación racial en la TJUE, *Meister*, C-415/10, de 19 de abril de 2012, y TJUE, *Runevic-Vardyn*, C-391/09, de 12 de mayo de 2011.

clientes cuyos medidores estaban ubicados en lugares accesibles. Sobre la base de esta consideración, el TJUE concluyó que la Directiva de igualdad racial se aplicaba a la política del proveedor de electricidad en este caso y que correspondía a la jurisdicción búlgara decidir si la práctica podría justificarse objetivamente.

Este caso permitió al TJUE aclarar distintos aspectos del concepto de discriminación, la diferencia entre la discriminación directa e indirecta y lo que constituye un elemento adecuado de comparación. Así expresamente mantiene que el concepto de «desventaja particular» en el sentido del artículo 2.2. b), de la Directiva 2000/43 no designa un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad, sino que establece que la disposición, criterio o práctica considerados desfavorecen particularmente a las personas de un origen racial o étnico concreto. La medida indicada solo puede justificarse objetivamente por la voluntad de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad a condición de que dicha medida no exceda de los límites de lo que es apropiado y necesario para realizar esos objetivos legítimos y de que los inconvenientes causados no sean desmesurados en relación con los objetivos perseguidos por ese medio. Apremiar si existen otros medios apropiados o menos restrictivos o si la práctica perjudica en grado desmesurado el interés legítimo de los usuarios corresponde al tribunal remitente.

Como se desprende de la jurisprudencia de ambos tribunales queda todavía un largo camino que recorrer en este ámbito para consolidar la prohibición de la discriminación racial y enfocarla, también, desde la perspectiva interseccional que antes se apuntaba. Incorporar la discriminación interseccional supondría tomar en consideración que en una situación concurren múltiples patrones que actúan e interactúan entre sí al mismo tiempo, de tal manera que son inseparables y dan lugar a tipos particulares de discriminación.

El TJUE ha recordado que no puede ampliar los motivos del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁹, de tal forma, que una posibilidad de esta lectura integrada sería combinar los motivos en la lista existente, sin ser considerado como un nuevo subgrupo⁵⁰.

En cambio, el TEDH en su jurisprudencia más reciente, parece ir reconociendo de forma tácita la discriminación interseccional, cuando se le ha planteado, sin adoptar claramente la terminología de discriminación interseccional, pero sí su enfoque⁵¹. Este es precisamente, en mi opinión, el camino por el que deben transitar ambos Tribunales para conseguir una jurisprudencia más garantista en la lucha contra la discriminación.

4.2. Los organismos especializados para la protección de la igualdad y la no discriminación

Otra forma de protección frente a la discriminación es la que encontramos en el ámbito comunitario, a través de las diferentes disposiciones de derecho antidiscriminatorio que contemplan la creación de organismos especializados. Las

⁴⁹ Por ejemplo, en casos como TJUE, C-310/10, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești c. Ștefan Agafitei et autres*, 7 juillet 2011; y TJUE, C-406/15, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, 9 marzo 2017.

⁵⁰ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, pp. 35 y 67.

⁵¹ Vid., entre otras, TEDH, *N.B. c. Eslovaquia*, nº 29518/10, de 12 de junio de 2012; TEDH, *B.S. c. España*, nº 47159/08, de 24 de julio de 2012; TEDH, *S.A.S. c. France* [GC], nº 43835/11, de 1 de julio de 2014; TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, nº 17484/15, de 25 de julio de 2017.

Directivas europeas sobre igualdad de trato requieren a los Estados miembros para que designen un organismo que la promocióne en función de las diferentes materias de las que se ocupan. La ya mencionada Directiva para la promoción de la igualdad de trato con respecto a la raza u origen étnico, en su artículo 13, hace referencia a dicho organismo señalando que puede formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales. Entre las funciones que les corresponden a dichos organismos se incluyen las imprescindibles para combatir la discriminación y fomentar la igualdad, entre ellas, la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios independientes, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación racial o étnica.

Otras disposiciones apelan igualmente a la necesidad de crear y fortalecer los organismos de igualdad, como la Recomendación de la Comisión de 22 de junio de 2018 sobre normas para los organismos de igualdad⁵², la Opinión sobre los órganos de igualdad de 2011 del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁵³, la Recomendación nº 2 de la ECRI sobre los organismos de igualdad⁵⁴ y los Principios de París⁵⁵. Asimismo, esa necesidad ha quedado patente, entre otros, en el informe conjunto de 2014 sobre la aplicación de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE⁵⁶ y en el llamamiento al respecto del Parlamento Europeo su Resolución de 2015⁵⁷.

Como señala la Comisión Europea⁵⁸, los diferentes Estados de la Unión han creado estos tipos de organismos para combatir la discriminación, pero el funcionamiento de estos es muy diverso. Así, existen diez organismos de igualdad que actúan atendiendo a una lista de motivos abierta (en Bulgaria, Estonia, Finlandia

⁵² Comisión Europea, *Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad*. Se aplica en relación a las Directivas 2000/43/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE y 2010/41/UE. Vid. Ammer, Crowley, Liegl, Holzleithner, Wladasch and Yesilkagit (2010).

⁵³ Consejo de Europa, Comisionado para los Derechos Humanos (2011), *Opinión del Comisionado para los Derechos Humanos a nivel nacional. Estructuras para promover la igualdad*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 21 de marzo de 2011.

⁵⁴ Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *Recomendación de política general nº 2 sobre los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional*, Estrasburgo, Consejo de Europa, aprobada el 13 de junio de 1997 y revisada el 7 de diciembre de 2017.

⁵⁵ Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos*, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Resolución 1992/54, de 1992, reafirmada por la Asamblea General con la Resolución 48/134 de 20 de diciembre de 1993 y las observaciones generales sobre la interpretación y aplicación de dichos principios por el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, en su tenor de 21 de febrero de 2018.

⁵⁶ Comisión Europea, Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial»)* y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»)*, de 17 de enero de 2014, COM (2014) 2 final.

⁵⁷ Parlamento Europeo, Resolución de 8 de octubre de 2015, *sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [2014/2160(INI)]*, C 349/56, Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de octubre de 2017.

⁵⁸ European Commission, *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2018), Equality bodies making a difference*, Brussels: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Directorate D- Equality and Union citizenship, August 2018, p. 7.

Hungría, Letonia, Liechtenstein, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia); seis organismos de igualdad que tienen un mandato alineado con los motivos del artículo 19 TFUE, es decir, género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual (en Austria, Dinamarca, Estonia, Alemania y Luxemburgo); y diez organismos de igualdad que se ocupan de un único ámbito, de ellos siete trabajan por motivos de género, dos por motivos de origen racial y étnico y uno por motivos de discapacidad (género: en Bélgica, Croacia (incluye motivos de identidad y expresión de género, orientación sexual, estado civil o familiar), Finlandia, Islandia, Italia y Portugal; origen racial o étnico: en Portugal y España; y discapacidad en Liechtenstein).

Ahora bien, aunque los Estados han hecho el esfuerzo institucional de seguir los mandatos de las diferentes directivas en cuanto a la constitución de estos organismos, los resultados de su actividad son diferentes en función del interés político que suscitan en la práctica. Así, como recuerda también la propia Comisión, el contexto para los organismos de igualdad en ocho países es de hostilidad política (en Bulgaria, Croacia, Chipre, Italia, Polonia, Rumanía, Suecia y el Reino Unido), aunque la actitud dominante es el desinterés político que se da en otros doce países (en Austria, Bélgica, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia y España). Sin embargo, en otros siete Estados (Francia, Alemania, Islandia, Irlanda, Letonia, Países Bajos y Portugal) existe un contexto político de apoyo, que fomenta el potencial y el impacto de los organismos de igualdad.

El imprescindible compromiso político, como punto de partida, debe conjugarse con el correcto desempeño de las funciones que a estos organismos corresponde para que efectivamente puedan ser instrumentos de protección frente a la discriminación. En ese sentido, la mencionada Recomendación de la Comisión de 22 de junio de 2018 señala, dentro del mandato de los organismos de igualdad, la necesidad de asegurar la asistencia, los estudios y los informes independientes, realizando recomendaciones y fomentando la igualdad. Para ello, es imprescindible incentivar dos de las características de las que más han adolecido, en mi opinión, estos organismos desde su creación: la independencia y la eficacia.

Ambas exigencias requieren prestar atención a aspectos que la Recomendación señala tales como la posición que ocupan dichos organismos en la estructura administrativa, los procedimientos de nombramiento y despido de personal, y la incompatibilidad de funciones. Un aspecto esencial será la asignación de presupuesto y sus procedimientos para la tramitación de recursos humanos, técnicos y financieros, de lo contrario no sería posible ejercer sus competencias con eficacia, en un tiempo razonable y en los plazos legalmente establecidos al efecto. Otra cuestión necesaria para la eficacia de estos organismos es que se incentive la presentación de denuncias, el acceso y la accesibilidad (esta última cuestión atendiendo a las adaptaciones que sean necesarias de acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Para promocionar el acceso es necesario, entre otras cuestiones, que el procedimiento para presentar denuncias ante los organismos para la igualdad sea sencillo y gratuito.

Ambos aspectos han sido parcialmente criticados, por ejemplo, en el caso del España, en contraste con otros Estados como Francia. Así se consideró que al articular el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica⁵⁹, hubiera

⁵⁹ En España la ya mencionada Ley 62/2003 en su artículo 33, estableció la creación de un organismo de igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico (transponiendo así

sido necesario incentivar en las prácticas, de manera más decidida (puesto que, se menciona, pero parece una mera insistencia retórica), la independencia del poder público y político y concretar una dotación presupuestaria anual que figurase en los Presupuestos Generales del Estado (Esteve, 2013, pp. 52-53). Ambas son cuestiones que pueden abordarse observando las propuestas de la Recomendación y en el marco de una regulación integral en materia de igualdad que es inaplazable.

Por otra parte, la pluralidad de organismos destinados a combatir la discriminación por diferentes motivos exige que exista una coordinación interna y una cooperación exterior. Entre los organismos de un mismo Estado, la coordinación regular puede permitir que los principios de no discriminación se apliquen de manera coherente atendiendo al análisis múltiple en el que se viene insistiendo. Respecto a la cooperación es imprescindible que los Estados miembros permitan, por ejemplo, que los organismos para la igualdad dialoguen con las autoridades nacionales competentes y los organismos dentro de cada Estado.

Como acertadamente señala la Comisión⁶⁰, es necesario actuar desde diferentes niveles para impulsar estos organismos de igualdad y que realmente sean un instrumento efectivo y eficaz. El nivel europeo tiene una importante contribución que hacer para garantizar las condiciones externas necesarias, incidiendo en medidas como, el compromiso de los funcionarios públicos de los gobiernos nacionales en el diálogo en curso sobre el potencial de los organismos de igualdad, el desarrollo de normas internacionales sobre organismos de igualdad desde la perspectiva de la citada Recomendación de la Comisión Europea; el desarrollo y supervisión para establecer la suficiencia de financiación para estos organismos de igualdad tomando en consideración parámetros como el tamaño del Estado miembro, su población; el nivel y la naturaleza de incidentes de discriminación denunciados y no denunciados; el alcance, capacidad y contribución de otros organismos que trabajan en este ámbito; los costes de la implementación de las competencias de un organismo de igualdad para conseguir impacto; y la escala del presupuesto nacional.

En la dimensión estatal, de las diferentes condiciones externas necesarias para que los organismos de igualdad sean independientes y eficaces, considero reseñables tres que no han sido suficientemente desarrolladas hasta el momento. En primer lugar, la introducción de disposiciones para la discriminación interseccional (en el sentido antes señalado) en la legislación de igualdad de trato para permitir abordar asuntos desde ese enfoque y conseguir una mayor eficacia. En segundo lugar, es necesario un procedimiento transparente, basado en competencias y participativo, y una reestructuración de la rendición de cuentas exigida al organismo de igualdad de manera que mantenga al Parlamento informado a través de su informe anual, pero que tenga una única responsabilidad limitada a la auditoría estatal relevante. Por último, una provisión de fondos adecuada, que le permita desempeñar sus funciones,

la directiva 2000/43) el denominado ahora Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) siendo especialmente relevante en el mismo el Servicio de Asistencia y Orientación a Víctimas de Discriminación Racial o Étnica. Dos normas posteriores concretaron su funcionamiento: el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (BOE nº 237, de 3 de octubre de 2007) y el Real Decreto 1044/2009, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (BOE nº 177, de 23 de julio de 2009). Varias de las recomendaciones que realiza la ECRI a España tiene que ver con este organismo vid. ECRI, *Informe de la ECRI sobre España* (quinto ciclo de supervisión), adoptado el 5 de diciembre de 2017 y publicado el 27 de febrero de 2018, CRI (2018) 2.

⁶⁰ European Commission, *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (2018), Equality bodies making a difference*, op. cit., pp. 130-131.

con competencias para realizar legalmente decisiones vinculantes e imponer sanciones, tener una posición legal ante los tribunales y promover estándares para una buena equidad y diversidad práctica.

Un último grupo de medidas que involucraran a los organismos de igualdad, colectivamente o individualmente, podrían servir para fortalecerlos. Entre ellas, la evaluación de las operaciones internas a la luz de las Recomendaciones, por ejemplo, de la ECRI; la creación de sistemas de datos que permita un seguimiento coherente de indicadores comunes en todas las jurisdicciones; y la mejora de la naturaleza y la calidad de la asistencia.

5. A modo de conclusión

Los estándares normativos afianzados en las últimas décadas han sido fundamentales para consolidar en el ámbito internacional y nacional un amplio marco jurídico que permita consolidar la lucha contra la discriminación. En la dimensión internacional, los informes de los relatores especiales alertan tanto de la necesidad inaplazable de fortalecer las medidas jurídicas para combatir la discriminación como de la realidad a nivel mundial que refleja un aumento significativo de actos racistas, de discriminación racial, xenofobia y de otras formas conexas de intolerancia que incitan al odio y obstaculizan la coexistencia pacífica. La vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, y la visibilidad de los supuestos de incumplimiento, hace que sea necesario poner en valor el papel que desempeñan los relatores especiales y reforzar su papel. Así, podría atenderse a alguna de las propuestas que la Asamblea ha realizado a través de sus resoluciones para combatir la discriminación entre ellas, por ejemplo, la de examinar los modelos nacionales de mecanismos que miden la igualdad racial y su contribución a la erradicación de la discriminación racial, de manera que pueda reflejarse en el informe de la relatora especial los problemas, éxitos y mejoras prácticas, y se exprese la preocupación por la falta de progreso en esta cuestión⁶¹.

Desde la ICEDR hasta el CEDH y los Protocolos, junto con la intensa labor de los organismos de supervisión, especialmente del CERD y la ECRI, se ha realizado una regulación y aplicación a través de los informes, recomendaciones y sugerencias de mejora, que permite avanzar en el fortalecimiento del derecho antidiscriminatorio. Las directrices están establecidas y deberían ser el estímulo para que los Estados cumplan con sus obligaciones y propicien, si es necesario, cambios legislativos acordes a las disposiciones internacionales, sabiendo, como se recoge en las recomendaciones analizadas, que como exigencia mínima y sin excluir otras medidas, es indispensable una legislación completa contra la discriminación racial en derecho civil, administrativo y penal, para luchar con eficacia contra el discurso de odio racista.

Con este marco, más que insistir en el incremento de las disposiciones normativas que han supuesto, como se ha señalado, grandes avances, conviene atender a una doble línea de acción: por una parte, la correcta implementación de las mismas para que sean un referente indiscutible también contra las nuevas formas de discriminación; y, por otra, una cuidada interpretación clarificadora, extensiva y garantista de las disposiciones existentes. En ese sentido, es imprescindible atender a las mejoras que desde los mecanismos de seguimiento e investigación alientan a una interpretación más garantista de las disposiciones vigentes para combatir de

⁶¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2018, A/RES/73/262, op. cit., párr. 22.

manera eficaz los actos de discriminación. Sigue existiendo todavía un desfase entre las posibilidades de las figuras que se recogen en el derecho antidiscriminatorio y su operatividad práctica. La mayoría de Estados, ha adoptado nuevas normas e instrumentos para luchar contra el racismo y la discriminación, pero persisten importantes déficits que generan disfunciones prácticas. Varios ejemplos de ese desencaje, como se ha señalado, se encuentran en los asuntos que han llegado a la jurisdicción internacional (tomando también en consideración la dificultad añadida de llegar a este nivel), entre ellos claramente los que tienen que ver con la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad tanto en el uso de perfiles raciales y étnicos como en la utilización de la violencia.

Por otra parte, la persistencia de las que pueden considerarse como formas tradicionales de discriminación, entre ellas la que va unida a la condición de extranjero, y las que adoptan nuevas formas como las propias del populismo nacionalista, así como de diferentes mecanismos para hacerlas efectivas, entre ellas claramente las redes sociales, exige la estricta aplicación de la normativa vigente, la actuación diligente por parte de los Estados (en la línea de una diligencia debida que emana de las obligaciones internacionales asumidas) y el fortalecimiento de los instrumentos de protección.

En efecto, el marco jurídico adecuado actual permite combatir los actos discriminatorios, sin embargo, es imprescindible para seguir avanzando que este se aplique correctamente por los operadores jurídicos y que, al mismo tiempo, las víctimas puedan acceder a un sistema que las ampare y las proteja. En dicha dimensión es especialmente relevante el papel que ha desempeñado la jurisprudencia y los organismos para la promoción de la igualdad y la no discriminación.

Como evidencia la jurisprudencia analizada se han consolidado estándares que pueden servir para avanzar en la lucha contra la discriminación. El TJUE con los asuntos *Firma Feryn* y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* ha iniciado una importante línea jurisprudencial que está llamada a consolidarse. Sin embargo, en este ámbito son especialmente relevantes las líneas apuntadas desde el TEDH. En primer lugar, la exigencia para las autoridades de los Estados de llevar a cabo una investigación efectiva ante todo indicio de discriminación, ello permitiría ajustar mejor la imposición de condenas por los mismos. De esta manera, se desplaza la carga de la prueba de forma que es el Estado, y no las víctimas, quien debe justificar que la medida que se haya adoptado no obedece a un prejuicio que genera una discriminación.

Dicha obligación de llevar a cabo una investigación efectiva conecta con la necesidad, puesta de manifiesto también por parte de los organismos internacionales como una preocupación constante, de combatir el uso de perfiles raciales y étnicos. Como ha constatado el TEDH en el mencionado caso *Lingurar c. Rumanía* existe un racismo institucional en el que encaja el uso de los perfiles, atendiendo a estereotipos incluso fobotipos que recaen de modo reincidente sobre determinados grupos que son incompatibles con las responsabilidades de los Estados. Se constata así la importancia de los prejuicios y estereotipos en el racismo que surgen de la dominación que pueden ejercer las propias instituciones que contribuyen, de modo determinante, a consolidar la opresión hacia determinados grupos que se genera con patrones sociales discriminatorios que están integrados constantemente en los sistemas normativos. Ese racismo institucional coloca a determinados sujetos en situación de constante excepción porque no los concibe desde las reglas básicas del Estado de Derecho, si no desde la dominación.

Para combatir ese racismo institucional debe tenerse presente, también, la necesidad de formación de todos los actores implicados en posibles actos de

discriminación, desde los jueces y fiscales, hasta los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado de tal manera que, progresivamente, se consoliden buenas prácticas y se sensibilice a la sociedad de las consecuencias de la discriminación racial.

En segundo lugar, la jurisprudencia del TEDH, ha asentado también la importancia del valor probatorio de los datos estadísticos, como muestra objetiva, en los supuestos de discriminación objetiva. Esta trascendencia que han adquirido los datos invita a afrontar una de las críticas permanentes que han reflejado también los informes y recomendaciones de los organismos internacionales: la necesidad de recopilación de datos. Ciertamente, el tratamiento de los datos sobre igualdad de trato es responsabilidad de los Estados, de tal manera que sea posible conocer los actos discriminatorios. Si además estos son desagregados por sexo, edad, origen étnico, religión, etc., pueden aportar información relevante a efectos probatorios. Asimismo, la articulación de bases permite disponer de información tan necesaria como las relativas a la cantidad de casos judicializados y las sanciones impuestas. Esta responsabilidad estatal en relación a la configuración de estadísticas es compatible con la protección de datos, de hecho, es uno de los supuestos que sistemáticamente se incluye, siempre que se sigan las normativas al respecto.

Por lo que se refiere a los organismos especializados para la promoción de la igualdad y la no discriminación, como se ha reseñado, han recibido diferentes críticas, que invitan a mejorar su funcionamiento, pero no a negar el importante papel que pueden desempeñar. La mencionada Recomendación 2018/951 de la Comisión que se aplica a los organismos para la igualdad establecidos en virtud de las Directivas en materia de igualdad, ofrece las pautas ineludibles y urgentes para la configuración futura de estos organismos. La diversidad de dichos organismos ha mostrado que pueden realizar funciones esenciales en la promoción de la igualdad, pero que en la mayoría de casos no han recibido el impulso político imprescindible que redundaría en una imposibilidad material de acometer su misión. Entre las diferentes opciones que existen a la hora de articular estos organismos (también en lo relativo a si deben de ocuparse de uno o varios de los motivos de discriminación) lo relevante, en mi opinión, no es tanto dónde se incardinan, si no el hecho de que se consiga que efectivamente funcionen como organismos de supervisión, con carácter transversal en el conjunto de las administraciones públicas, en materia de igualdad.

Desde esa perspectiva, las reflexiones que se plantean, por ejemplo, en España acerca de si el CEDRE debe ser un organismo autónomo o ubicado dentro del Defensor de Pueblo, en cuanto que este es un organismo independiente que puede iniciar de oficio una investigación y proponer la modificación normativa, si bien supervisa básicamente la actividad de las administraciones públicas españolas, no son prioritarias. No se trata tanto de la ubicación cuanto de la función real del organismo. En ese sentido, lo fundamental es la independencia y la eficacia. No existe independencia posible sin asignación de recursos, materiales y humanos. Tan importante como la dotación presupuestaria, es la posición que dichos organismos ostenten en la estructura administrativa general y los procedimientos de designación de las personas formadas a tal efecto, con especial atención a quienes ocupen los puestos de liderazgo, para que no existan incompatibilidades.

Además, la eficiencia de los organismos para la promoción de la igualdad exige incentivar las funciones relativas a la realización de estudios e informes independientes y la formulación de recomendaciones, pero también requiere impulsar la asistencia independiente y la presentación de denuncias ante los mismos. Dentro de la asistencia independiente a las víctimas podrían desarrollarse funciones que hasta ahora no se han explotado lo suficiente en diferentes Estados, tal como señala la recomendación, entre ellas, por ejemplo, recibir y tramitar denuncias individuales o

colectivas, proporcionar asesoramiento jurídico también para tramitar las denuncias, participar en actividades de mediación y de conciliación, representar a los denunciantes ante los tribunales, y actuar como *amicus curiae* o experto. Lo que se pretende con todo ello es que realmente los organismos tengan capacidad de investigación, de actuación en los procedimientos judiciales y que se conviertan en una referencia a la que acudir para las víctimas.

No puede obviarse que la consolidación progresiva del derecho antidiscriminatorio por razón de raza o étnica es ya imparable, aunque pueda continuar aprendiendo de las medidas adoptadas respecto a otros motivos, por ejemplo, en el ámbito de la discriminación por razón de género. Para avanzar es imprescindible reforzar los estándares jurisprudenciales, en la dirección ya marcada, y completarlos con órganos para la igualdad autónomos e independientes. Hay que superar la idea de que el racismo y la discriminación no existen (o solo mínimamente y de forma puntual) porque precisamente ambos se alimentan de su negación y de la falta de voluntad correlativa para combatirlos, es necesaria una oposición activa. Se trata, en definitiva, de insistir en un tratamiento holístico que permita luchar contra la discriminación racial o étnica siendo preventivo y que ponga en el centro del mismo a las víctimas. Así puede evidenciarse la prioridad en los Estados democráticos del principio de igualdad, para no seguir admitiendo un racismo líquido o encubierto que pretende convivir con los valores de la democracia, pero es radicalmente incompatible con ellos.

Bibliografía

- Ahedo, A. M. (2017). Recientes Políticas de Inmigración e Integración en los Países Nórdicos. Dinámicas transnacionales y discursos nacionales ante la inmigración forzada y económica. *Relaciones Internacionales*, 36, pp. 11-30.
- Aguilar, M. J. (2014). Discriminaciones múltiples de los migrantes en perspectiva de derechos, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 17, pp. 39-54.
- Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K. and Yesilkagit, K. (2010). *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC, and 2006/54/EC*. Synthesis report, Utrecht, The Netherlands, Vienna, Austria: Human European Consultancy & Ludwig Boltzmann Institute.
- Añón, M. J. (2015). Discriminación racial: el racismo institucional desvelado. En F. Arcos (ed.), *La Justicia y los Derechos Humanos en un mundo globalizado* (pp. 133-165). Madrid, España: Dykinson.
- Balibar, E. (1991). ¿Existe el neoracismo?. En I. Wallerstein y E. Balibar (eds.), *Raza, Nación y Clase* (pp. 31-48). Madrid: IEPALA.
- Barrère, M. A. (2010). La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 87-88, pp. 225-252.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós Ibérica.
- Bergmann, E. (2017). *Nordic Nationalism and Right-Wing Populist Politics: Imperial Relationships and National Sentiments*. London, UK: Palgrave Macmillan, Springer Nature.
- Bobbio, N. (2010). La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes. En D. Caicedo y A. Porras (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (pp. 183-215). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

- Cachón, L. (2004). España y la Directiva 2000/43: de la “ocasión perdida” a una legislación general sobre igualdad de trato. *Tiempo de Paz*, 73, pp. 13-22.
- Carens, J. H. (2013). *The Ethics of Immigration*. New York, USA: Oxford University Press.
- Cavalli-Sforza, L. L. (1997). *Genes, pueblos y lenguas*. Barcelona, España: Crítica.
- Casado, L. (2012). Discriminación racial y ejercicio del derecho a la instrucción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 92, pp. 247-291.
- Casado, L. (2013). Recopilación y documentación de asuntos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad. En J. García Añón y M. Ruiz (coords.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas* (pp. 57-148), Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Cea D’Ancona, M^a. A. (2015). Los efectos de la crisis económica en la molduración y evolución de la opinión pública española ante la inmigración. *Migraciones*, 37, pp. 29-52.
- Cobrerros, E. (2007). Discriminación por indiferenciación, estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, pp. 71-114.
- Cormack, J. and Bell, M. (2005). *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU member States compared*, Brussels: European network of independent experts in the antidiscrimination field (European Human Consultancy Migration Policy Group).
- De Lucas, J. (2012). Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración. En VV. AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI* (pp. 11-91). Bilbao, España: X Premio Francisco Javier de Landaburu Universitas, Eurobask.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Esteve, F. (2013). La normativa europea contra la discriminación y el racismo: su desarrollo y aplicación en España, Italia y Francia. En J. García Añón y M. Ruiz (coords.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas* (pp. 25-56). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Esteve, F. (2019). Alcance de las obligaciones internacionales y europeas contra la discriminación racial y sus implicaciones para España. *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, XVIII, pp. 87-137.
- Kendi, I. X. (2019). *How to be an antiracist*. New York, United States: One World, Penguin Random House LLC.
- García Añón, J. (2013). Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico. En J. García Añón y M. Ruiz (coords.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas* (pp. 280-316). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Gil, J. M^a. (2017). En torno al artículo 14 de la CEDH: concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa. *Quaestio Iuris*, 10(02), pp. 919-954.
- Gracia, J. y Jiménez, D. (coords.) (2016). *Tristes tópicos. Representaciones Sociales desenfocadas*. Zaragoza, España: Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza.
- Kymlicka, W. (2016). Defending diversity in an era of populism: multiculturalism and interculturalism compared. En N. Meer, T. Modood and R. Zapata-Barrero (eds.), *Interculturalism and multiculturalism: debating the dividing lines* (pp. 158-177). Edinburgh, Scotland: University Press Edinburgh.
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

- Laclau, E. (2009). Populismo ¿qué nos dice el nombre?. En F. Panizza (comp.), *El populismo como espejo de la democracia* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica
- Laclau, E. y Mouffe, Ch. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. México: Siglo XXI.
- Lousada, J. F. (2017). Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones. *AequAlitaS*, 41, pp. 29-40.
- Lucak, N. (2012). Georgia v. Russia Federation: A Question of the Jurisdiction of the International Court of Justice. *Maryland Journal of International Law*, 27(1), article 18, pp. 323-354.
- Márquez, C. (2015). La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 20, pp. 55-87.
- Mezzadra, S. y Nielson, B. (2014). Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia. *Papeles del CEIC*, 2, 30 pp.
- Mouffe, Ch. (2007). *En torno a lo político*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Parekh, B. (2005). *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid, España: Istmo.
- Rey, F. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista española de derecho constitucional*, 84, pp. 251-283.
- Rey, F. (2012). La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensamiento Constitucional*, 17, pp. 291-319.
- Rey, F. (2017). Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. *UNED. Revista de Derecho Político*, 100, pp. 125-171.
- Sassen, S. (2010). *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid, España: Katz Editores.
- Sckiek, D. (2002). A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?. *European Law Journal*, 8(2), pp. 290-314.
- Simon, P. W. A. and Beaujeu, M. (2018). Mainstreaming and redefining the immigrant integration debate in old migration countries: a case study of France, the UK and the Netherlands. En P. Scholten and I. Van Breugel (eds.), *Mainstreaming Integration Governance. New Trends in Migrant Integration Policies in Europe* (pp. 25-46). Switzerland: Palgrave Macmillan.
- Solanes, A. (2016). Empresas y derechos humanos: sobre la responsabilidad social de las empresas en el ámbito internacional y nacional. En VV. AA., *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas* (pp. 291-326). Navarra, España: Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Solanes, A. (2017). Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, pp. 305-333.
- Solanes, A. (2018). Derechos de los extranjeros en España. En J. De Lucas y J. M. Rodríguez (coords.), *Derechos humanos y Constitución* (pp. 263-286). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Subirats, J. (2010). Si la respuesta es gobernanza, ¿cuál es la pregunta? Factores de cambio en la política y en las políticas. *Ekonomiaz*, 74, pp. 16-35.
- Tejada, M. (2013). *El avance de la xenofobia en Europa*. Madrid, España: Documentos de Debate, Fundación Ideas.
- Triadafilopoulos, T. (2011). Illiberal means to liberal ends? Understanding recent immigrant integration policies in Europe. *Journal of Ethnic and migration Studies*, 37(6), pp. 861-880.

- Villavicencio, P. (2018). Igualdad, Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible ¿Aprender de la experiencia o tropezar con la misma piedra?. *Derechos y Libertades*, 38, pp. 389-425.
- Vallespín, F. y Bascuñán, M. M., (2017). *Populismos*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press.

El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

The national margin of appreciation and the content of freedom of thought, conscience and religion in the European Convention on Human Rights

Sergio Alejandro Fernández Parra*

Universidad Externado de Colombia

ORCID ID 0000-0001-5543-2458

sergio.fernandez@uexternado.edu.co

Cita recomendada:

Fernández Parra, S. A. (2019). El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 68-99.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4992>

Recibido / received: 07/05/2019
Aceptado / accepted: 02/07/2019

Resumen

En el presente escrito se estudiará la figura del margen nacional de apreciación y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este estudio tiene como objeto demostrar que la utilización frecuente de esta figura impide que exista una interpretación uniforme del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Para probar la hipótesis planteada, la figura aludida será comparada

* Abogado y especialista en Derecho público de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho público de la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Becario de la Fundación Carolina. Asistente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Quiero agradecer de forma especial a la profesora de la Universidad de Chile Constanza Núñez Donald y a Diego Xavier Gudiño Valdiviezo por los comentarios y observaciones que realizaron al borrador de este escrito. Las sugerencias aportadas por estas dos personas fueron importantes para la consolidación de las ideas que se defienden en este trabajo.

con el control de convencionalidad y la forma en que se ha aplicado esta última figura por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último se realizará con el fin de evidenciar las falencias interpretativas y de protección de los derechos que genera la utilización del margen nacional de apreciación.

Palabras clave

Margen nacional de apreciación, control de convencionalidad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, libertad de pensamiento, conciencia y religión, Estado laico.

Abstract

This paper will study the figure of the national margin of appreciation and its application by the European Court of Human Rights. The purpose of this study is to show that the frequent use of this figure prevents a uniform interpretation of the right to freedom of thought, conscience and religion in the European System of Human Rights. To test this hypothesis, the aforementioned figure will be compared with the control of conventionality and the way in which the latter figure has been applied by the Inter-American Court of Human Rights. The latter in order to highlight the interpretative and protection flaws of the rights generated by the use of the national margin of appreciation.

Keywords

National appreciation margin, control of conventionality, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, freedom of thought, conscience and religion, secular State.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la figura del control de convencionalidad. 3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el margen nacional de apreciación. 4. Aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) utiliza, cada vez con mayor frecuencia, la teoría del margen nacional de apreciación en los asuntos relacionados con la posible vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres, los derechos de la comunidad LGTBI y la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Por ejemplo, esta figura fue utilizada por el TEDH para establecer que los Estados tienen un amplio margen de actuación para regular y restringir la eutanasia, el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo y el uso de vestuario religioso en el espacio público¹.

¹ Sobre el margen nacional de apreciación y el matrimonio entre personas del mismo sexo, véase el asunto Schalk and Kopf contra Austria, demanda No. 30141/04, Sentencia 24 de junio de 2010. También se puede consultar el asunto Chapin et Charpentier contra Francia, demanda No. 40183/07, Sentencia de 9 de junio de 2016. Sobre el margen nacional de apreciación y la eutanasia, véase el asunto Lambert et Autres contra Francia, demanda No. 46043/14, Sentencia del 5 de junio del 2015. A su vez, sobre aborto y margen nacional de apreciación se puede consultar el asunto A, B and C contra Irlanda, demanda No. 25579/05, Sentencia del 16 de diciembre del 2010.

El anterior hecho convierte en relevante el estudio de la naturaleza y la estructura de esta figura jurídica, pues solo así se podrá comprender el alcance de algunos de los derechos establecidos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Así las cosas, en este escrito se realizará un análisis crítico de la figura del margen nacional de apreciación con el fin demostrar que el resultado de la aplicación de esta teoría es la expedición de sentencias contradictorias que no permiten establecer de manera uniforme el alcance de los derechos. Se sostendrá que la utilización del margen nacional de apreciación es contraria a una de las principales funciones que tienen los tribunales regionales de derechos humanos, que es la interpretación de los derechos convencionales.

Para probar la hipótesis planteada se efectuará un estudio comparado de la figura del margen nacional de apreciación con la teoría del control de convencionalidad, que es aplicada principalmente en el Sistema Americano de Derechos Humanos. Lo anterior con el fin de evidenciar que mientras el control de convencionalidad pretende que los derechos tengan un alcance y contenido similar en todos los Estados partes, el margen nacional de apreciación permite que cada Estado regule y limite los derechos convencionales de manera casi discrecional según sus tradiciones y contexto interno. Este hecho genera una ausencia de uniformidad de los derechos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Con el fin de comprobar la tesis esbozada, se tomará como ejemplo la jurisprudencia del TEDH relacionada con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión². Esta jurisprudencia evidencia de forma clara las contradicciones que se presentan con la aplicación frecuente de la figura del margen nacional de apreciación. Comportamientos amparados por el contenido de este derecho en un Estado son excluidos del objeto de protección en otros Estados que también forman parte del Sistema Europeo. Situación que es agravada por el TEDH al avalar los comportamientos contradictorios.

El presente escrito se dividirá en tres partes. Como se reseñó, en la primera parte del trabajo se estudiará la figura del control de convencionalidad, su aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y su estrecha relación con la función de interpretación de los derechos. En la segunda parte se realizará un estudio de la teoría del margen nacional de apreciación, su aplicación por parte del TEDH y la desconfiguración de la función interpretativa que genera la aplicación de esta figura. Por último, se hará un estudio casuístico de los efectos que se presentan al aplicar la teoría del margen nacional de apreciación en los casos relacionados con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Estos ejemplos permitirán evidenciar de forma clara los problemas planteados a lo largo del escrito.

² Es importante señalar que se comparte la postura de Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla (2011) y Souto Paz (1992). Estos autores consideran que la libertad religiosa no es un derecho autónomo, sino una libertad que forma parte del contenido del derecho a la conciencia. Lo anterior porque el objeto de protección de esta libertad son las convicciones profundas de las personas, independientemente de que sean religiosas o no. Por ende, no se protege al fenómeno religioso, sino a las convicciones y creencias de las personas (conciencia). Sobre este punto, Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla (2011) sostienen lo siguiente: «La religión es una forma de cultura o parte de la cultura. Una y otra tienen su fuente en la conciencia. Una y otra forman parte de la identidad individual o colectiva. El pluralismo no es ya solo multireligioso, sino también multicultural y los principios de separación y de neutralidad son aplicables tanto a las creencias religiosas como a las no religiosas y a los valores diferentes, distinto de los comunes» (p. 13).

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la figura del control de convencionalidad

La Corte IDH es un tribunal internacional encargado de establecer la responsabilidad de los Estados en los casos en que se discute la posible vulneración de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) u otros tratados internacionales de derechos humanos expedidos en el marco de la OEA³. La Corte IDH también es competente para realizar una valoración abstracta entre la compatibilidad de una ley o un proyecto legislativo de un Estado parte y la CADH⁴.

Mediante la competencia contenciosa, la Corte IDH establece si se configura la responsabilidad internacional del Estado en los eventos en que es acusado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) por la violación, en un caso concreto, de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, es preciso resaltar que la Corte IDH, para poder establecer la responsabilidad internacional del Estado, debe previamente interpretar los derechos establecidos en la CADH con el fin de establecer su alcance y límites. Antes de establecer la responsabilidad del Estado se debe determinar el contenido de los derechos con el fin de poder evaluar si estos fueron desconocidos o vulnerados.

La segunda función de la Corte IDH es la de emitir opiniones consultivas sobre la compatibilidad de una ley o proyecto legislativo con la CADH⁵. En estos eventos, la Corte IDH realiza un análisis abstracto sobre la correcta interpretación de la CADH⁶. Así las cosas, fácilmente se puede advertir que tanto la función contenciosa como la consultiva implican la interpretación de los derechos establecidos en la CADH. Lo anterior dado que para establecer la responsabilidad del Estado o para emitir un concepto sobre la compatibilidad entre una ley interna y la CADH, es necesario previamente interpretar el alcance y el contenido de los derechos. La Corte IDH, sin una interpretación previa de los derechos, no puede ejercer ninguna de las dos funciones para la que fue creada. En consecuencia, se puede sostener racionalmente que una de las principales funciones de la Corte IDH es la interpretación de la CADH pues sus dos labores conllevan la interpretación de las garantías convencionales.

No se desconoce que la labor de establecer la responsabilidad internacional del Estado es importante y ayuda a la materialización de la justicia en el Sistema Interamericano. Tal como lo pone de presente Quinche Ramírez (2016), la labor contenciosa de la Corte IDH ha servido entre otras cosas para combatir las políticas estatales de desapariciones forzadas llevadas a cabo en El Salvador y Guatemala,

³ La CADH no es el único tratado de derechos humanos que otorga competencia a la CIDH. Sin embargo, en este escrito se hará referencia únicamente a la CADH bajo el entendido que las afirmaciones realizadas son extensibles a todos los tratados de derechos humanos que otorguen competencia a la CIDH.

⁴ CADH. Artículo 62.3: (...) 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

⁵ La Corte IDH en la primera opinión consultiva que emitió amplió el marco de su competencia consultiva. En dicha ocasión precisó que ese Tribunal se podía pronunciar e interpretar cualquier tratado de derechos humanos del que sea parte un Estado miembro. En consecuencia, la Corte IDH determinó que el alcance de la expresión del artículo 64 del Convenio "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" era la siguiente: "la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano" (Corte IDH, Opinión Consultiva 01/82).

⁶ Para un estudio detallado de la función consultiva de la Corte IDH, véase: Roa Roa (2011) y Romero Pérez (2011).

para poner en evidencia la alianza entre los grupos paramilitares y el Estado colombiano, y para luchar contra las leyes de amnistía que permitían la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos en Perú, Uruguay y Brasil. No obstante, la labor interpretativa que se realiza de forma previa al establecimiento de la responsabilidad del Estado, o en el ejercicio de la función consultiva, es igual de relevante porque gracias a esta se establecen unos estándares que sirven de parámetro de actuación para que los Estados partes puedan prevenir futuras vulneraciones de los derechos humanos en su territorio.

La finalidad del Derecho internacional de los derechos humanos no es la determinación de la responsabilidad de los Estados, sino la prevención y protección de los derechos. Este objetivo se cumple de forma más acertada cuando existen unos criterios y estándares claros del contenido y de los límites de los derechos que puedan servir a los Estados como marco de referencia para sus actuaciones y procedimientos. Lo anterior abre la posibilidad a que los Estados ajusten sus legislaciones y actuaciones nacionales conforme a los estándares jurisprudenciales en materia de derechos humanos. Este hecho ayuda a evitar que se cometan las conductas censuradas por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Lo anterior es muy relevante porque permite comprender la naturaleza y la finalidad de la figura jurídica del control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad es una consecuencia lógica de la función interpretativa de la Corte IDH. Al establecer que los funcionarios internos deben aplicar los criterios y parámetros jurisprudenciales establecidos por ese tribunal con el objeto de velar por la compatibilidad de las normas y procedimientos nacionales con los estándares internacionales, lo que se pretende es reforzar la fuerza vinculante de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH.

Antes de desarrollar con más detalle la hipótesis planteada sobre la naturaleza del control de convencionalidad, es conveniente señalar que esta figura jurídica fue creada y es utilizada de forma recurrente por la Corte IDH⁷. Si bien es cierto que la figura no tiene un reconocimiento expreso en la CADH, la Corte IDH pudo establecer que se deduce de los artículos 1, 2 y 29 de la CADH⁸. Estas disposiciones obligan a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos convencionales y adecuar el

⁷ Para una recopilación de los principales fallos en los que la Corte IDH ha utilizado la figura del control de convencionalidad, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). En el mismo sentido, para un estudio detallado de la construcción jurisprudencial del concepto de control de convencionalidad, véase Santofimio Gamboa (2017).

⁸ CADH. «Artículo 1.1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

«Artículo 2: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

«Artículo 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

ordenamiento jurídico interno para hacerlo compatible con los deberes de respeto y garantía.

Para Quinche Ramírez (2016), el origen y desarrollo del control de convencionalidad se puede dividir en dos etapas. En la primera, la Corte IDH no utilizó la expresión “control de convencionalidad”, pero sí creó los presupuestos de esta figura al establecer que la expedición por parte de los Estados de normas –legales o constitucionales– contrarias a la CADH da lugar a la responsabilidad internacional del Estado. En esta primera etapa, el autor citado destaca que la Corte IDH estableció, en la Opinión Consultiva 14/94, los siguientes estándares:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto (Corte IDH, Opinión Consultiva 14/94).

Una vez determinó que se podía presentar la eventual responsabilidad del Estado por la incompatibilidad del derecho interno con la CADH, la Corte IDH pasó a aplicar la teoría en varios asuntos contenciosos. En estos casos, declaró la responsabilidad del Estado por tener vigentes normas que permitían la vulneración de los derechos garantizados por la CADH. Uno de los casos más destacados de esta etapa fue el asunto que dio lugar a la Sentencia Olmedo Bustos y otros contra Chile (La última tentación de Cristo). En esa providencia, la Corte IDH ordenó al Estado chileno reformar un artículo de su Constitución que era contrario a la CADH⁹.

En la segunda etapa, la Corte IDH empezó a utilizar la expresión “control de convencionalidad” para señalar que el ordenamiento interno de los Estados se debía ajustar a lo establecido en la CADH, y que los jueces nacionales tenían que estudiar la compatibilidad entre las leyes internas y la CADH. El primer caso en el que se utilizó el nombre de esta figura fue en el asunto que dio origen a la Sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile. En esta providencia la Corte IDH señaló lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

⁹ La Corte IDH en este asunto consideró que: «72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial» (Corte IDH, Sentencia del caso Olmedo Bustos y otros contra Chile [la última tentación de Cristo], fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 72).

Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124).

El concepto y las principales características de la figura del control de convencionalidad establecidos en la sentencia que se acaba de transcribir han sido pacíficos en la jurisprudencia interamericana. Los elementos principales de esta figura no han sido modificados en las providencias posteriores a la sentencia citada¹⁰. Tal como lo pone de presente Núñez Donald (2016), después de la Sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte IDH se encargó de ampliar el número de funcionarios obligados aplicar la figura¹¹. Lo anterior porque en principio parecía que la figura iba dirigida únicamente a los tribunales de cierre de los países partes. Por ende, la Corte IDH aclaró que este control debía ser realizado por todos los funcionarios judiciales¹². Por último, en las sentencias Gelman contra Uruguay y Atala Rifo y niñas contra Chile, se precisó que el control de convencionalidad lo debían realizar todos los funcionarios públicos de los Estados partes¹³.

En definitiva, con la figura jurídica del control de convencionalidad se pretende evitar la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Para tal fin, los jueces y demás funcionarios públicos tienen la obligación de interpretar y adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales establecidos por la Corte IDH. Para realizar el control de convencionalidad no solo hay que tener en cuenta la CADH, sino

¹⁰ Para Nash Rojas (2013), las características principales del control de convencionalidad son las siguientes: «a). Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. b). Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. c). Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas, incompatibles con las obligaciones internacionales, constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado. d). Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH» (p. 496).

¹¹ La Corte IDH, en sentencias proferidas con posterioridad al Asunto Almonacid Arellano y otros contra Chile, también aclaró que el control de convencionalidad debía realizarse de manera oficiosa por los funcionarios internos y de conformidad con su respectiva competencia procesal.

¹² Sobre este punto, la Corte IDH en la Sentencia Cabrera García y Montiel Flores contra México señaló lo siguiente: «225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (Corte IDH, Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225).

¹³ Sobre este punto Núñez Donald (2016) sostiene lo siguiente: «En este sentido, la Corte IDH señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido por toda autoridad. La afirmación es lógica, por cuanto si entendemos que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la CADH son mandatos para el Estado en su conjunto, no tiene sentido que el control de convencionalidad corresponda tan solo al Poder Judicial» (pp. 43-44).

también la interpretación que la Corte IDH ha realizado de esta en los asuntos abordados en ejercicio de sus competencias¹⁴.

En consecuencia, para poder ejercer el control de convencionalidad es indispensable que existan unos estándares jurisprudenciales indubitables por parte de la Corte IDH. La existencia de un control interno o difuso de convencionalidad obliga a la Corte IDH a establecer unos parámetros o estándares claros del contenido de cada derecho¹⁵. Lo anterior con el fin posibilitar que los funcionarios nacionales puedan tomar como marco de referencia esos criterios en el momento de someter las disposiciones nacionales a la evaluación del control de convencionalidad. Sin una interpretación uniforme de los derechos, los funcionarios nacionales no podrían realizar un control estricto de convencionalidad porque no tendrían las herramientas adecuadas para contrastar la compatibilidad de las normas internas y los estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH.

La relación que existe entre la función interpretativa de los derechos y el control de convencionalidad explica la razón por la que la Corte IDH no ha accedido a las diversas solicitudes realizadas por algunos Estados americanos de flexibilizar el control de convencionalidad y, en consecuencia, otorgar un cierto margen de deferencia o apreciación a los Estados Partes en materia de regulación y limitación de los derechos convencionales¹⁶. Por ejemplo, en el asunto *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, el Estado demandado alegó que no existía un consenso internacional sobre los derechos de los embriones humanos y por ende se debía otorgar a los Estados un amplio margen nacional de apreciación para regular ese tema. De forma similar, en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, el Estado alegó que la falta de consenso respecto de los derechos de la población LGTBI permitía a los Estados restringir a los miembros de ese grupo el goce de la custodia de los

¹⁴ Es importante resaltar que la Corte IDH aclaró que los estándares interpretativos establecidos en las opiniones consultivas también deben ser tenidos en cuenta cuando se efectuó el control de convencionalidad. Al respecto la Corte IDH expresamente señaló: «Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos» (Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, párrafo 31).

¹⁵ Algún sector de la doctrina ha distinguido entre control de convencionalidad interno y externo. El primero es realizado por los funcionarios judiciales y administrativos de los Estados miembros. El externo es ejercido por la Corte IDH. Al respecto, véase Rey Cantor (2008, pp.46-48) y Núñez Donald (2016, pp. 59-66). Otro sector de la doctrina ha preferido hablar de control concentrado de convencionalidad y del control difuso. El primero lo realizaría únicamente la Corte IDH como auténtica intérprete de la CADH. El difuso sería el realizado por todos los funcionarios público de los Estados partes y se realizaría de conformidad con lo establecido en la CADH y en los estándares establecidos por la Corte IDH. Para un estudio detallado de las características del control difuso de convencionalidad, véase el voto razonado del Juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*.

¹⁶ En una reciente declaración conjunta Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay solicitaron expresamente la adopción de la figura del margen nacional de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La declaración puede consultarse en: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>

propios hijos. La Corte IDH en ambos casos negó la solicitud de los Estados. Sobre este último caso en particular, la Corte IDH expresamente señaló:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (Corte IDH, Sentencia del Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2014, párrafo 92).

Algún sector de la doctrina ha criticado la postura de la Corte IDH de no flexibilizar su examen estricto de convencionalidad en algunos casos en lo que consideran que el contexto y las particularidades ameritaban una cierta deferencia con los Estados¹⁷. Por ejemplo, uno de los casos más criticados por parte de la doctrina a la Corte IDH, por no permitirle a los Estados un cierto margen de deferencia o apreciación en materia de regulación y limitación de los derechos convencionales, es el asunto que dio lugar a la Sentencia del caso Gelman contra Uruguay. La Corte IDH en esa providencia tuvo que establecer si una ley que aprobó una amnistía para los delitos graves contra los derechos humanos cometidos en ese país durante la dictadura era contraria al estándar establecido previamente por esa Corporación, según el cual las leyes de amnistías vulneraban varios derechos establecidos en la CADH. Las particularidades de este caso –que según Gargarella (2013), lo hacen diferente a otros asuntos en que la Corte IDH determinó que las leyes de amnistías eran contrarias a la CADH– son las siguientes: 1. La Corte IDH en los casos de Perú y Brasil conoció de leyes de auto amnistías, expedidas por gobiernos totalitarios que buscan encubrir sus propios crímenes. En contraste, en el caso uruguayo la ley de amnistía fue expedida en el régimen de un gobierno democrático y por un parlamento con una clara legitimidad popular. 2. En el caso uruguayo la ley de amnistía fue sometida en dos ocasiones a un mecanismo de participación popular directa (referendo), lo que permitió una deliberación y discusión ciudadana amplia. En ambas ocasiones, el pueblo se manifestó a favor de la ley. Para el autor citado, las particularidades reseñadas justificaban que la Corte IDH estudiara este caso de una forma diferente del análisis realizado en los asuntos de Brasil y Perú¹⁸.

Aunque Gargarella (2013) no invoca la figura del margen nacional de apreciación, sí señala que se debió aplicar un criterio de deferencia muy similar a la que se utiliza en el Sistema Europeo. En consecuencia, este autor sostiene que se debía flexibilizar el control de convencionalidad por las particularidades del caso. Estas particularidades permitirían, según el autor citado, válidamente realizar una excepción a la regla jurisprudencial establecida previamente por la Corte IDH, según

¹⁷ Para un estudio detallado de los casos ante la CIDH y la Corte IDH en los que eventualmente se pudo haber aplicado la teoría del margen nacional de apreciación, véase a Núñez Poblete (2012). Para un estudio de las razones por las que era imposible aplicar la teoría del margen nacional de apreciación en los casos contenciosos tramitados por Corte IDH contra Colombia, véase a Acosta Alvarado (2012).

¹⁸ Al Respecto véase, Corte IDH, Sentencia del caso Gomes Lund y otros contra Brasil, Sentencia de Barrios Altos contra Perú y Sentencia de la Cantuta contra Perú.

la cual, las leyes de amnistías contra los graves crímenes de derechos humanos son contrarias a la CADH¹⁹.

A pesar de las críticas, en este caso la Corte IDH fue muy clara al señalar que, independientemente de la legitimidad democrática de las normas y del debate público interno, son contrarias a la CADH todas las leyes de amnistías que favorecen la impunidad de graves delitos cometidos contra los derechos humanos. Para la Corte IDH, en estos eventos el procedimiento legislativo para la expedición de la ley nacional es un hecho irrelevante que no afecta el estudio de la compatibilidad de la norma interna con los estándares establecidos por ese tribunal²⁰. La Corte IDH, ni siquiera en casos que se presentan en el contexto de procesos de justicia transicional, ha permitido que se tengan en cuenta las particularidades de la transición para realizar un examen menos riguroso del control de convencionalidad²¹.

Para Roa Roa (2018), el margen nacional de apreciación no ha sido aplicado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la falta de legitimidad democrática de algunos de los órganos de los Estados partes y por la ausencia en algunos Estados de la garantía de la independencia judicial. Para este autor, estos factores influyen para que la teoría del margen no sea tenida en cuenta por la Corte IDH. No se comparte esta postura porque independientemente de los derechos implicados y de la legitimidad del procedimiento legislativo y judicial, la teoría del margen nacional de apreciación desnaturaliza la función interpretativa que deben desempeñar los tribunales regionales de derechos humanos y, en consecuencia, choca con la aplicación del control de convencionalidad. Si se aplica la teoría del

¹⁹Al respecto Gargarella (2013) señaló lo siguiente: «Cuando la decisión que es objeto de análisis escaso producto de un proceso complejo, difícil, pero a la vez transparente, limpio y ampliamente participativo (como el que pudo encontrarse en Uruguay, al tiempo en que se plebiscitaba la Ley de Caducidad). Frente a este tipo de decisiones, los tribunales internacionales deberían ser especialmente cuidadosos, respetuosos y deferentes – características que no han sido las distintivas de la decisión de la Corte IDH en Gelman» (p. 20).

²⁰La Corte IDH sobre este punto señaló lo siguiente: «238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (...)» (Corte IDH, Sentencia del caso Gelman contra Uruguay, fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 238-239).

²¹Ejemplo de este último caso fue el proceso de paz adelantado por el gobierno colombiano con los grupos paramilitares. La Corte IDH, en el estudio de un asunto relacionado con unos hechos que se presentaron en ese contexto, señaló lo siguiente: «La Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente» (Corte IDH, Sentencia de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, fondo. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 146).

margen nacional de apreciación u otra figura de deferencia, los funcionarios internos no tendrían unos criterios o estándares claros para poder realizar adecuadamente el control de convencionalidad.

En los casos *Atala Riffo y niñas contra Chile* y *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, se advierte que la Corte IDH no aplicó la teoría del margen para asuntos que tienen su origen en Estados con altos estándares democráticos y en los cuales la garantía de independencia del poder judicial es alta. Estos casos “no tan trágicos”²² son similares a los asuntos en los que se ha aplicado el margen de apreciación en el Sistema Europeo. Por ende, hubiese sido la oportunidad precisa para introducir la figura del margen nacional de apreciación o al menos para intentar flexibilizar el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Sin embargo, la Corte IDH, de forma categórica, se abstuvo de aplicar la teoría del margen y, en su lugar, aplicó de manera rigurosa el control de convencionalidad²³.

La negativa de la Corte IDH a flexibilizar el control de convencionalidad y, en consecuencia, otorgarle cierto margen de apreciación o deferencia a los Estados Partes se explica por el buen entendimiento que ha tenido la Corte IDH sobre su función de intérprete de los derechos convencionales y las contradicciones que se presentarían entre el margen y el control de convencionalidad. En efecto, para que los funcionarios internos apliquen el control de convencionalidad a las normas y procedimientos nacionales deben existir unos estándares claros sobre el contenido y alcance de los derechos. Estos estándares, como se verá más adelante, se vuelven borrosos cuando los tribunales regionales de derechos humanos empiezan a aplicar con frecuencia la teoría del margen nacional de apreciación. Así las cosas, la adopción de la figura del control de convencionalidad y su utilización estricta por parte de la Corte IDH permite entender una de las razones por las cuales no se ha acogido en el Sistema Interamericano la figura del margen nacional de apreciación. Esta figura no podría ser adoptada en este sistema pues es contraria a los objetivos que se pretenden defender con el control de convencionalidad. Si se permite que los jueces y funcionarios internos interpreten los límites de los derechos convencionales de conformidad con las particularidades de cada Estado, no tendría sentido el control de convencionalidad dado que los estándares de la Corte IDH pasarían a un segundo plano respecto a las circunstancias de cada Estado y sus realidades concretas. Situación que desnaturaliza la razón de ser de los sistemas regionales de derechos humanos, que es el reconocimiento de unos derechos y su garantía homogénea en un sistema determinado.

En conclusión, la figura del control de convencionalidad es una teoría creada por la Corte IDH y que se aplica de forma estricta en el Sistema Interamericano. Esta figura pretende reforzar la importancia de la función interpretativa de la Corte IDH al señalar que todos los funcionarios nacionales están en la obligación de examinar la compatibilidad de las normas nacionales con la CADH y la interpretación de esta realizada por la Corte IDH²⁴. Los criterios establecidos en la interpretación de los derechos convencionales constituyen unas pautas que deben seguir todas las autoridades de los Estados partes. En consecuencia, el control de convencionalidad

²² Aunque todos los casos estudiados por los tribunales regionales de Derechos Humanos son graves e importante porque en ellos se estudia la posible violación por parte del Estado de un derecho humano, en este escrito se entenderá por casos trágicos aquellos asuntos en los que están comprometidos el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de tortura y la desaparición forzada.

²³ Para un estudio de la nula recepción de la teoría del margen nacional de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase Nash Rojas (2018).

²⁴ En virtud del principio *pro homine*, únicamente cuando las interpretaciones de los derechos realizadas por los tribunales nacionales sean más garantistas que las efectuadas por la Corte IDH, se podrá apartarse válidamente del estándar interamericano.

es opuesto a la figura del margen nacional de apreciación, ya que esta última figura permite que los Estados interpreten y establezcan límites a los derechos convencionales según las particularidades de cada Estado. Como se demostrará a continuación, con el margen nacional los criterios y pautas interpretativas establecidas por el tribunal internacional pasan a un segundo plano dado que el papel principal es otorgado al contexto jurídico y político de cada Estado.

3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la teoría del margen nacional de apreciación

De forma similar a la Corte IDH, el TEDH es el encargado de establecer la responsabilidad de los Estados partes en los casos en que se discute la posible vulneración de los derechos establecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)²⁵. El TEDH también cuenta con una competencia consultiva²⁶ que lo faculta para pronunciarse en abstracto sobre el alcance y el contenido de los derechos establecidos en el CEDH²⁷. Esta modalidad de opinión consultiva, *mutatis mutandis*, puede ser considerada como una especie de cuestión de inconstitucionalidad en el contexto de Sistema Europeo, pues de forma similar a la cuestión de inconstitucionalidad española, los máximos tribunales nacionales están legitimados para solicitar al TEDH que interprete el alcance de un derecho, el cual debe ser aplicado en un asunto que está bajo su examen²⁸. Este hecho explica la razón por la que algunos autores, como por ejemplo Ruiz Ruiz (2018), denominan a esta competencia consultiva del TEDH como una cuestión de convencionalidad²⁹.

²⁵ CEDH. Artículo 34: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

²⁶ CEDH. Artículo 47: «1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité».

²⁷ En principio, en el Sistema Europeo la petición de opinión consultiva solo podía ser solicitada por el Comité de Ministros. Con el fin de ampliar los sujetos legitimados para solicitar al TEDH una opinión consultiva, se expidió el Protocolo No. 16, adicional al CEDH. Este nuevo tratado internacional otorgó a las instancias judiciales nacionales de mayor rango de los Estados partes la facultad de solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre la interpretación de los derechos en el trámite de un caso que estén conociendo. Según la página web oficial del Consejo de Europa, el Protocolo No. 16 entró a regir el 01 de agosto de 2018, fecha en que alcanzó el número de ratificaciones mínimas requeridas por parte de los Estados miembros. Según esta misma página, el Reino de España no ha suscrito este protocolo. Información recuperada de https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=vSTtbNuQ

²⁸ La Constitución Española establece la cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: «Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». Para un estudio detallado de las funciones del Tribunal Constitucional y de la figura de la cuestión de inconstitucionalidad, véase Pérez Tremps (2016, pp. 70-88).

²⁹ Para un estudio detallado de la nueva función consultiva del TEDH, véase a Ruiz Ruiz (2018).

Así las cosas, el TEDH por expreso mandato del CEDH debe interpretar el alcance de los derechos cuando realice alguna de sus dos funciones principales (contenciosa y consultiva). Los argumentos y razonamientos realizados en el apartado anterior para justificar el deber de la Corte IDH para interpretar los derechos son trasladables al TEDH. Para establecer la responsabilidad internacional del Estado es indispensable que el TEDH establezca previamente el contenido de los derechos. Así mismo, la función consultiva es una herramienta útil que permite aclarar las dudas que los Estados tengan sobre la correcta interpretación de los derechos convencionales.

Por regla general, el TEDH ha cumplido con su función interpretativa y ha establecido de forma clara el alcance de algunos derechos. Sin embargo, en lo relativo a la utilización cada vez más frecuente de la figura del margen nacional de apreciación, el TEDH se ha inhibido de establecer si ciertas limitaciones de los derechos establecidas por algunos Estados Partes vulneran el contenido mínimo o esencial de esas garantías³⁰. Este hecho desnaturaliza una de las funciones principales del TEDH: la interpretación uniforme del alcance de los derechos establecidos en el CEDH.

Antes de desarrollar con más detalle la anterior idea, es conveniente señalar que el margen nacional de apreciación es una figura jurídica de origen jurisprudencial utilizada por primera vez por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos³¹. Rápidamente esta figura fue adoptada y aplicada por el TEDH. Recientemente, esta tuvo reconocimiento expreso por parte del artículo 1 del Protocolo. No. 15. Esta nueva norma agregó al preámbulo del CEDH la expresión margen de apreciación en los siguientes términos:

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de garantizar los derechos y libertades definidos en esta Convención y sus Protocolos, y que al hacerlo gozan de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por esta Convención. (Artículo 1 del Protocolo No. 15 que modifica el CEDH).

Pese a su utilización frecuente y a su reciente positivización, el TEDH no ha definido de manera unívoca el concepto y las características de esta figura. En los casos en que la ha aplicado, el TEDH no ha hecho un esfuerzo argumentativo fuerte para explicar con profundidad sus presupuestos, sino que se ha limitado a utilizarla. El vacío teórico ha sido suplido por algunos autores que han podido deducir que el margen nacional de apreciación es una figura mediante la cual el TEDH se inhibe de conocer un asunto y determinar si el contenido de los derechos en disputa ha sido vulnerado³². Este hecho se presenta cuando se constata que no existe un consenso

³⁰ La teoría del núcleo o contenido esencial como límites de los derechos fundamentales tiene su origen en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Esta cláusula fue trasladada al ordenamiento jurídico español por el artículo 51.1 de la Constitución Española, disposición que señala lo siguiente: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1º». Para Prieto Sanchís (2000) la teoría del núcleo esencial es un concepto jurídico indeterminado que puede ser entendido de la siguiente manera: «La existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificativas de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate» (p. 438).

³¹ La Comisión Europea utilizó por primera vez esta figura en el asunto Grecia contra Reino Unido, aplicación No. 176/56, Vol. II. Reporte del 26 de septiembre de 1958, párrafo 318.

³² Uno de los autores que más ha estudiado la figura del margen nacional de apreciación en España es García Roca (2007 y 2010). Para Pascual Vives (2013), el margen nacional de apreciación se puede

europeo en relación con el alcance de los derechos involucrados en el caso objeto de estudio. En estos eventos, el TEDH se abstiene de establecer si se ha violado un derecho convencional y le confiere al Estado tal facultad. Como sostiene García Roca (2010), el margen de apreciación “consiste en un espacio de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio Europeo” (pp. 107-108).

Para el autor citado, cuando no existe un consenso europeo sobre una determinada materia, el TEDH es deferente con los Estados y su soberanía, lo que implica otorgar cierto margen de apreciación para que regulen y limiten los derechos convencionales conforme con las particularidades sociales y culturales de cada país. Sobre la falta de consenso como justificación de esta figura, Barbosa Delgado (2011), sostiene lo siguiente:

El margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o "criterio" de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada (pp. 109-110).

Una vez explicada la figura del margen nacional de apreciación, es relevante resaltar que no se comparte la postura que sostiene que el margen nacional de apreciación se encuentra justificado por la ausencia de un consenso europeo sobre el contenido de un derecho³³. Se difiere de esta corriente porque justamente la función interpretativa que cumplen los tribunales regionales de derechos humanos tiene como finalidad el establecimiento de unos estándares jurisprudenciales homogéneos en todo el sistema para que las personas puedan disfrutar del mismo contenido de derecho, sin importar el Estado en el que se encuentren. Ante la ausencia de un acuerdo europeo en algunas materias de derechos humanos, es el TEDH el llamado a establecer los parámetros o estándares mínimos de protección que los Estados deben garantizar a todos los ciudadanos. La ausencia de consenso debe ser entendida como una justificación más para que el TEDH establezca unos estándares mínimos aplicables para todo el Sistema Europeo y no como una excusa para no cumplir con la función interpretativa de los derechos.

Una de las razones que explican la contradicción entre la figura del margen nacional de apreciación y el deber del TEDH de interpretar de manera uniforme el alcance de los derechos convencionales, es la desnaturalización de la figura del margen. En efecto, esta figura surgió para un fin diferente a la de interpretación de los derechos. Al comienzo, el margen se aplicó para reconocerle a los Estados la capacidad de evaluar las circunstancias fácticas que ameritan la suspensión de los derechos y las garantías establecidas en el CEDH. Como quiera que el artículo 15 del

definir de la siguiente manera: «Al invocar el margen de apreciación nacional, con carácter general, el operador jurídico se muestra deferente con la posición mantenida por el Estado respecto a los límites que pueden imponerse a un derecho fundamental bajo unas circunstancias determinadas, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil» (p. 224).

³³ La ausencia de consenso como justificación del margen nacional de apreciación ha sido sostenido por otros autores de la siguiente forma: «La teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integran al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual» (Benavides Casals, 2009, p. 301).

CEDH permite que los Estados puedan suspender las garantías y los derechos en casos de guerra o grave alteración del orden público, son los propios Estados lo que deben determinar cuándo se presentan las circunstancias fácticas que dan lugar a la suspensión de algunos de los derechos convencionales³⁴.

Para la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, los Estados partes contaban con mejores herramientas para evaluar las circunstancias fácticas que posibilitan la aplicación del artículo 15 CEDH³⁵. Por ende, de forma deferencial otorgaron a los Estados la potestad de evaluar si se configuraban las circunstancias de hecho que daban lugar a la suspensión de los derechos establecidos en el CEDH³⁶. Sobre este punto, García Roca (2007) ha expresado lo siguiente:

En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de suspensión de derechos. Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad (p. 122).

Como afirma el autor citado, cuando el margen nacional de apreciación fue creado no tenía como finalidad permitir que el TEDH se inhibiera de determinar si se había presentado una vulneración de los derechos por parte de un Estado, sino que tenía como fin permitir que los Estados evaluaran las circunstancias fácticas que podían dar lugar a la aplicación del artículo 15 del CEDH. Sin embargo, el TEDH amplió el espectro de utilización de esta figura y la empezó a utilizar para casos en los que no se discutía la aplicación del artículo 15, sino para eventos en que se debía definir si los Estados con su regulación habían desconocido el contenido de los derechos establecidos en el CEDH.

Se pasó de otorgar una cierta deferencia a los Estados para que valoraran los hechos que dan lugar a la aplicación del artículo 15 de la CEDH a permitirles que interpretaran y regularan arbitrariamente el alcance de los derechos en los casos en que no existe un consenso europeo³⁷. En la evolución de la figura está una de sus grandes fallas, pues no es lo mismo que los Estados puedan valorar una situación fáctica a que puedan regular el alcance y contenido de los derechos convencionales únicamente de conformidad con su contexto social y jurídico, sin tener en cuenta los criterios interpretativos establecidos por el TEDH.

³⁴ CEDH. Artículo 15: «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

³⁵ Para un análisis detallado del artículo 15 del CEDH, véase Fernández Sánchez (2009, pp. 765-784).

³⁶ Al respecto véase Comisión Europea de Derechos Humanos, *Grecia vs. Reino Unido*, No. 176/56, vol. II, reporte del 26 septiembre de 1958.

³⁷ La evolución de la forma en que se aplicó la figura del margen de apreciación ha sido dividida en tres grandes etapas por autores como Benavides Casals (2009) y Núñez Poblete (2012). En la primera etapa, el TEDH utilizó la figura del margen para casos en los que se discutía la aplicación del artículo 15 del CEDH (análisis fáctico). Después en casos en los que estudiaba la limitación por parte del Estado de alguno de los derechos establecidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH. Por último, esta teoría también se ha aplicado para el estudio de casos en que querían hacer efectivos los derechos establecidos en los artículos 12 y 14 del CEDH.

Como se ha anotado la ausencia de un consenso sobre el alcance de algunos de los derechos en los ordenamientos de los diferentes Estados no es un argumento fuerte que justifique la teoría del margen nacional de apreciación porque el objetivo de los sistemas regionales de derechos humanos es establecer unos estándares comunes que garanticen el disfrute de los derechos para todos los países que forman parte del sistema. Este fin se consigue estableciendo unos criterios homogéneos de interpretación aplicables en todos los países partes. Por ende, es contraria a la lógica de la integración en materia de derechos humanos que el tribunal regional se abstenga de interpretar el alcance de los derechos con el fin de permitir que cada Estado realice esta labor.

Una de las consecuencias de la desnaturalización de la figura es que da lugar a que se presenten estándares contradictorios sobre el contenido de los derechos, pues al permitir que cada Estado los regule y limite según sus propias particularidades, surgen regulaciones abiertamente contradictorias. Como se podrá observar en el último apartado de este escrito, las conductas amparadas por el contenido de un derecho en un Estado pueden ser válidamente restringidas por otros Estados. Por ende, la abstención que realiza el TEDH a favor de los Estados ha tenido como consecuencia la falta de unos criterios uniformes que permitan determinar el contenido mínimo o esencial de algunos derechos como, por ejemplo, la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En consecuencia, se desnaturaliza el papel que deben cumplir los tribunales regionales de derechos humanos, organismos que tienen como una de sus funciones principales interpretar el contenido de los derechos convencionales con el fin de que exista un consenso sobre el alcance de esos derechos en todos los países que conforman el respectivo sistema regional.

La labor interpretativa del TEDH cuando ejerce sus funciones es indispensable para que todos los Estados puedan tener un conocimiento previo del alcance de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Solo cuando el intérprete autorizado establezca los límites de los derechos, los Estados podrán contar con unas reglas claras sobre el alcance de la facultad reguladora de los derechos. Es decir, en aras de evitar la responsabilidad internacional del Estado por posible vulneración de los derechos con la actividad reguladora que compete al propio Estado, es recomendable que el TEDH señale el contenido y límites de los derechos de manera similar a la forma en que lo realiza la Corte IDH con la figura del control de convencionalidad. No se desconoce que los Estados tienen la facultad de limitar los derechos, ni que en ejercicio de esa labor los Estados cuentan con una amplia libertad configurativa sobre el alcance de los límites. Tampoco se desconoce que en muchas situaciones el contexto social y político de cada Estado puede llegar a tener un papel importante al momento de llevar a cabo la regulación y el establecimiento de los límites. Sin embargo, en estos casos los Estados deben procurar que su regulación no afecte el contenido de los derechos convencionales. La mejor manera para que esto ocurra es que el TEDH establezca unos criterios interpretativos claros para que los jueces internos puedan realizar un adecuado control de convencionalidad.

Justamente en este momento cobra gran importancia la función interpretativa de los tribunales regionales de derechos humanos porque con esa labor se establecen los estándares que permitirán determinar si la regulación realizada por los Estados es acorde con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Lo anterior explica la razón de que la labor que realizan los tribunales regionales de derechos humanos sea equiparable a la función de control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales³⁸. De forma análoga a la función que realizan

³⁸ Sobre el papel del TEDH como una especie de Tribunal Constitucional internacional, García Roca (2010) sostiene lo siguiente: «Es evidente que el TEDH no es un Tribunal Constitucional europeo ni por

las cortes constitucionales, los tribunales regionales al interpretar los derechos deben señalar el contenido de los derechos que debe ser respetado, incluso por el órgano de representación democrática de los Estados. Por esta razón es importante que el TEDH adopte de manera clara la figura del control de convencionalidad y efectúe el juicio de proporcionalidad o test de Estrasburgo para determinar si la regulación o limitación establecida por los Estados es acorde con el CEDH³⁹. La no adopción por parte del TEDH de la figura del control de convencionalidad es una de las circunstancias que ha abierto la posibilidad a la utilización, cada vez más frecuente, del margen nacional de apreciación. Lo anterior porque la figura del control de convencionalidad es incompatible con la posibilidad de que los criterios y requisitos para limitar los derechos se ajusten a las particularidades de cada Estado, dado que uno de los presupuestos del control de convencionalidad es que son los Estados los que deben acatar y aplicar los criterios interpretativos establecidos por los tribunales regionales de derechos humanos.

En el Sistema Europeo es el propio CEDH el que estableció que las limitaciones de los derechos deben tener como propósito la conservación de la seguridad pública, la protección del orden, la salud, la moral pública, o la protección de los derechos de los demás en el marco de una sociedad democrática. Así las cosas, el TEDH debe establecer cuando las limitaciones son proporcionales con los propósitos que se persiguen y que justifican la limitación de los derechos (test de Estrasburgo). Lo anterior permite sostener que, en aras de cumplir la función interpretativa de los derechos, el TEDH debería aplicar más el test de proporcionalidad y abstenerse de utilizar la figura del margen nacional de apreciación. Con este cambio los jueces y demás funcionarios de los Estados parte podrían realizar de forma eficaz un control de convencionalidad en los casos de su competencia, lo que ayudaría a evitar muchos casos de vulneración del CEDH.

En definitiva, en los sistemas regionales de derechos humanos debe existir un órgano jurisdiccional que defina el contenido de los derechos para que estos puedan ser disfrutados y protegidos de forma similar en todo el sistema. Si esa labor es delegada a cada uno de los Estados partes no se tendrá una protección homogénea ni similar. Con una interpretación uniforme se evita que los derechos varíen según las diversas interpretaciones que realicen los tribunales y funcionarios de los diferentes Estados. Si se pretende que el contenido de los derechos sea igual en todo el espacio que conforma el sistema regional es necesario abandonar la teoría del margen nacional de apreciación y en su lugar aplicar de forma estricta el control de convencionalidad. Lo anterior para que los criterios y pautas establecidas por el TEDH sean vinculantes en todo el sistema europeo. Solo con unas pautas claras y

el mucho más reducido arsenal de instrumentos procesales de que gozan ni por la naturaleza de su jurisdicción. Pero, por otro lado, es no menos cierto que sus enjuiciamientos, ponderaciones de derechos e interpretaciones de normas reconocedoras, se aproximan a los típicos de un amparo constitucional" (p. 217). Sobre este tema, el ex magistrado de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en un voto razonado señaló lo siguiente: "En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía» (Corte IDH, Sentencia del Caso Tibi vs Ecuador. Voto razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 3).

³⁹ Para un estudio detallado del principio de proporcionalidad y su uso por parte del Tribunal Constitucional español, véase Bernal Pulido (2007).

homogéneas los funcionarios estatales podrán contrastar de forma inequívoca la compatibilidad de las normas internas con los criterios jurisprudenciales internacionales⁴⁰.

4. Aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del Tribunal Europeo de Derechos humanos en los casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión

En este apartado se abordará el estudio de algunos de los asuntos en los que el TEDH ha aplicado la teoría del margen nacional de apreciación en casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 9 del CEDH)⁴¹. Lo anterior con el objeto de evidenciar que la utilización de esta teoría ha dado lugar a que se presenten soluciones contradictorias que no permiten establecer de manera uniforme que actuaciones están amparadas por el derecho a la libertad religiosa en Europa, pues el contenido y las limitaciones de este derecho quedan subordinadas a las circunstancias sociales y políticas de cada país⁴².

Antes de abordar el estudio de los casos mencionados, es conveniente precisar que, para la mayoría de los autores que se han dedicado al estudio del Derecho eclesiástico del Estado, la libertad de conciencia en su ámbito religioso comprende la facultad de profesar una religión, la libertad de realizar actos de culto de forma individual o colectiva –privados o públicos–, y la libertad de comportarse y de tener una vida acorde con los dogmas religiosos que se estiman verdaderos. Su límite es, como todo derecho fundamental, los derechos de los demás y el orden público⁴³. El Tribunal Constitucional español ha establecido que el derecho a la

⁴⁰ Es conveniente aclarar que, en virtud del principio *pro homine*, se podrá aplicar válidamente los estándares nacionales cuando estos sean más garantista que los establecidos por el TEDH. En estos casos la protección mínima establecida por el TEDH es homogénea para todo el sistema regional, sin perjuicio que algunos Estados decidan ampliar la protección de esas garantías.

⁴¹ CEDH. Artículo 9: «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, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones 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».

⁴² En este apartado se realizará un estudio parcial de algunos de los casos más relevantes en los que se ha aplicado la figura del margen nacional de apreciación para asuntos relacionados con la libertad religiosa en el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Para un estudio detallado de la mayoría de los asuntos estudiados por el TEDH sobre esta materia, véase Celador Angón (2011).

⁴³ Por ejemplo, Barrero Ortega (2006), define la libertad religiosa de la siguiente manera «La libertad religiosa, como se observa, se refiere a tres cosas diferentes, aunque íntimamente relacionadas entre sí: libertad para creer o no creer, para tener unas u otras convicciones religiosas; libertad para expresar y manifestar esas convicciones y para hacer partícipes de ellas a otros; y libertad para comportarse de acuerdo con esas convicciones y para no ser obligado actuar en contra de las mismas» (p. 95). En la misma línea, Celador Angón (2018) señala: «Desde esta perspectiva, la libertad de conciencia puede definirse, en un primer nivel, como la libertad para tener unas u otras creencias o convicciones (o ninguna), para cambiar las mismas y para formar libremente la propia conciencia; en un segundo nivel, y una vez organizado el sistema interno de creencias y convicciones, se hace necesario que el ordenamiento jurídico garantice tanto la libre y voluntaria expresión y manifestación de las creencias o convicciones, como el derecho a no ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencia (16.2 CE); en un tercer nivel, con el objeto de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y siempre que se respeten el orden público y los principios constitucionales, los individuos tienen derecho a comportarse y a desarrollar su personalidad conforme a su sistema de creencias o convicciones personales; y por último, desde la perspectiva comunitaria, estaría la libertad para asociarse para ejercer de forma colectiva el derecho a la libertad de conciencia» (p. 455).

libertad religiosa se manifiesta en dos dimensiones: interna y externa. La primera dimensión comprende la existencia de un fuero íntimo e interno de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso. Por su parte, la dimensión externa abarca la facultad de las personas de actuar con arreglo a sus convicciones religiosas y mantenerlas ante terceros. Esto se traduce en actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos⁴⁴. No es apresurado señalar que existe un amplio consenso en la doctrina sobre el contenido mínimo que abarca la libertad religiosa y que ese contenido incluye la facultad de los particulares de usar un vestuario acorde con las creencias religiosas.

A pesar de lo señalado, el TEDH ha permitido, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, que los Estados impongan restricciones al ejercicio de la libertad religiosa en lo relativo al vestuario de las personas. Esta limitación al vestuario afecta gravemente el derecho de las personas de adecuar sus vidas conforme con sus creencias. Así, por ejemplo, el TEDH en el asunto Dahlab contra Suiza examinó el caso de una profesora de primaria que fue sancionada por utilizar como prenda de vestir un pañuelo islámico en el aula de clase. El Gobierno suizo alegó que esa vestimenta podía afectar la conciencia de los niños y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas. Aunque el caso fue inadmitido, el TEDH estableció que la prohibición de la prenda religiosa en el aula escolar tenía un fin legítimo como es el de garantizar la neutralidad del sistema educativo⁴⁵. De esta providencia se puede inferir que el TEDH estableció la regla consistente en que el vestuario religioso por parte de los profesores en el espacio educativo puede afectar la conciencia de los estudiantes, sobre todo, la de los más pequeños, y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme a sus creencias y convicciones. Por tanto, el Estado y sus funcionarios se deben comportar de forma neutral en el contexto escolar para no influenciar a los niños en materia religiosa. La vestimenta religiosa usada por la educadora no fue considerada neutral y en consecuencia se determinó que era legítima su prohibición.

La regla establecida por el TEDH permite deducir que, si el vestuario religioso de los profesores tiene la potencialidad de afectar la conciencia de los niños, también se deberían prohibir del ámbito escolar los símbolos religiosos estáticos que, con frecuencia, son expuestos en las aulas escolares. Así por ejemplo, los crucifijos, los cuadros que recrean escenas bíblicas y los mandamientos deben ser retirados de las aulas porque estos símbolos pueden afectar la conciencia de los niños y en consecuencia el respectivo derechos de los padres de educar a los menores según sus creencias y convicciones⁴⁶. No obstante la claridad de la regla, este estándar no fue aplicado en el asunto Lautsi y otros contra Italia. En este caso, el TEDH utilizó la figura del margen nacional de apreciación para inhibirse de estudiar si los símbolos

⁴⁴ Al respecto véase: Tribunal Constitucional Español, sentencias TC 24/1982, 120/1990, 166/1996 y 152/2002.

⁴⁵ El argumento relevante señalado por el TEDH para justificar la restricción del velo en este caso fue el siguiente: «El Tribunal observa en el presente caso que la medida por la que se prohibió a la demandante, en el contexto de sus obligaciones profesionales, llevar un pañuelo islámico no estaba dirigida a ella como miembro del sexo femenino, sino que perseguía el objetivo legítimo de garantizar la neutralidad del sistema estatal de educación primaria. Tal medida también podría aplicarse a un hombre que, en circunstancias similares, llevaba ropa que lo identificaba claramente como un miembro de una fe diferente» (TEDH, asunto Dahlab contra Suiza. Demanda 42393/98, sentencia de 15 de febrero de 2001).

⁴⁶ Para Llamazares Calzadilla (2015) por símbolo religioso: «se entiende por símbolo religioso la representación de una creencia religiosa, un significante cuyo significado es fruto de la convención social, no importa cuán amplia sea la base social de la convención (la sociedad en su conjunto, o sólo quienes pertenecen a un grupo concreto, en este caso, confesional)» (p. 157). Para la autora citada, los símbolos religiosos se pueden dividir en estáticos y dinámicos. Los primeros se encuentran fijos en un sitio determinado y los segundos son portados por las personas.

religiosos estáticos e institucionales en las aulas escolares podían afectar la conciencia de los estudiantes.

Los hechos que dieron lugar a este asunto fueron los siguientes: El Estado italiano, por expreso mandato de una norma expedida durante el régimen fascista, está en la obligación de exponer en las aulas escolares un crucifijo. La señora Lautsi se opuso a que sus hijos fueran sometidos a la exposición de esa imagen durante la jornada escolar porque no comparte las creencias cristianas y porque estimaba que una imagen de una persona crucificada era muy fuerte para niños tan pequeños (once y trece años). También alegó que el centro educativo era público y, por ende, debía ser neutral en materia religiosa. Por su parte, el gobierno adujo que la obligación de imponer la presencia del crucifijo tenía por objeto resaltar la tradición cristiana de Italia.

Este asunto llegó hasta la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala que en Sentencia del 18 de marzo de 2011 dejó sin efectos una sentencia previa de la Sección Segunda de esa misma corporación. En su lugar, la Gran Sala determinó que en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación el Estado italiano puede someter a los niños a que convivan con crucifijos en la jornada escolar. Según el TEDH, la larga tradición cristiana de la sociedad italiana otorga al Estado un amplio margen para imponer los crucifijos en las aulas escolares en aras de resaltar sus tradiciones culturales⁴⁷. Para construir la solución de caso el TEDH reconoce que no existe duda que se está ante la presencia de un símbolo religioso⁴⁸. Después determinó lo siguiente:

70. En el presente caso, el Tribunal deduce de ello que la opción de la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos compete, en principio, al margen de apreciación del Estado demandado. Por lo demás, la circunstancia de que no exista un consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en los colegios públicos (apartados 26-28 *supra*), confirma este enfoque. (TEDH, asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06, sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 70).

En el párrafo transcrito se puede advertir que, ante la ausencia de consenso en los Estados partes sobre la admisibilidad de símbolos religiosos en el sistema educativo, el TEDH optó, en virtud de la figura del margen nacional de apreciación, por permitir a los Estados que regularan ese tema a su arbitrio. Este estándar es contradictorio con el establecido en el caso del vestuario de la profesora suiza porque si una prenda de vestir usada por los profesores en las aulas escolares, tienen la capacidad de afectar la neutralidad del Estado y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas. La conclusión lógica es que los símbolos cristianos, como los crucifijos también deberían tener ese mismo efecto en la formación de la conciencia de los niños. Mientras que el uso del velo islámico por parte de las profesoras en las aulas escolares constituye una amenaza para formación de la conciencia de los niños, los crucifijos son inofensivos y tienen su fundamento en la defensa de las tradiciones culturales e históricas de Italia⁴⁹.

⁴⁷ Para un estudio detallado de los argumentos a favor y en contra de exposición de crucifijos en las aulas escolares en Italia, véase a Llamazares Fernández(2012) y Weiler (2012).

⁴⁸ Al respecto el TEDH señaló lo siguiente: «el Tribunal estima que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso. Los tribunales internos también lo estimaron así y, por lo demás, el Gobierno no lo niega. Si el simbolismo religioso agota o no el significado del crucifijo, no es algo decisivo en esta fase del razonamiento» (TEDH, asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06, sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 66).

⁴⁹ Sobre las contradicciones que se presentan entre el Asunto Dahlab contra Suiza y el Asunto Lautsi contra Italia, Vásquez Alonso (2012) sostiene lo siguiente: «A la luz de esta jurisprudencia, parece que

Como se ha reseñado a lo largo de este trabajo, la utilización de la figura de margen nacional de apreciación genera las consecuencias contradictorias expuestas en el párrafo anterior. En efecto, si un símbolo como la prenda de vestir tiene la capacidad de afectar la conciencia de los niños, otros símbolos religiosos presentes en el ámbito escolar y muchos más explícitos como los crucifijos deberían tener las mismas consecuencias que el pañuelo islámico. Ahora bien, si el vestuario religioso de la profesora no hubiese sido islámico, sino cristiano ¿la aplicación de la teoría del margen hubiese permitido ese vestuario no obstante ya se determinó el posible riesgo para la conciencia de los niños?

En el ámbito europeo no está claro si los educadores, en virtud de su derecho a la libertad religiosa, pueden portar símbolos religiosos en las aulas escolares. Para el TEDH, la respuesta a este interrogante es negativa en Suiza dado que se vulneraría el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias. En Italia, en contraste, como quiera que se pueden imponer símbolos cristianos en las aulas dado la larga tradición católica de ese país, también sería admisible el vestuario religioso cristiano de los profesores. Sin embargo, la pregunta lógica que se deduce es si otro tipo de vestuario religioso por parte de los profesores, diferente al cristiano, podría ser aceptado en las aulas escolares italianas.

En los siguientes casos ya no se tratará de establecer si el vestuario religioso de los funcionarios públicos, como los profesores, afecta la conciencia de los niños. En los próximos asuntos se estudiarán eventos en los que se prohibió directamente a los jóvenes utilizar vestuario religioso en las aulas escolares y en las universidades. Es importante tener en cuenta que existe una transcendental diferencia entre los casos estudiados en los párrafos anteriores y los que se estudiarán a continuación. Esta diferencia radica en que los niños y jóvenes no son funcionarios públicos y, por ende, no están en la obligación de comportarse de forma neutral en materia religiosa dado que la neutralidad solo se predica del Estado y de sus funcionarios. De los particulares se predica el derecho a la libertad de conciencia, tanto en su esfera religiosa como secular.

Uno de los primeros asuntos en que el TEDH conoció sobre la prohibición para los particulares de portar prendas religiosas en las aulas escolares fueron los casos que dieron origen a las sentencias Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia⁵⁰. En ambos casos las demandantes eran alumnas de colegios públicos y fueron expulsadas de sus instituciones educativas por no quitarse su velo islámico en la clase de educación física. Entre las cosas que alegó el Estado para defender su postura era que los símbolos religiosos en la escuela pública atentaban contra la larga tradición republicana y laica del Estado francés⁵¹. El TEDH, luego de hacer un largo análisis de la historia de la laicidad en Francia llegó a la siguiente conclusión:

63. Cuando están en juego cuestiones sobre las relaciones entre el Estado y las religiones, sobre las que pueden existir profundas divergencias en una sociedad democrática, procede conceder una importancia particular al papel del legislador nacional. Este es el caso cuando se trata de la regulación del uso de símbolos religiosos en los centros de enseñanza, en los que, en Europa, los enfoques sobre

el Tribunal Europeo ha querido dar a entender que es mayor la exigencia de neutralidad que puede imponerse a los funcionarios del estado que la que han de asumir las propias instituciones estatales, algo que, en mi opinión, constituye un serio traspié argumental que nubla la coherencia de la doctrina sobre la relación entre libertad de conciencia y neutralidad estatal que ha ido elaborando el juez europeo» (p. 623).

⁵⁰ TEDH, asunto Kervanci contra Francia. Demanda 31645/04, sentencia de 4 de diciembre de 2008. TEDH, asunto Dogru contra Francia. Demanda 27058/05, sentencia de 4 de diciembre de 2008.

⁵¹ Para un estudio riguroso de los orígenes históricos del principio de laicidad y su evolución en Francia, véase a Celador Angón (2017).

esta cuestión son diversos. La reglamentación en la materia puede, en consecuencia, variar de un país a otro en función de las tradiciones nacionales y de las exigencias impuestas por la protección de los derechos y libertades ajenos y el mantenimiento del orden público. (...)

72. El Tribunal señala igualmente que en Francia, como en Turquía o en Suiza, la laicidad es un principio constitucional, fundador de la República, a la que el conjunto de la población se adhiere y cuya defensa parece primordial, particularmente en el colegio. El Tribunal reitera que una actitud que no respete este principio no será necesariamente admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, y no se beneficiará de la protección que garantiza el artículo 9 del Convenio previamente citado. Teniendo en cuenta el margen de apreciación que debe dejarse a los Estados miembros en el establecimiento de las delicadas relaciones entre el Estado y las iglesias, la libertad religiosa así reconocida y limitada por los imperativos de la laicidad parece legítima con respecto a los valores subyacentes al Convenio. (TEDH, asunto Kervanci contra Francia. Demanda 31645/04, sentencia de 4 de diciembre de 2008, párrafos 63 y 72).

De la lectura de los argumentos expuestos por el TEDH, se advierte su preocupación por la defensa de la laicidad en Francia, asunto que no forma parte de las garantías establecidas en el CEDH y, en consecuencia, no es de su competencia. En contraste, es paradójico que, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, el TEDH permita que el contenido del derecho a la libertad de conciencia y religiosa esté subordinado al concepto de laicidad. Es decir, los derechos convencionales están sometidos a las características orgánicas de los Estados, hecho curioso porque en el constitucionalismo moderno se predica que la parte orgánica de cualquier organización política debe estar al servicio de los derechos fundamentales. En este caso, el TEDH únicamente debió estudiar si el uso del velo en la asignatura de deportes era legítima dado que buscaba proteger la integridad de los estudiantes prohibiendo el uso de vestuario inadecuado para la realización de actividad física. Las referencias al carácter laico del Estado y al margen de apreciación eran innecesarias y su uso no permitió un adecuado estudio de la proporcionalidad de la medida.

En la misma línea de los casos anteriores, el TEDH en el asunto Leyla Sahin contra Turquía estudió el caso de una joven universitaria que no pudo terminar la carrera de medicina por causa de la prohibición general de portar el velo islámico dentro de los campus de las universidades de Turquía. El Estado alegó que la prohibición se justificaba por el carácter laico del Estado y con el objetivo de evitar actos de discriminación contra las mujeres que no usan el velo. Toda vez que la mayoría de la población de ese país es musulmana, con la prohibición del velo se evita que las mujeres que decidan voluntariamente no portarlo sean objeto de discriminación. El TEDH al estudiar este caso consideró que el carácter laico del Estado turco y la finalidad de la medida justificaba la aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación. En consecuencia, declaró que no se había vulnerado el artículo 9 del CEDH al prohibir a las estudiantes usar prendas religiosas en los campus universitarios⁵².

De las sentencias estudiadas se advierte que los Estados laicos como Francia o Turquía pueden limitar el derecho a usar prendas religiosas en el ámbito escolar o universitario. Para el TEDH, esta prohibición se justifica por el amplio margen de apreciación que gozan estos Estados, lo que les permite regular y limitar los derechos convencionales de conformidad con las particularidades de cada sociedad. En estos

⁵² Al respecto el TEDH manifestó lo siguiente: «122. A la luz de lo que procede y teniendo en cuenta el margen nacional de apreciación de los Estados partes, el Tribunal concluye que la limitación del derecho está justificada y es proporcional al objetivo perseguido. 123. Por tanto, no hubo violación del artículo 9 del CEDH» (TEDH, asunto Leyla Sahin contra Turquía. Demanda 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, párrafos 122 y 123).

asuntos se permitió que un derecho convencional se encuentre subordinado al alcance de una garantía orgánica establecida en algunas de las constituciones de los Estados partes. Que los Estados sean laicos o confesionales es un hecho irrelevante para el TEDH, cuya única competencia en estos casos es interpretar de manera uniforme el alcance de las libertades establecidas en el artículo 9 del CEDH, para después determinar si las limitaciones del Estado vulneran el contenido mínimo de ese derecho.

La utilización de la figura del margen en estos casos no permitió que el TEDH estudiara la compatibilidad de las medidas adoptadas en el ámbito escolar con el artículo 9 del CEDH. Esta disposición establece que las restricciones a la libertad religiosa serán válidas cuando sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. Si se hubiese aplicado el denominado test de Estrasburgo, en vez del margen, se hubiese podido establecer si las limitaciones eran proporcionales al fin pretendido. El hecho de que las personas utilicen prendas de vestir con connotación religiosa en el ámbito escolar es una simple manifestación de sus creencias, conducta que no impide que las demás personas puedan disfrutar de sus derechos, no obstaculiza la convivencia democrática, ni atenta contra el orden, la seguridad, la moralidad o la salud pública.

En los siguientes dos casos se podrán evidenciar las contradicciones que se presentan cuando el TEDH aplica el margen nacional de apreciación en asuntos relacionados con el porte de vestimenta religiosa en el espacio público. En estos casos es relevante destacar que los ciudadanos no estaban al interior de edificios públicos, ni eran funcionarios estatales. Simplemente eran personas que querían llevar puesto sus atuendos religiosos en la calle. Aunque ambos casos son similares las reglas establecidas por el tribunal son abiertamente contradictorias como consecuencia de la utilización de la teoría del margen.

El primer proceso es el asunto Ahmet Arslan y otros contra Turquía. En esta providencia el TEDH estudió el caso de varias personas de una comunidad religiosa que fueron arrestadas y después condenadas a penas de prisión y multa por transitar en una calle de Ankara con un vestuario que fácilmente permitía identificarlos con una determinada secta religiosa. El Estado alegó que las mencionadas personas fueron condenadas por incumplir una prohibición tipificada en el código penal, por la cual se restringía el uso de vestimenta religiosa en lugares públicos como plazas y calles.

El TEDH en este asunto aplicó el test de Estrasburgo, por lo que examinó si la prohibición establecida por el Estado era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. El examen realizado permitió determinar que la prohibición establecida por parte del Estado tendiente a prohibirle a los particulares que utilizaran atuendos religiosos en el espacio público era desproporcionada e innecesaria porque no tenía como finalidad la protección de algunos de los fines establecidos en el artículo 9 del CEDH. Sobre este punto el TEDH señaló:

47. En este caso, la Corte tomará en cuenta, en segundo lugar, el argumento del Gobierno de que el propósito de aplicar las disposiciones mencionadas fue hacer cumplir los principios seculares y democráticos de la República, en consecuencia, prevenir actos de provocación, proselitismo y propaganda por parte de los demandantes. (...)

49. La Corte recuerda su conclusión de que los demandantes fueron castigados por la vestimenta que usaron en lugares públicos abiertos a todos, como caminos o plazas públicas. Por lo tanto, no se trata de la regulación del uso de símbolos religiosos en

establecimientos públicos, en los que el respeto por la neutralidad de las creencias puede tener prioridad sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar la religión. (...)

50. Por último, el Tribunal observa que no se desprende del expediente del caso que la forma en que los solicitantes manifestaron sus creencias mediante una vestimenta específica constituía una amenaza para el orden público o una presión sobre los derechos de los demás. Los solicitantes cometieron los delitos previstos por las Leyes Nos. 671 y 2596, porque se reunieron frente a una mezquita con el único propósito de participar en una ceremonia de carácter religioso. (TEDH, asunto Ahmet Arslan contra Turquía. Demanda 41135/98, sentencia de 23 de febrero de 2010, párrafos 47- 50).

La regla que se deduce de la sentencia citada es la siguiente: es desproporcional, y por ende vulnera el artículo 9 del CEDH, prohibirles a los particulares que lleven atuendos religiosos en el espacio público porque ellos no están obligados a ser neutrales en materia religiosa. Además, el uso de vestuario religioso no constituye *per se* un riesgo para la seguridad, salubridad o moralidad pública. No obstante, el TEDH con posterioridad y en abierta contradicción con lo establecido en la providencia que se acaba de transcribir, determinó que era legítima la prohibición establecida por el Estado francés de cubrirse el rostro en el espacio público. En efecto, en este asunto una disposición de rango legal estableció la prohibición de usar en el espacio público prendas que cubran totalmente el rostro. Aunque la norma no hacía referencia a prendas religiosas, en la práctica la prohibición solamente afectaba a las mujeres musulmanas que usan el burka y el niqab, tipos de velo islámico que cubren totalmente la cara. Lo anterior porque la norma tenía excepciones para los demás casos en que se cubre el rostro como por ejemplo para los cascos de motocicletas, bomberos, disfraces para fiestas y carnavales.

La demandante en este asunto alegó que era ciudadana francesa y que portaba el velo islámico de forma voluntaria. Por ende, estimaba que la prohibición vulneraba su derecho a la libertad religiosa por no poder llevar en el espacio público el atuendo que prescriben sus creencias. Por su parte, el gobierno alegó que la prohibición se justificaba por razones de seguridad, para combatir la violencia y las presiones que sufren algunas mujeres musulmanas por parte de su familia, que llegan incluso a obligarlas a usar algún tipo de velo islámico. A su vez, también señaló que la medida busca garantizar un espacio de convivencia democrático que es imposible si las personas tenían cubierto su rostro⁵³.

El TEDH en la Sentencia SAS contra Francia no realizó el test de Estrasburgo por lo que no determinó, como en el caso anterior, si la limitación establecida era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. Sin embargo, descartó las razones de seguridad alegadas por el Estado porque las consideró innecesarias dado que es suficiente que las personas muestren en ciertos sitios y circunstancias su rostro como por ejemplo en los aeropuertos o en los eventos en que se requiera su identificación plena.

Fueron dos los argumentos utilizados en este caso por el TEDH para justificar la prohibición establecida por el Estado. El primero señala que la medida de cubrir el rostro se justifica dado que este hecho impide la socialización entre las personas en el espacio público. Para el TEDH, el Estado puede prohibir que las personas se cubran totalmente la cara porque este hecho obstaculizaba la creación de un espacio de convivencia. Por otra parte, el segundo argumento utilizado para justificar la prohibición fue la figura del margen nacional de apreciación. Según el TEDH en este caso se debía otorgar a Francia un amplio margen de apreciación toda vez que no

⁵³ Para un estudio detallado del asunto SAS contra Francia, véase a Camarero Suárez y Zamora Cabot (2015).

existe un consenso entre los Estados europeos sobre la prohibición de cubrirse el rostro en el espacio público. Al respecto el TEDH sostuvo:

156. Se da la circunstancia de que no hay ninguna comunidad de opiniones entre los Estados miembros del Consejo de Europa (véase, *mutatis mutandis*, X, Y y Z contra Reino Unido, 22 de abril de 1997, ap. 44, Repertorio 1997 II) sobre la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos. De hecho, este Tribunal señala que, contrariamente a lo mantenido por uno de los intervinientes (ap.105), no hay ningún consenso europeo contra la prohibición. Ciertamente, desde un punto de vista estrictamente normativo, Francia se encuentra en una posición muy minoritaria en Europa: excepto Bélgica, ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa ha optado hasta la fecha por esta medida. Cabe señalar que la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos está o ha estado en debate en varios países europeos. En algunos, se ha decidido no optar por una prohibición general. En otros, esta prohibición se ha propuesto (ap. 40). A esto debe añadirse que, ciertamente, la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos simplemente no se plantea en ciertos Estados miembros, donde esta práctica es inexistente. Parece que en Europa no existe un consenso sobre este asunto, ya sea a favor o contra una prohibición general sobre el uso del velo integral en los espacios públicos en Europa.

157. En consecuencia, teniendo en cuenta en particular la amplitud del margen de apreciación otorgado al Estado demandado en el presente caso, el Tribunal considera que la prohibición impuesta por la Ley del 11 de octubre de 2010 puede considerarse proporcional al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones de “convivencia” como elemento de “protección de los derechos y libertades de los demás” (TEDH, asunto SAS contra Francia. Demanda 43835, sentencia de 1 de julio de 2014, párrafo 157).

La providencia que se acaba de transcribir amerita dos comentarios adicionales. El primero es sobre la supuesta falta de un consenso en los Estados europeos sobre la posibilidad de cubrirse el rostro en el espacio es falsa. Tal como lo evidencian algunos autores como Camarero Suárez y Zamora Cabot (2015), la premisa no es cierta porque existe en Europa un amplio consenso a favor de permitir el uso de prendas religiosas que cubran el rostro en el espacio público. El propio TEDH, en los párrafos transcritos, señaló que solo Bélgica y Francia prohíben cubrirse el rostro en el espacio público. Por tanto, en esta materia si existe un consenso, pero a favor de permitir que las personas lleven puestas prendas que cubran el rostro en el espacio público, sin perjuicio que en algunos lugares como los aeropuertos puedan ser requeridos para su identificación plena⁵⁴.

Por otra parte, el segundo comentario contra la sentencia SAS es que esta se apartó de forma ilegítima del precedente y de los estándares establecidos en el asunto Ahmet Arslan y otros contra Turquía. En efecto, en este fallo no se indicó que se estaba cambiando o revaluando el precedente establecido en el asunto turco. En el caso SAS, el TEDH debió indicar que estaba apartándose de la regla que establecía que la prohibición de usar prendas de vestir de contenido religioso en el espacio público era desproporcionada. Lo anterior porque la medida adoptada en Francia no es neutral ya que afecta a un determinado tipo de vestuario religioso. Con la aplicación de la teoría del margen se puede inferir que la regla de la desproporcionalidad de la prohibición del uso del vestuario solo aplica para el caso turco. En contraste, en

⁵⁴ Sobre este punto Celador Angón (2017) apuntó lo siguiente: «En este caso concreto, el tribunal no solo reconoció un excesivo margen de apreciación al gobierno francés, sino que, además, lo hizo ante la falta de un consenso europeo sobre la materia, pese a que a la vista de los hechos y a la falta de legislación similar a la francesa en la casi totalidad de los países europeos parece evidente la existencia de cierto consenso europeo, pero en sentido opuesto al señalado por el Tribunal» (pp. 273-374).

Francia el Estado puede prohibir algunos atuendos religiosos que cubren el rostro como el niqab o burka.

El problema evidente que se presenta en estos asuntos es que en algunos eventos el TEDH realiza un examen riguroso para determinar si la restricción al vestuario religioso es proporcional con los motivos que permiten su limitación, establecidos en el artículo 9 del CEDH. En contraste, cuando se aplica el margen el TEDH no realiza un examen riguroso, en una clara deferencia hacia los Estados partes. Un ejemplo claro de la rigurosidad del examen que realiza el TEDH cuando no aplica el margen es el asunto Eweida y otros contra Reino Unido⁵⁵. En esta providencia se estudiaron varios casos relacionados con la posible vulneración del artículo 9 del CEDH. Aquí solo se hará referencia a los casos que tienen relación con el vestuario religioso.

El primero de ellos se presentó porque una azafata de una compañía aérea fue sancionada por portar un crucifijo en la jornada laboral. No obstante, la compañía permitía a las trabajadoras musulmanas utilizar el velo y a los trabajadores sijes el turbante. Cuando el asunto fue conocido por la opinión pública, la compañía aérea cambió sus estatutos internos y permitió el uso de crucifijos. A pesar del cambio, el TEDH determinó que en este caso se había vulnerado el derecho a la libertad religiosa porque la prohibición era desproporcionada dado que no perseguía ninguno de los fines que permiten limitar esta libertad. Para el TEDH, la prohibición resultaba tan innecesaria que otros trabajadores ya habían logrado excepciones a la limitación, razón que motivó la derogación definitiva de la prohibición cuando el caso fue conocido por la opinión pública.

En el segundo caso, a una enfermera que trabajaba en una unidad geriátrica le fue prohibido el porte de un crucifijo en el ejercicio de sus labores porque las personas que ella atendían regularmente entraban en crisis de ansiedad y por ende llevar un objeto metálico constituía un riesgo para la integridad de la trabajadora y los pacientes. El hospital también justificó la prohibición por razones sanitarias dado que existía la posibilidad que el crucifijo pudiese tener contacto con las heridas abiertas de los pacientes. En este caso, el TEDH consideró que la restricción era proporcionada dado que buscaba proteger la salud de los pacientes y de la misma enfermera. En ambos casos, el margen de apreciación no fue aplicado, lo que llevó a realizar un examen riguroso del test de Estrasburgo con el fin de establecer si la medida restrictiva era proporcionada.

En definitiva, cuando el TEDH aplica la figura del margen nacional de apreciación es cuando se presentan los casos con soluciones contradictorias como consecuencia de la ausencia de un estudio riguroso acerca de la prohibición establecida y su proporcionalidad. Los asuntos analizados son un claro ejemplo de la forma en que la figura del margen nacional de apreciación ha servido para desnaturalizar el contenido de un derecho aparentemente claro como lo es la libertad religiosa. En efecto, para la doctrina esta libertad incluye la potestad de adecuar el proyecto de vida y los comportamientos externos -entre ellos las prendas de vestir- a los dogmas establecidos por las creencias que se comparten. Por ende, la prohibición establecida que impide que los particulares usen las prendas de vestir que más se adecuan con sus creencias religiosas es una violación del derecho a la libertad de conciencia en su ámbito religioso. Lo anterior porque el uso de estas prendas no afecta los derechos de terceros, ni el orden, moralidad o salud pública.

⁵⁵ TEDH, asunto Eweida y otros contra Reino Unido. Demanda 48420/10, sentencia de 15 de enero de 2013.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede sostener que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos no existe un estándar claro por parte del TEDH sobre la libertad de usar ciertas prendas que prescriben los mandatos religiosos. Aunque en la mayoría de los países está permitido el uso del velo islámico sin restricción alguna, el TEDH ha permitido que algunos Estados, que tienen la particularidad de ser laicos, puedan, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, limitar el uso de las prendas religiosas en ciertos ámbitos. Si el TEDH hubiese adoptado de una forma clara, y en similares términos que la Corte IDH la figura del control de convencionalidad, no se presentarían las contradicciones evidenciadas en este acápite porque la existencia de unos criterios claros y homogéneos para todo el sistema impediría que el TEDH estableciera decisiones opuestas en casos semejantes.

Para finalizar el escrito, es importante resaltar que en estos casos el carácter laico del Estado (Francia, Turquía) o confesional sociológico (Italia) ha tenido un papel sustancial al momento de decidir si se aplica el margen y en consecuencia flexibilizar el examen de la compatibilidad de la medida restrictiva y el artículo 9 del CEDH. Este hecho representa un gran desacierto por parte del TEDH porque el contenido y los límites de los derechos convencionales no pueden estar sometidos al carácter laico o confesional de los Estados. Aunque no exista un consenso europeo sobre la mejor forma de relación entre el Estado y el fenómeno religioso es evidente que si existe un acuerdo para la protección de la libertad de conciencia, hecho que se vio reflejado en el artículo 9 del CEDH. Por ende, este derecho debe ser protegido en términos iguales en toda Europa, independientemente de si el Estado es laico o confesional⁵⁶. Para el TEDH debe ser irrelevante que existan o no privilegios por parte de los Estados al fenómeno religioso dado que la laicidad y la confesionalidad están presentes en las diferentes constituciones de los Estados europeos. Lo importante es que no existan obstáculos para el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, cuyos únicos límites válidos deben ser los necesarios para compatibilizar esta libertad con los derechos de los demás y el orden público.

5. Conclusiones

1. Los tribunales regionales de derechos humanos tienen como una de sus principales funciones la interpretación de los derechos convencionales. Esta labor es necesaria para el correcto ejercicio de las diferentes funciones de estos tribunales. Para que se pueda declarar la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, los tribunales regionales deben previamente haber establecido el alcance y el contenido de los derechos convencionales. La función interpretativa también permite establecer unos estándares jurisprudenciales inequívocos que pueden servir de marco de referencia para el momento en que los Estados vayan a ejercer su potestad reguladora y limitadora de los derechos. Aquí, los estándares indicarán a los Estados hasta dónde pueden regular o limitar los derechos.

2. La figura del control de convencionalidad utilizada por la Corte IDH es coherente con la función interpretativa que deben desempeñar los tribunales regionales de derechos humanos. Gracias a esta teoría, la Corte IDH ha establecido unos estándares claros sobre la interpretación del contenido y de los límites de los derechos establecidos en la CADH. Estos criterios obligatoriamente deben ser tenidos

⁵⁶ Para un estudio detallado de los diferentes tipos de Estado según su relación con el fenómeno religioso y el CEDH, véase a Vásquez Alonso (2008).

en cuenta por los funcionarios nacionales al momento de interpretar y aplicar el Derecho interno. En el Sistema Interamericano existen unos estándares que no pueden ser desconocidos por los Estados. Las circunstancias nacionales y el contexto particular de cada Estado no pueden ser invocados como excusa para apartarse de los estándares interamericanos.

3. En contraste, la teoría del margen nacional de apreciación, utilizada por el TEDH, desnaturaliza la función interpretativa de los tribunales regionales de derechos humanos, pues la frecuente utilización de esta figura no permite establecer el contenido de los derechos convencionales. En algunos casos, el TEDH ha entrado en abierta contradicción con los estándares establecidos previamente en casos en los que aplicó de forma estricta el test de Estrasburgo con el fin de determinar la proporcionalidad de la medida reguladora. La ausencia de una interpretación homogénea y estudiar los casos según el contexto interno de cada Estado impide que las personas que habitan el continente europeo puedan disfrutar de unas garantías de protección similares en el espacio que conforma su sistema regional de derechos humanos.

4. Uno de los ejemplos más paradigmáticos sobre la falta de un contenido uniforme del alcance de un derecho en el Sistema Europeo de Derechos Humanos es el caso de la libertad de conciencia, pensamiento y religión (Art 9 CEDH). Gracias a la utilización frecuente de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del TEDH en casos relacionados con esta materia, se ha llegado a prohibir el vestuario religioso en el ámbito escolar en Suiza, pero a su vez ha permitido el uso de símbolos estáticos con connotación religiosa en las aulas escolares en Italia. Por otra parte, el TEDH determinó que la prohibición establecida por el Estado turco de prohibir el uso de prendas religiosas en el espacio público era desproporcionada. Sin embargo, negó el amparo solicitado por una ciudadana francesa que alegó que no podía salir a la calle con un elemento importante de su vestuario religioso porque una ley de ese país prohíbe cubrirse el rostro en el espacio público.

5. El TEDH debería adoptar de forma expresa, y en similares términos que la Corte IDH, la figura del control de convencionalidad. Esta figura ayudaría a entender de una forma más adecuada la importancia de la función interpretativa de los derechos y la incompatibilidad de la función interpretativa con la figura del margen nacional de apreciación. Es el TEDH el que debe establecer los límites y los criterios interpretativos de los derechos. En consecuencia, los Estados deben ajustarse a estos criterios, por tanto el contexto interno no debe ser un factor relevante a la hora de establecer los límites de los derechos convencionales.

Bibliografía

- Acosta Alvarado, P. A. (2012). Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el uso del margen de apreciación ¿ausencia justificada?. En P.A. Acosta Alvarado y M. Núñez Pablote (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales* (pp. 183-238). México D. F., México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barbosa Delgado, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista de Derecho del Estado*, 26, pp. 109-110. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881>

- Barrero Ortega, A. (2006). *La libertad religiosa en España*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 15 (1), pp. 295-310. Recuperado de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/203/196>
- Camarero Suárez, V. y Zamora Cabot, J. (2015), La Sentencia del TEDH en el caso S.A.S. C. Francia: un análisis crítico. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37. Recuperado de https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415537
- Celador Angón, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio de las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, España: Dykinson.
- Celador Angón, O. (2017). *Orígenes histórico-constitucionales del principio de la laicidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Celador Angón, O. (2018). Libertad ideológica, religiosa y de culto. En J. de Lucas y J.M. Rodríguez Uribe (eds.), *Derechos Humanos y Constitución* (pp. 449-467). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º. 7: Control de convencionalidad*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Fernández Sánchez, P. A. (2009), La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15). En J. García Roca y P. Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 765-784). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Roca, J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 27, pp. 117-143. doi <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778>
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor, España: Civitas Thomson Reuters.
- Gargarella, R. (2013). Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. *Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política*. Recuperado de https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=yale_sela (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Llamazares Calzadilla, M. C. (2015). *Ritos, signos e invocaciones: Estado y simbología religiosa*. Madrid, España: Dykinson.
- Llamazares Fernández, D. y Llamazares Calzadilla, M. C. (2011). *El Derecho a la libertad de Conciencia. Tomo I*. 4ª ed., Madrid, España: Civitas Thomson Reuters.
- Llamazares Fernández, D. (2012). De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler. *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 27, pp. 37-42.
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, pp. 489-509.
- Nash Rojas, C. (2018). La doctrina del margen nacional de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, pp. 71-100. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>

- Núñez Donald, C. (2016). *Control de convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- Núñez Poblete, M. (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. En P.A. Acosta Alvarado y M. Núñez Poblete (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales* (pp. 3-49). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pascual Vives, F. J. (2013). El margen nacional de apreciación en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, pp. 217-262. Recuperado de <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/37319/1/201412%20AEDI%2029%20%282013%29%20-%205.pdf> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Pérez Tremps, P. (2016). *Sistema de Justicia Constitucional* (2ª ed.). Cizur Menor, España: Civitas Thomson Reuters.
- Prieto Sanchís, L. (2000). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Revista Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/1395> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Quinche Ramírez, M. F. (2016). *El control de convencionalidad*. México: Ubijus.
- Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa.
- Roa Roa, J. E. (2011). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Roa Roa, J. E. (2018). La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiaridad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2 (8), pp. 800-823. Recuperado de <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5643/4001> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Ruiz Ruiz, J. J. (2018). El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al protocolo No. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 453-482. doi: <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23639>
- Romero Pérez, X. L. (2011). *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos Humanos, ideas fuerzas rectoras*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Souto Paz, J. A. (1992). *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Vásquez Alonso, V. J. (2008). Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil. *Revista Estudios de Deusto*, 56(2), pp. 135-164. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-56\(2\)-2008pp135-164](http://dx.doi.org/10.18543/ed-56(2)-2008pp135-164)
- Vásquez Alonso, V., J. (2012). *Laicidad y Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Weiler, J. (2012). Estado y Nación; iglesia, mezquita y sinagoga: la sinopsis. *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 27, pp. 28-33.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del caso Olmedo Bustos y otros contra Chile [la última tentación de cristo], fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos contra Perú, fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, fondo. Sentencia de 31 de enero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta contra Perú, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra Brasil, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, excepción preeliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay, fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) contra Costa Rica, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rifo y niñas contra Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 01/82.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 04/84.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 12/91.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 14/94.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 21/14.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Dahlab contra Suiza. Demanda 42393/98. Sentencia de 15 de febrero de 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Leyla Sahin contra Turquía. Demanda 44774/98. Sentencia de 10 de noviembre de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Kervanci contra Francia. Demanda 31645/04. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Dogru contra Francia. Demanda 27058/05. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Ahmet Arslan contra Turquía. Demanda 41135/98. Sentencia de 23 de febrero de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Schalk and Kopf contra Austria. Demanda No. 30141/04. Sentencia 24 de junio de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto A, B and C contra Irlanda. Demanda No. 25579/05. Sentencia del 16 de diciembre del 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06. Sentencia del 18 de marzo de 2011.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Eweida y otros contra Reino Unido. Demanda 48420/10. Sentencia de 15 de enero de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto SAS contra Francia. Demanda 43835. Sentencia de 1 de julio de 2014.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Lambert et Autres contra Francia. Demanda No. 46043/14. Sentencia del 5 de junio del 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Chapin et Charpentier contra Francia. Demanda No. 40183/07. Sentencia de 9 de junio de 2016.

Derechos colectivos y Teoría del Derecho. Más ideología que teoría

Collective Rights and Legal Theory. More ideology than theory

José María Sauca

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0001-5472-4491

josemaria.sauca@uc3m.es

Cita recomendada:

Sauca, J.M. (2019). Derechos colectivos y teoría del Derecho. Más ideología que teoría. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 100-115.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4993>

Recibido / received: 28/08/2019

Aceptado / accepted: 21/09/2019

Resumen

El tratamiento teórico de los derechos colectivos y su carácter polémico mantienen una importante actualidad tanto desde la perspectiva filosófica política y moral como desde la correspondiente a la dogmática jurídica. Sin embargo, los tratamientos de dicha categoría formulados por la teoría jurídica están recibiendo un menor e injustificado interés. En el presente trabajo se presta especial atención al estudio de los trabajos de Caracciolo y Jovanović en la materia y se concluye en que las pretendidas aproximaciones teóricas de análisis conceptual colapsan en una aproximación ideológica sobre la aceptación o rechazo de la categoría.

Palabras clave

Teoría e ideología, derechos, derechos culturales.

Abstract

The theoretical treatment of collective rights and their controversial nature maintain important relevance both from the political and moral philosophical perspective and from that corresponding to legal dogmatics. However, the treatments of this category formulated by legal theory are receiving less and unjustified attention. In this paper, special attention is given to the study of Caracciolo, and Jovanović's respective works on the subject. It concludes that the intended theoretical approaches of conceptual analysis collapse into an ideological approach on the acceptance or rejection of the category.

Keywords

Theory and ideology, rights, cultural rights.

Sumario. 1. Actualización del panorama teórico sobre la temática de los derechos colectivos. 2. Propuestas críticas sobre la admisibilidad de la categoría de derechos colectivos de Ricardo Caracciolo. 3. Propuestas de justificación de los derechos colectivos sobre el valor del colectivismo de Miodrag A. Jovanović. 4. Consideraciones finales.



1. Actualización del panorama teórico sobre la temática de los derechos colectivos

Parece un lugar común señalar que la temática de los derechos colectivos ha ido permanentemente de la mano con el desarrollo de los derechos individuales, aunque nunca ha alcanzado un estatuto de consolidación mínimamente equiparable. A pesar de ello, las tres últimas décadas han visto florecer una rica literatura académica sobre la materia y parece que su vigor dista de haberse agotado. Una aleatoria búsqueda en la Red, mediante un programa al uso en contextos académicos, arroja más de tres millones de entradas sobre trabajos académicos en la temática tan solo en inglés y español¹. Esta exuberancia bibliográfica, cuya extensión me anima a no anegar este trabajo en la ímproba labor de dar cuenta de la misma, se reparte, de manera poco sorpresiva, entre las reflexiones sobre la fundamentación de los derechos colectivos (y de sus críticos) y los estudios dogmáticos sobre sus concreciones normativas. Los primeros son desarrollados por filósofos políticos acompañados, en ocasiones, de filósofos morales, mientras que los segundos se reparten entre internacionalistas, por un lado, y constitucionalistas, por otro, frecuentemente acompañados de laboristas especializados en la negociación colectiva y administrativistas de perfil urbanístico y medioambientalista.

Entre ambos grandes sectores se abre paso, sin embargo, un tipo de reflexión mucho más restringida y que se corresponde con la autoría de los filósofos del Derecho. El tipo de argumentación seguido por estos suele resultar deudora de los dos estilos generales. Así, por un lado, se da una mayoritaria línea de trabajo que recoge la reflexión filosófica política y la acerca a la configuración de la teoría jurídica de los derechos fundamentales. Por otro, suele partir de los textos normativos que recogen dimensiones de titularidad de derechos atribuidos a colectivos y tratar de operar un proceso de abstracción tendente a la configuración de una justificación de la categoría en cuestión. Como ejemplo de la primera estrategia significaría la selección de trabajos publicados en el monográfico publicado en el número 2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* de 1991 y que constituye una piedra de toque del moderno debate en la materia. En la literatura local destacaría los trabajos de García Inda (2001), Torbisco (2006), Sauca (2010 y 2014) y Bengoetxa (2015), así como los fructíferos análisis críticos de Rodríguez Abascal (2002 y 2003) y González Amuchastegui (2004). Como ejemplo de la segunda, destacaría los esfuerzos de MacCormick (1977 y 1982) y de Kramer (2002 y 2017). Ambos desarrollan actualizaciones –por cierto, incompatibles entre sí– de las teorías del interés como soporte de los derechos subjetivos en clave de revisión de su categorización hohfeldiana, que les lleva a establecer las bases para una teoría de los derechos colectivos fundamentada en el interés propio del grupo en el mantenimiento del colectivo. Recojo una conclusión clara del segundo:

Solo en la medida de que los miembros *son constitutivos de un grupo*, tienen, sin embargo, un interés *directo* en la cohesión del grupo. *Qua* asociación, los miembros tienen colectivamente un interés directo en estar juntos (como una asociación); después de todo, salvo que se mantengan juntos perderán su propia continuidad como asociación. Este interés directo de los miembros *qua* colectividad no puede ser reducido a una diversidad de intereses indirectos, en parte, porque ninguna diversidad de intereses indirectos puede, por ellos mismos, conformar en total un interés directo y, en parte, porque el interés directo puede permanecer incluso cuando los intereses indirectos se cambian o parcialmente desaparecen (Kramer, 2002, p. 55 [las cursivas son del autor]).

¹ Me refiero al uso de Google Académico que cuantifica 2.800.000 entradas para trabajos académicos ante la entrada de *collective rights* y de 692.000 para la de *derechos colectivos*. Los cálculos se disparan hasta trescientos veintidós millones para la primera y cuarenta y siete millones para la segunda cuando abrimos la consulta en la red sin filtros académicos (u.c.21/07/2019).

Entre nosotros merecen una especial mención los trabajos de López Calera (1992 y 2000) que han tenido una amplia influencia. En su estrategia, la constatación de la existencia de una multiplicidad de entidades jurídicas de carácter colectivo y titulares de derechos constituye la base normativa insoslayable de que existen los derechos colectivos y de que la reflexión iusfilosófica debe dar cuenta de la justificación de dichas entidades jurídicas. En último término, como decía Kelsen, el Derecho es como un Rey Midas que convierte en Derecho todo lo que toca (2008, p. 57). Si el Derecho crea entes colectivos y les atribuye derechos, solo desde presupuestos externos a una teoría del Derecho se puede continuar alegando su inexistencia.

Sin embargo, los filósofos del Derecho que han intentado una aproximación genuinamente conceptual son mucho menos numerosos. En este esfuerzo, considero que merecen un reconocimiento expreso los casos de Raz (1986, 1994 y 1998) y su propuesta de justificación de los derechos colectivos como derechos a bienes colectivos y de Réaume y su propuesta de justificación de los derechos colectivos como derechos a bienes participativos. En la academia hispanohablante, creo que quien ha intentado seguir esta senda es Cruz Parceró (1998 y 2007) quien, recogiendo expresamente la clasificación de Alexy sobre aproximaciones analíticas a la categoría de derechos, ha ido evolucionando en favor de un mayor margen de aceptación y pertinencia de la misma.

En este contexto, estimo, sin embargo, que hay dos autores encuadrados en la adscripción disciplinar de la teoría jurídica que han recibido una atención mucho menor de la que se les debe prestar y que esta deficiencia debe ser corregida. Me refiero a los trabajos de, por un lado, Ricardo Caracciolo y, por otro, de Miodrag A. Jovanović. En estas páginas prestaré atención al análisis que cada una de las propuestas, crítica la primera y justificadora la segunda, prestan al análisis teórico jurídico de los derechos colectivos.

2. Propuestas críticas sobre la admisibilidad de la categoría de *derechos colectivos* de Ricardo Caracciolo

La temática de los derechos colectivos se presenta como un aspecto colateral y singular de la obra de Caracciolo. El trabajo fundamental en que aborda la cuestión se titula *¿Existen los derechos colectivos?* y fue publicado inicialmente en 2002, en un libro editado a cargo de Susanna Pozzolo (Caracciolo, 2002). Posteriormente, ha sido incluido como capítulo de cierre en el libro que se publicó bajo el título de *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos* (Caracciolo, 2009). Es precisamente en términos de ensayo el modo en que Caracciolo se acerca a esta cuestión que, en lo que se me alcanza, resulta inédita en el conjunto de su obra. Destaco su carácter ensayístico tanto por razones metodológicas como sustantivas. En el primer sentido, Caracciolo soslaya una aproximación sistemática a la cuestión y, a lo largo de los siete puntos que conforman su cuerpo, va delimitando una estrategia expositiva que transita desde el cuestionamiento existencial de la categoría al problema metaético subyacente a la fundamentación de un eventual tipo peculiar de los mismos que se englobaría bajo la idea de derechos a la identidad cultural. En el segundo sentido, probablemente este artículo sea el trabajo en que Caracciolo se acerca más y más abiertamente a temas colindantes con la filosofía política y aunque mantiene intacto su estilo argumentativo, incluido el recurso a la formalización de las tesis en examen, el razonamiento llega a adquirir un claro sentido normativo. Con todo, creo importante significar que el carácter fronterizo que esta temática tiene para Caracciolo no se presenta, a mi modo de ver, como una curiosidad o incluso una relativa extravagancia, sino que implica la selección de un tema en el que ensayar la intersección de tres de las líneas más

potentes de su pensamiento. Me refiero al concepto de norma, al de racionalidad colectiva y al de evaluación moral del Derecho².

Desde estos parámetros, paso a exponer cuáles son sus tesis centrales, con las que adelanto parciales discrepancias que intentaré ir explicando simultáneamente.

El punto de partida de Caracciolo es clásico en el autor: la intensa controversia filosófica sobre los derechos colectivos radica en confusiones conceptuales de diversa índole por lo que una labor de depuración conceptual resulta básica. «En rigor –afirma– se trata de saber exactamente qué se pretende decir cuando se lo afirma [los derechos colectivos] o cuando se lo niega» (2009, p. 261). A tal fin propone una estrategia definicional mixta a caballo entre estipulativa y lexicográfica: «tendré que formular –advierte– algunas estipulaciones, que se justifican (en parte) por la utilización de esa expresión en la literatura corriente» (2009, p. 261).

Las estipulaciones son tres:

En primer lugar, hay una contraposición entre derechos individuales y derechos colectivos. Esta contraposición radica en que los derechos colectivos tienen como objeto un bien colectivo y los derechos individuales tienen como contenido acciones u omisiones o sus resultados.

En segundo lugar, un bien colectivo es un bien que pertenece a un grupo y no a los individuos que lo integran.

En tercer lugar, los derechos sobre bienes colectivos sólo pueden ser derechos de un grupo, esto es, derechos colectivos.

Las estipulaciones como tales no detentan valor de veracidad o falsedad, pero si cabe evaluar la mayor o menor utilidad de las mismas. En este sentido, creo que podrían apuntarse algunas sugerencias en relación con las ideas expuestas.

Con respecto a la primera, tendría que señalar que se me escapa la utilidad de introducir un desequilibrio categorial entre el contenido de los derechos colectivos y el de los individuales o, al menos, uno como el que se propone. Dos serían los tipos de argumentos. Por un lado, el objeto o contenido sobre el que versa un derecho es un bien, cualesquiera sean las condiciones relativas de su carácter público o privado y ello no es privativo de los derechos colectivos. Por decirlo con un ejemplo, tanto es un bien el bien colectivo de disfrutar de una ciudad limpia como el bien particular de tener limpio mi jardín. Por otro lado, los derechos, en cuanto atribución de facultades, implican acciones, omisiones o sus resultados tanto en el caso de que aquellas estén atribuidas a individuos como a colectividades. En general, la producción de bienes colectivos amerita una mayor cantidad de acciones y omisiones que un derecho individual. El hecho de que suela ser así no desdibuja la característica de que exige, precisamente, acciones y omisiones o sus resultados.

En relación con la segunda, concuerdo en que hay dificultades para delimitar las características de un bien como colectivo, aunque en la mayoría de los casos la idea gira en torno al carácter *inexcuible* de su disfrute, al menos, mediante procedimientos que no atenten a los derechos individuales del excluido de su disfrute. Sin embargo, tal y como está formulada, la tesis de que un bien colectivo es un bien que pertenece a un grupo y no a los individuos que lo integran es ambigua. Si por pertenencia a un grupo entendemos la titularidad del grupo, esta interpretación colapsa con la tercera tesis, por lo que resulta redundante. La alternativa supondría distinguir dos sentidos en la vinculación entre bien colectivo y grupo. Por un lado, el que se refiere a la producción del bien y, por otro, al disfrute del mismo. En el primero

² Estos son algunos de los temas centrales del autor. Pienso en alguno de sus trabajos clásicos como *La noción de sistema en la teoría del Derecho* (1994) «Realismo moral vs. positivismo jurídico» (2001), «Derecho y decisiones colectivas» (1991) o «Acción colectiva y justicia» (2006).

de ellos, concordaría sobre la base de que, generalmente, la producción de un bien colectivo requiere la participación de un número importante de individuos o en que, necesariamente, es así cuando el bien colectivo tiene carácter participativo. En el segundo, sin embargo, no. Un individuo, en tanto que individuo, puede tener acceso al disfrute de un bien colectivo. Por ejemplo, una campaña pública de vacunación contra enfermedades contagiosas de un grupo con especial riesgo a sufrirlas –el bien colectivo de la salud del grupo– concurre con el derecho individual a la protección de su salud como disfrute de una protección individual.

En cuanto a la tercera tesis –los derechos sobre bienes colectivos sólo pueden ser derechos de un grupo, esto es, derechos colectivos–, estimo que debería recibir alguna matización. Por un lado, cabe la posibilidad de mantener que *algunos* derechos sobre bienes colectivos pueden ser individuales –en línea de Raz y en contra de MacCormick (Rèaume, 1998, p. 9)– como, por ejemplo, el derecho individual de un niño a ser escolarizado en una determinada lengua como consecuencia de su inclusión en un grupo al que se reconoce tal derecho de protección lingüística o el derecho de un indígena a la explotación de los recursos naturales o de la pesca porque pertenece a un pueblo indígena al que se reconoce la titularidad de esos bienes. De últimas, tiene razón Buchanan cuando distingue tres tipos de ejercicio de un derecho colectivo: conjuntamente, por representante o individualmente (Buchanan, 1994, p. 12). Por otro lado, no hay una continuidad necesaria entre derechos de grupo y derechos colectivos. Los primeros harían referencia a derechos de grupo diferenciado, que implican una situación de desequilibrio frente a grupos culturales mayoritarios, mientras que los segundos harían referencia a derechos a cualesquiera bienes colectivos (Kymlicka, 1995).

A partir de estas estipulaciones, Caracciolo restringe el objeto de análisis a los derechos colectivos relativos a la preservación o conservación de un rasgo cultural identificador de un grupo. Dos consideraciones acompañan esta opción. Por un lado, las conclusiones de este debate pueden ser generalizadas. Por otro, son los que comportan las controversias más intensas en la discusión teórica contemporánea. Asimismo, y a mi modo de ver, de manera promisorio, evita anegar el discurso en los debates relativos a la plausibilidad de la tesis sobre la relevancia que para la identidad personal de cualquier individuo presenta su pertenencia a un grupo. En otras palabras, los criterios por los que se define la identidad de un grupo de relevancia identitaria, así como cuáles de sus rasgos culturales le confieren identidad. Sin embargo, como diré más adelante, su discurso vuelve sobre estas cuestiones.

De esta forma, Caracciolo parte de un *supongamos*; la hipótesis es que un cierto grupo G1 tiene el derecho colectivo D al rasgo cultural identificador R1. Sobre la base de la tercera estipulación antes señalada, todos los enunciados que atribuyan un derecho individual con dichas características son falsos o carecen de sentido. Pero sobre qué bases, pregunta Caracciolo, se pueden mantener estos derechos. La dicotomía que presenta es la siguiente: o bien se sostiene una (extraña) ontología sobre los rasgos culturales o bien se interpretan como prácticas colectivas que resultan ser agregados de acciones individuales. Rechazada la primera alternativa como inviable (solo algunas tesis holísticas fuertes, como las del pionero en la materia Van Dyke, recurrirían a ella³), la segunda se presenta como la única opción aceptable. Los derechos colectivos a la identidad cultural serían $x1 D/p$, siendo “p” las prácticas en cuestión. Esta opción implica algún tipo de reduccionismo de los derechos colectivos en derechos individuales. Este reduccionismo puede ser fuerte o débil. El primero supondría afirmar que los enunciados existenciales de los derechos colectivos son directamente equivalentes a aquellos que afirman la existencia de los

³ Por todos, véase Vernon Van Dyke (1974, pp. 725-741; 1980, pp. 1-21).

derechos individuales. El segundo supondría afirmar que existen derechos colectivos si, y sólo si, existen los correspondientes derechos individuales.

El primero es rechazable porque la existencia de derechos individuales no implica la existencia de un grupo, ni de un rasgo cultural determinado a proteger, ni del derecho de una entidad colectiva a detentar un derecho. Tomados desde el punto de vista de los presuntos derechos colectivos, éstos no serían más que un recurso retórico para reforzar los derechos individuales o algunos derechos individuales.

El segundo, sostenible para los críticos de los derechos colectivos (Barry, 2001, p. 112) y posiblemente para el propio Caracciolo, presupone la idea de la fundamentación de un derecho en la existencia de un interés suficientemente relevante como para justificar la imposición de deberes a otros. Desde esta idea, negar el reduccionismo débil supone afirmar que hay intereses de grupos distintos a los individuos que los componen y eventualmente incompatibles con los intereses de éstos últimos. Afirmar esta última tesis, concluye Caracciolo, no se justifica y duda de que pueda ser sostenida por alguna posición.

Creo que la justificación del profesor argentino para sostener el reduccionismo débil debiera ser revisada porque resulta ambigua. Conuerdo en que no es adecuado plantear la existencia de entes colectivos diferentes a los que se componen de individuos y que pudieran tener un tipo de existencia autónoma y diferenciada de éstos. Sin embargo, hay una versión menor o más débil de esta misma tesis que consiste en no negar que dichos grupos puedan responder a una estructura más compleja que la mera agregación de los individuos que lo componen. Como dice expresamente el último Raz: «el interés de grupo no puede ser reducido a interés individual» (Margalit y Raz, 1995, p. 87). Estimo que puede plantearse que la negación de la existencia de grupos distintos al simple sumatorio de los individuos que los componen supone una *reductibilidad* del grupo en sus componentes que no está acreditada. Creo que aquí Caracciolo incurre, por un lado, en una confusión entre explicabilidad y reductibilidad en la relación entre grupo y los individuos que lo conforman y, por otro, desestima la singularidad de los derechos que protegen prácticas colectivas en tanto que son prácticas participativas.

Para exponer la primera idea recurro al ejemplo que propone Kramer para explicar la confusión que le imputa a Hohfeld cuando éste descalifica la posibilidad de entender que un grupo puede ser algo diferente a sus miembros.

Supongamos –dice Kramer– que alguien declara que un cierto grupo de gente es grande. Obviamente, tal declaración no sostiene que los miembros de ese grupo son grandes; pueden ser enanos. Pero la declaración describe una característica del grupo que puede ser perfectamente explicada por referencia a sus miembros individuales. Más exactamente, la extensión de un grupo puede ser explicada por referencia a la multiplicidad de sus miembros. Una vez que los miembros de un grupo han pasado cierto nivel –un nivel que será definido de manera diferente por diversos observadores– el grupo será calificado como grande. Ninguna otra cosa más que el número de los miembros cuenta para el tamaño del grupo (...) El tamaño así expuesto es una característica de los miembros *en su estatus colectivo como un grupo*. En relación con las colectividades, la palabra “grande” significa “consistente de muchos miembros”; tal significado, que define el tamaño por su sola referencia a individuos, no puede aplicarse a los individuos excepto en la medida en que son *constitutivos de un grupo* (Kramer, 2002, pp. 54-55).

En definitiva, no se requiere otra cosa que individuos para la composición del grupo, pero éste se compone de algo más que de dichos individuos independiente o aisladamente, se compone de individuos en tanto que miembros del grupo en cuestión.

La segunda idea alude a lo que Réaume denominaba derechos sobre bienes participativos. Estos bienes serían un tipo singular de bienes colectivos que se

caracterizan por acentuar que aquello que merece una valoración positiva es la participación en el proceso de configuración de ese bien colectivo. Estos bienes participativos comparten con la generalidad de los bienes colectivos las notas que generalmente los definen. En primer lugar, son producidos públicamente, esto es, su producción requiere de muchos participantes (no es un requisito necesario, aunque suele producirse en la mayoría de los casos). En segundo lugar, muestran un consumo no rivalizado o, al menos, en niveles de grado de no rivalidad similares a lo que es una característica necesaria de los bienes públicos. (...) Finalmente, muestran un grado limitado excluibilidad, ya que no todos pueden ser excluidos de su disfrute (Réaume, 1988, p. 12). Pero, además de estas características y a diferencia de los restantes bienes colectivos, en los bienes participativos «el carácter público de su propia producción sólo es parte de aquello que es valorado; el bien es la participación» (Réaume, 1988, p. 10). Este tipo de bienes no consisten en algún tipo de producto terminado como la limpieza de las calles, el aire limpio o el alumbrado público, sino que consiste en la participación en la producción de esos bienes públicos. La generación de una sociedad culta; el desarrollo de la amistad (o de la fraternidad o de las actividades lúdicas y deportivas); la práctica de la deliberación pública; o el fortalecimiento de la lengua de uso común quizá puedan ser ejemplos de este tipo de bienes participativos (Réaume, 1994, p. 120). La conclusión no es que estos bienes participativos son bienes que disfrutan los individuos o no, sino que lo central es que son bienes que no pueden ser individualmente disfrutados (Réaume, 1988, p. 11). Por esta razón, son bienes públicos reforzados. Su disfrute no es excluible por razones técnicas (por ejemplo, el alumbrado público) o por razones económicas (una tasa sobre el oxígeno) como en los bienes colectivos en general, sino que la participación es constitutiva del mismo bien, por lo que es una característica esencial que no exista exclusión en su elaboración.

De esta manera, el foco del análisis devendría no una cuestión sobre cómo articular un reduccionismo fuerte o un reduccionismo débil en la articulación de derechos individuales y colectivos, sino en evaluar la plausibilidad moral de justificar la imposición de cargas o deberes correlativos a la satisfacción y garantía de esos bienes participativos. Dicho de otra manera, siguiendo la idea apuntada por el propio Caracciolo de que un derecho se corresponde a un interés suficientemente relevante como para justificar la imposición de deberes, el tema en cuestión es evaluar la relevancia moral de esa protección de bienes de carácter participativo. En la medida en que tal empresa fuese exitosa, se abriría un cauce autónomo para la promoción de derechos colectivos diferenciados de los derechos individuales sin recurrir a tal efecto a fórmulas comunitaristas u ontologías holistas.

Sin embargo, esta no es la senda que sigue Caracciolo. Su análisis se centra en exponer las condiciones de existencia de los derechos colectivos a la identidad cultural descomponiendo desde el punto de vista lógico las siguientes variables: Grupo (G)/Rasgo Cultural (R)/ Derecho colectivo a conservación de Rasgo Cultural (D/R). Así, sus enunciados podrían ser reformulados de la siguiente forma:

- 1) Todos los Grupos tienen todos los Rasgos Culturales con Derecho colectivo de protección.
- 2) Todos los Grupos tienen (al menos) un Rasgo Cultural con Derecho colectivo de protección.
- 3) Existe un único Rasgo Cultural al que todos los Grupos tienen Derecho colectivo de protección.
- 4) Todos los Rasgos Culturales de un Grupo dado tienen Derecho colectivo de protección.
- 5) Existe al menos un Grupo con todos los Rasgos Culturales con Derecho colectivo de protección.

6) Existe al menos un Grupo con un Rasgo Cultural con Derecho colectivo de protección.

Descartadas (4) por falsa y (5) por imperialista, Caracciolo entiende que (1) y (3) deben ser rechazadas por los defensores de los derechos colectivos a la identidad cultural. (1) por lo que tendría de radical cosificación y por ser probablemente imposible, mientras que (3) por impedir la diferencia.

El debate, por tanto, se centraría entre (2) y (6) y, en lo que me corresponde, diría con Caracciolo que es esta última opción la que sería la relevante.

Sin embargo, y esta es la parte final de su ensayo, Caracciolo adopta una última estrategia de estudio que versa sobre la evaluación moral de los presuntos derechos colectivos a la identidad cultural. La controversia no se refiere a la descripción del reconocimiento social o jurídico de dichos derechos, sino a la evaluación de qué rasgos deben ser moralmente respetados. Esta cuestión resulta especialmente exigente porque, a los ojos de Caracciolo, estos rasgos conllevan necesariamente un conflicto de juicios de valor.

Para abordar esta cuestión, señala el profesor, disponemos de dos aproximaciones metaéticas: una escéptica y una objetivista. La primera es irrelevante porque no ofrece criterios de evaluación intergrupales de los juicios de valor en conflicto. Cada rasgo cultural o conjunto de rasgos culturales resultan así inconmensurables. Por lo que, en definitiva, desde el escepticismo ético no podrían defenderse los derechos colectivos a la identidad cultural.

La segunda es, sin embargo, paradójica. Ofrece criterios evaluatorios de la aceptabilidad de los juicios morales y, por tanto, criterios para evaluar la aceptabilidad moral del rasgo cultural que, en cuestión, define al grupo. Sin embargo, el hecho de que sea el rasgo cultural definitorio del grupo, resulta irrelevante para su evaluación moral, por lo que el grupo resulta irrelevante y, por tanto, el discurso de los derechos colectivos también.

Estas consideraciones en el apartado final del ensayo implican un debate de largo alcance que excede el presente trabajo, aunque quisiera significar algún comentario final. En primer lugar, la opción objetivista resulta paradójica en la medida en que los criterios objetivos que se suministren para la evaluación moral de los rasgos culturales no contengan una opción objetivista de carácter contextualista. Bajo dicha etiqueta se encontrarían aquellas opciones metaéticas que suministrarían criterios objetivos de evaluación de los juicios de valor atinentes a la tradición (comunitarismo), a instancias trascendentales (teológicas) o a voluntades (Estado, partido, soberano, etc.). Todas estas opciones presentan caracteres metaéticos objetivistas y creo que, al menos en algunas de sus versiones, serían proclives a promover el reconocimiento moral de todos o de algunos rasgos morales de todos o algunos grupos. Por tanto, cuando Caracciolo defiende el objetivismo moral, defiende una versión del objetivismo moral que se caracteriza por su univocidad.

En segundo lugar, desde el punto de vista de Caracciolo, probablemente, las falencias de las opciones metaéticas escépticas serían predicables tanto de los derechos colectivos como de los derechos individuales por lo que, en este contexto de debate, resultarían irrelevantes.

En tercer lugar, el planteamiento de la evaluación moral del rasgo cultural adolece de las deficiencias que se derivarían de la cosificación del rasgo en cuestión. En la medida en que el centro de gravedad del contenido de los derechos colectivos de identidad cultural se refiera a procesos, en especial los de generación de bienes participativos, parece difícil someterlos a juicios morales comparativos. El caso paradigmático probablemente venga constituido por la lengua de uso común en un grupo.

En cuarto lugar, la inexistencia de criterios objetivos que señala el escepticismo no implica la inexistencia de juicios de valor moral. Esta afirmación se proyecta en dos dimensiones. Metaéticamente hablando, dichos juicios morales son incomensurables, tanto en términos colectivos como en términos individuales. Por lo que su virtualidad tiene las mismas proyecciones sobre la formulación de juicios morales sobre rasgos colectivos que en aquellos casos en que los juicios morales tienen carácter puramente individual. Éticamente hablando, el escepticismo metaético no implica nihilismo ético sino el reconocimiento de que los juicios morales se corresponden a sentimientos, visiones del mundo o inclinaciones ideológicas en las que, por demás, los contextos culturales juegan un papel relevante.

En quinto lugar, en la medida que las opciones metaéticas escépticas propician la formulación de juicios morales sin sometimiento a criterios objetivos y, por tanto, no susceptibles de verificación, se acentúa el carácter cultural del propio discurso moral. Éste no queda sometido a los marcos de una determinada cultura y de sus eventuales rasgos definitorios de su identidad, sino que la actividad ética es en sí misma un tipo de proceso cultural que, por definición, no queda sometida o limitada por los resultados de las manifestaciones que en cada momento se vayan verificando.

Finalmente, recorro a la vieja opción kelseniana (1991, pp. 42 y ss) de promover una estrategia pragmática de un *modus vivendi* que se incline por la preferencia práctica de que la tolerancia pueda ser promisoria en la formulación de los juicios de valor sobre los rasgos culturales de los grupos y tanto para inclinarse a su respeto como para ofrecer siempre una puerta de salida a aquellos que quieran abandonar esos rasgos culturales.

En conclusión, el trabajo de Caracciolo se presenta como un esfuerzo típicamente analítico de carácter conceptual sobre un componente conflictivo y objeto de tenso debate de la teoría jurídica contemporánea. Sin embargo, una atenta mirada sobre el análisis desarrollado por el profesor argentino ofrece la conclusión de que el mismo dista de ser puramente conceptual e implica necesariamente la adopción de perspectivas morales en su conformación. Creo que no se ha de entender como un fracaso específico de la tentativa de estudio desarrollada, sino como una manifestación más de que la labor teórica como puramente conceptual encuentra sus límites en las opciones morales y, más allá, ideológicas que sirven de soporte a la construcción conceptual desarrollada.

3. Propuestas de justificación de los derechos colectivos sobre el valor del colectivismo de Miodrag A. Jovanović

Jovanović ha estudiado detenidamente la cuestión de los derechos colectivos y comienza su monografía *Collective Rights. A Legal Theory* planteando explícitamente que «este no es un tratado en filosofía moral o política y, por consiguiente, no necesita discutir la cuestión del valor de los grupos independientemente de las normas jurídicas existentes» (2012, p. 44). Su aproximación pretende corresponderse con la de un teórico del Derecho que intenta reconstruir con un grado más elevado de abstracción y generalidad los materiales normativos disponibles, tanto internacionales como constitucionales, de los que da larga cuenta. «Una de las características centrales de los actuales meta-teóricos debates metodológicos es que se centran fundamentalmente sobre los conceptos jurídicos más abstractos, tal que el concepto de Derecho» (2012, p. 18), señala, aludiendo a ejemplos como la *norma básica* o la *imputación* de Kelsen o las *reglas primarias o secundarias* en Hart. Sin embargo, en otros muchos casos, la «línea de demarcación entre cómo la teoría del Derecho estudia el Derecho y cómo la práctica jurídica se relaciona con el Derecho deviene progresivamente difusa, ya que nos movemos hacia un nivel de abstracción más bajo

donde nos enfrentamos a conceptos jurídicos más operativos» (2012, p. 19). El caso de la «personalidad jurídica» es uno de ellos –tanto en Kelsen como en Hart resultan polémicos–, y «todo el follón con los “derechos colectivos” radica exactamente en si el estatus de una personalidad jurídica separada puede extenderse a grupos en tanto que grupos. Esta es una tarea con la que no pueden comprometerse ni las leyes ni los jueces. Entra en el terreno de la teoría jurídica y también requiere de un método de *justificación* que no es sólo teórico sino también de naturaleza normativo-moral» (2012, p. 44). En definitiva, Jovanović intenta desarrollar un análisis de la normativa existente, tanto jurídico internacional como estatal, que trascienda su singularidad mediante un proceso de abstracción abierto a compontes extrajurídicos.

Esta apertura hacia componentes normativo-morales en el análisis de los derechos colectivos remite a dicotomías ontológicas y axiológicas. Las primeras marcan la disyuntiva entre el *individualismo ontológico* caracterizado por sostener que, en términos fenomenológicos, todos los grupos son reducibles a sus miembros (según lo que expusimos, esta tesis sería suscrita por Caracciolo) y el *colectivismo ontológico* que mantiene cierta similitud entre la posición de los individuos y el de algunas entidades colectivas que existirían, en algún sentido, independientemente de sus miembros individuales. Las dicotomías axiológicas remiten al *valor individualismo* y al *valor colectivismo*. El primero considera –salvo en las interpretaciones libertarias– que «las vidas de los seres humanos individuales tienen un valor último y las entidades colectivas derivan su valor de su contribución a las vidas de los seres humanos individuales» (2012, p. 46). El segundo sostiene, sin embargo, que «una entidad colectiva puede tener valor independientemente de su contribución al bienestar de los seres humanos individuales» (2012, p. 46). Jovanović adhiere a ambos segundos pares. Respecto del primero, siguiendo a Heinze, aborda las condiciones que limitan la eventual arbitrariedad de la autoridad normativa al constituir estas entidades colectivas (2012, pp. 56-65). Respecto del segundo, sostiene su preferencia porque «puede proveer un sustrato más coherente de ciertas formas de derechos colectivos, especialmente aquellos atribuidos a grupos que no están organizados sobre valores liberales de autonomía individual y tolerancia (por ejemplo, los pueblos indígenas)» (2012, p. 46). Mediante un método recursivo ante los críticos, presenta tres ejemplos para fundamentar esta preferencia. En primer lugar, la idea de genocidio como objeto de la normativa internacional tendente a la protección de un bien diferente al de la vida de los individuos adscritos al grupo de que se trate. Esta idea se hace más patente aún en la de *etnocidio*, que no requeriría esta última dimensión de atentado individual. En segundo lugar, la idea de colisión entre la preferencia individual de (la mayoría de) los miembros del grupo frente a la del grupo como tal. El ejemplo hipotético que propone es una eventual política pública que alternativamente favorezca la comercialización de los productos agrícolas de una comunidad étnica o la promoción cultural museística de su arte tradicional. Probablemente, el interés individual de los miembros del grupo vaya en favor de aquella mientras que el interés colectivo prefiera esta última. En tercer lugar, que el valor individualista presupone, siguiendo a Bobbio, la noción histórica de un tipo de comunidad política que no puede legítimamente ser absolutizada, el valor individualista es sólo una variable contingente de valor colectivista (2012, pp. 54-55).

A partir de estas bases, el profesor de la Universidad de Belgrado desarrolla dos estrategias de justificación que se presentan de largo aliento. La primera se refiere al análisis de las teorías que sustentan la titularidad de derechos en sus diversas facetas. El valor colectivista se proyecta en la necesidad de reconocer la preferencia lexicográfica de la existencia de los entes colectivos sobre la posibilidad de atribuirles derechos que protejan bienes públicos, colectivos y, en especial, participativos que van más allá de las propuestas de Raz (1986), Margalit y Raz (1995), Réaume (1988) o Marmor (2001). En este sentido, Jovanović sostiene una lectura del Raz menos individualista (1995 y 2003) que se acerca al *corporativismo* de Jones (1999a, 1999b

y 2000) y a los *bienes socialmente irreductibles* de Taylor (1995, pp. 137 y ss) y concluye en la razonabilidad fundamentadora del valor colectivista y su superioridad heurística para dar sentido a las prácticas jurídicas nacionales e internacionales sobre la materia (2012, pp. 88-109 y pp. 140-152). La segunda estrategia consiste en argumentar en favor de la categoría de *derechos colectivos* como un concepto jurídico autónomo y específico frente a los derechos individuales ejercidos colectivamente. Jovanović destaca que la vinculación entre ambas ideas goza de amplio predicamento (por todos: Réaume, 1994; Morauta; Jones, 1999a; Buchanan, 1993). A tal fin, parte de un análisis comparativo entre los derechos individuales y los derechos de grupo. Aquellos pueden ser ejercidos por su titular en lo que constituye la más común de las circunstancias; por un representante del mismo en los casos de incapaces o menores o de manera conjunta por los titulares en los casos de los derechos de reunión, asociación o huelga. Por su parte, los derechos de grupo también pueden ser ejercidos de tres formas. En primer lugar, de forma *no individual*, a través de un procedimiento colectivo (por ejemplo, un proceso mayoritario de toma de decisiones como en la autodeterminación). En segundo lugar, por medio de un agente o agentes que lo ejercen para el grupo (por ejemplo, quien representa al grupo ante las autoridades educativas con el objeto de fijar el currículum escolar singular de los miembros del mismo). En tercer lugar, en forma de *posición dual* que puede ser ejercido por cualquier miembro del grupo (por ejemplo, un indígena que pesca en las zonas de especial protección atribuidas a su pueblo) o por un mecanismo colectivo o por un agente (2012, pp. 110-117). La equivalencia entre ellos no es plena. La diferencia más relevante radica en que el titular individual ejerce su derecho en su propio interés, mientras que el ejercicio del derecho por el titular del derecho de grupo lo ejerce en interés de cualquier miembro del grupo.

La segunda alternativa analítica que ensaya Jovanović se refiere al análisis específico de los derechos de grupo. Siguiendo a Mitnick y, en especial, a Baubök (1999, pp. 134 y ss) y Pogge (1997, pp. 191 y ss), clasifica a estos derechos en tres tipos diferentes: derechos de grupo en sí, derechos como grupo específico y derechos de grupo estadístico. Ejemplo de los primeros serían el derecho de los ciudadanos de Oregón de nombrar dos senadores en el Senado federal. Ejemplo de los segundos sería el derecho de los Sijs a montar en bicicleta sin casco. Ejemplo de los terceros sería una representación mínima de los miembros de un grupo racializado o un género en las admisiones universitarias (2012, pp. 121 y 122). Sin embargo, resulta igualmente un intento fallido. La última de las categorías se refiere a acciones afirmativas y no se comparece con el concepto de derecho de grupo. Estas medidas son vistas como excepciones, tienen carácter temporal y dependen de las circunstancias. Ninguna de estas notas sería predicable de los derechos reconocidos a un grupo. La primera de ellas adolecería de una legitimidad especial porque su creación es una variable dependiente de las normas jurídicas que rijan la materia en cuestión. Por decirlo simplídicamente respecto del ejemplo, no hay ningún grupo diferente de aquel que es meramente creado por la ley electoral de Oregón (2012, p. 123 y 132).

Desde estas premisas, la estrategia argumentativa seguida por Jovanović se dirige a identificar cuáles serían los argumentos que permiten identificar un derecho de grupo como un derecho colectivo. Esta distinción entre *clases de sujetos* (tales como mujeres, minorías sexuales, discapacitados) y colectivos resulta crucial para la definición de los derechos colectivos. De la mano de Miller y su nacionalismo liberal, entre otros, sostiene que han de ser colectividades que tengan un carácter sociológico prelegal y que, por tanto, no sean reducibles a su creación normativa. A este carácter previo se le ha de añadir que detentan unos intereses colectivos propios en cuanto *qua* grupo que instauren un valor inherente al mismo. Este valor es el presupuesto normativo moral del valor colectivista (2012, p. 131). Éste cualifica, en primer lugar, grupos étnicos y raciales que incluyen a aquellos basados en el color, la ascendencia

o su carácter nacional; en segundo lugar, grupos religiosos y, en tercer lugar, grupos lingüísticos y culturales. Por el contrario, no se aplicaría a grupos caracterizados por el género, la orientación sexual, el origen social, las condiciones económicas o las opiniones políticas. En definitiva, los grupos que dispondrían de derechos colectivos debieran ser «claros, permanentes, estables, compartiendo un origen común o teniendo características en común; la membresía en ellos debiera no ser opcional, sino inevitable, podrían ser identificados mediante criterios objetivos» (2012, p. 134).

Sobre esta base, el último apartado que Jovanović aborda en su estudio es el relativo a la relación que los derechos colectivos, definidos por referencia al valor colectivista, mantienen con los derechos individuales. Desde Kymlicka, parece un lugar común entre el liberalismo culturalista –Ignatieff, Marmor, Baubök, Buchanan, etc.– la admisión algunas restricciones a los derechos individuales en razón de la protección de derechos de grupo, siempre que se refieran a los derechos de individuos del grupo mayoritario, operando estas limitaciones como protecciones externas de los derechos de los titulares del derecho de grupo de que se trate. Por el contrario, y en expresión de lo que Jovanović etiqueta como valor individualista, dichas restricciones no pueden operar en relación con los derechos individuales de los miembros del grupo en cuestión (inadmisibilidad de las restricciones internas) (Kymlicka, 1996, pp. 57-76 y pp. 211-214). Sin embargo, Jovanović analiza pormenorizadamente las modulaciones que esta teoría ha ido desarrollando. El propio Kymlicka reconocía que la propiedad común de la tierra para los pueblos indígenas era un elemento central en la defensa de la identidad del grupo y ello, obviamente, suponía severas restricciones en los derechos individuales de los miembros de dicho colectivo. Más en general, procedía a distinguir entre la violación de libertades civiles básicas –que es inaceptable– y las restricciones a libertades económicas –que pueden ser aceptables. Esta tesis, a los ojos de Jovanović, supone un cambio categorial en esta postura, acercándose, de forma definitiva, a las tesis taylorianas vinculadas al valor colectivista que diferenciaría entre estrictas e innegociables *libertades fundamentales* y flexibles y adecuables *privilegios e inmunidades* (2012, pp. 140-150).

Con todo, esta distinción está lejos de adquirir una forma acabada y estable y resulta dificultoso poder delimitar de forma definitiva ambas categorías. A la luz de los trabajos de Rosenfeld en los Estados Unidos y Poulter en el Reino Unido, Jovanović defiende el uso de una multiplicidad de técnicas interpretativas que permitan valorar la adecuación, caso por caso, de la preferencia por el derecho individual o colectivo en conflicto. En sus propios términos: «En el nivel abstracto, esta teoría no puede ofrecer un criterio concluyente para delinear la esfera de los derechos individuales que han de ser tratados como inviolables. Lo más que puede hacer es indicar algunas propuestas teóricas, así como establecer prácticas internacionales y locales de derechos humanos que sean relevantes para la discusión» (2012, p. 151). Entre ellas, ocupa un lugar preferente el denominado test de proporcionalidad, «de acuerdo con el cual las restricciones a los derechos y libertades individuales son legítimas solo si un Estado puede probar que tiene un *interés* concluyente y que la realización de tal interés no podría ser conseguido mediante otras medidas menos restrictivas» (2012, p. 152). En conclusión, Jovanović sostiene que «esta teoría jurídica de los derechos colectivos basada en el punto de vista normativo-moral del *valor del colectivismo* abre la puerta a la posibilidad de que los derechos colectivos se antepongan no solo a los derechos individuales de los no miembros, sino también a los de los miembros del grupo» (2012, p. 151).

El último aspecto a destacar del trabajo del profesor de la Universidad de Belgrado se refiere a la posibilidad de que estos derechos colectivos defendidos en su teoría sean susceptibles de ser valorados como universales. Su respuesta es afirmativa (2012, p. 182). Siguiendo la evolución de diversas regulaciones jurídicas

de carácter fundamentalmente internacional, concluye con Crawford⁴ (1988, pp. 57 y ss) en que hay dos categorías de derechos colectivos universales: los relativos a la existencia de los pueblos (autodeterminación, derechos de las minorías, derecho a la existencia física) y los relativos a la coexistencia con otros pueblos (derecho a la paz y seguridad internacional, permanente soberanía sobre sus recursos naturales, al desarrollo y al medio ambiente). A diferencia de algunos derechos individuales cuya universalidad pudiera estar, a su juicio, bajo controversia en el panorama internacional, los derechos colectivos universales, en concreto, los derechos de los pueblos a la autodeterminación, de las minorías a su preservación física y cultural y de los pueblos indígenas a la propiedad de su tierra, se encuentran justificados en numerosas culturas y por doctrinas comprensivas, incluyendo el individualismo occidental (2012, p. 190). Las dificultades que se plantean a los mismos «no [representan] obstáculos insuperables para aquellos que defienden la sostenibilidad de los *derechos colectivos universales*. Tal y como vimos, esta construcción conceptual puede estar, a la vez, fundamentada filosóficamente y sostenida por elementos de la práctica jurídica internacional» (2012, p. 195).

En conclusión, Jovanović ha tratado de conformar una teoría general de los derechos colectivos articulando reflexión filosófico moral y política con reformulación abstracta de los materiales normativos generados en la materia en los últimos cincuenta años. Las notas centrales de la misma son la atribución de la titularidad y ejercicio de dichos derechos a un tipo de colectivos singulares vinculados a la idea de pueblo, minoría o comunidad religiosa o lingüística; el reconocimiento de un interés propio del grupo no reconducible a los intereses individuales de sus integrantes; la eventual potencia de estos derechos para poder imponerse, según las circunstancias, a los derechos individuales de los miembros del grupo –y, obviamente, también a los de no miembros–, y su carácter universal. El fundamento último de estas características se basa en la defensa del valor colectivista en su contraposición con el tradicional valor individualista de la cultura occidental de los derechos individuales.

En las líneas que siguen quisiera apuntar algunas cuestiones que este planteamiento ha dejado, según mi valoración, con insuficiente justificación. En primer lugar, la metodología empleada adolece de una ambivalencia inconcluyente. Una aproximación teórico jurídica –en especial de corte positivista– implica una reconstrucción conceptual de los materiales jurídico normativos disponibles, así como de la revisión de las construcciones dogmáticas que dan cuenta de ellos. Sin embargo, el debate filosófico subyacente sobre la aceptabilidad moral o política de sus contenidos no se corresponde con dicha metodología. Las alternativas se decantarían por una teoría jurídica de corte postpositivista o por el mantenimiento de dos debates paralelos, simétricos, pero intangentes. En segundo lugar, requiere una especial atención la variabilidad histórica de la valoración de los criterios de identificación de los grupos y, por tanto, de la ontología que puedan presentar. Pongo dos ejemplos que, a falta de exactitud, pueden aportar claridad. Probablemente, en el establecimiento de fronteras entre los Países Bajos y Bélgica en el siglo XIX, la religión constituyó el criterio decisivo por el que los flamencos, de mayoría católica, se integraran en Bélgica. Hoy en día, el predominio del factor lingüístico supondría, probablemente, la consecuencia contraria. El segundo ejemplo aludiría a la significación de la categoría de trabajador o, más tradicionalmente, de proletario. Las condiciones socio-económicas parece que no computan en la conformación de grupo con derechos colectivos y, sin embargo, cabe sostener la relevancia identitaria de la clase –cuando no de la casta– y, sobre todo, la utilidad heurística que proporciona

⁴ Crawford en su trabajo de 1988 realiza un minucioso seguimiento de la normativa internacional relevante desde los años 70 y centra su atención en el Convenio 169 de la OIT que entró en vigor al año siguiente, y en el proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales que finalmente se aprobó el 1 de septiembre de 2007.

para concebir el derecho de huelga como de titularidad típicamente colectiva y de ejercicio individual (frente al derecho al trabajo que sería individual del trabajador y de ejercicio, en la mayoría de los casos, de carácter colectivo).

La tercera consideración aludiría a la entidad sustantiva del valor colectivista. Sospecho que el autor ha evitado conscientemente el uso del término *comunitarista*, de larga referencia en este contexto. Más allá de los términos, los autores que frecuentemente vienen en su auxilio, con Taylor en lugar primordial, parecen consolidar esta valoración de continuidad. Si este es el caso, la primera cuestión se referiría a la exposición de las razones por las que se ha seguido este discreto silencio y que resultarían interesantes para examinar la coherencia metodológica de la teoría. La segunda haría referencia, en relación con la primera observación arriba indicada, a cómo compatibilizar las pretensiones generalistas de la teoría jurídica a las que se adhiere el autor con tesis morales característicamente particularistas. Es cierto que ambas reflexiones versan sobre objetos de estudio diferenciados, pero observo problemas de encaje. Las aproximaciones genéricamente postpositivistas pueden concurrir tanto con discursos universalistas (paradigmáticamente, el neoconstitucionalismo garantista) como particularistas (por caso, algunas versiones dworkinianas), pero la pretensión de una aproximación teórico jurídica positivista y de enfoque generalista sólo podría articularse sosteniendo presupuestos escépticos en moral (a lo Kelsen) u optando por una aproximación ética de corte universalista (a lo Hart). La construcción de una teoría general de los derechos colectivos de impronta jurídico-positivista y generalista sobre bases comunitaristas en materia moral requiere aún de mayores justificaciones. Es cierto que una parte importante de la estrategia analítica seguida por Jovanović alude al estudio de los materiales normativos y dogmáticos sobre la materia. Sin embargo, construir una teoría general sobre la base de una opción moral contextualista parece complejo. Finalmente, la contraposición entre valor individualista y valor colectivista como criterio de diferenciación entre una teoría de los derechos colectivos frente a una de los derechos de grupo supone una dicotomía discutible. Quizá la referencia a los trabajos de Seymour (2008) y Sauca (2014) puede aportar algunas luces sobre cómo defender la idea de derechos colectivos sin suscribir el comunitarismo.

4. Consideraciones finales

La obra de Miodrag A. Jovanović comparte con Ricardo Caracciolo un mismo aire de familia en sus parámetros generales sobre la teoría jurídica. Destacaría como comunes sus encuadramientos en la tradición de lo que solía llamarse el iuspositivismo metodológico; una pretensión generalista en el enfoque de la determinación del concepto de Derecho y un método de estudio volcado en el análisis del lenguaje común usado por los juristas. Kelsen, Hart, MacCormick, Raz serían autores que nutren centralmente sus respectivas fuentes de inspiración. Entre las diferencias, además de las contextuales, señalaría una mayor relevancia de la lógica para Caracciolo, mientras que Jovanović presenta una apertura más explícita hacia cuestiones morales, políticas y sociales; una proclividad a la receptividad del Derecho internacional para el profesor de la Universidad de Belgrado, mientras que el marco conceptual del profesor de la Universidad de Córdoba es genéricamente el estatal, y finalmente, asunto no irrelevante, que la cuestión de los derechos colectivos resulta colateral para el argentino y central para el serbio.

Sin embargo, el punto más importante que pretendo destacar en la comparativa entre ambos autores es cómo un común *background* teórico, calificable como iuspositivista metodológico, es presentado como soporte de conclusiones teóricamente incompatibles en perspectiva moral y política. Ambos autores comparten explícitamente su adscripción a una tradición teórico jurídica que responde a las notas de pretensión de generalidad sobre los concretos sistemas jurídicos analizados,

autonomía de lo jurídico en cuanto a sus métodos y exigencia de objetividad en la determinación de los conceptos jurídicos independientemente de opciones morales y políticas subjetivamente profesadas. Pues bien, el resultado es que tanto Caracciolo como Jovanović hacen seguir sus conclusiones teórico jurídicas de sus consideraciones político-morales. Caracciolo concluye en la inadmisibilidad de la categoría de derechos colectivos mediante un análisis conceptual de los mismos, pero sobre un fundamento político-moral que podría etiquetar de carácter liberal universalista. Jovanović alcanza la conclusión opuesta: los derechos colectivos constituyen una categoría jurídica plausible, basada en una filosofía colectivista. La conclusión no es que ambos operan en transgresión de los presupuestos metodológicos que dicen profesar en su teoría del Derecho, sino que son un buen ejemplo de cómo ésta no puede seguir sosteniendo su presunta asepsia ideológica.

Bibliografía

- Bengoetxea, J. (2015). El derecho a decidir. Un planteamiento desde la teoría del Derecho internacional. *Iura Vasconiae*, 12, pp. 339-361.
- Barry, B. (2001). *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collective Rights (1991). *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 4(2), 217-421
- Baubök, R. (1999). Liberal Justification for Ethnic Group Rights. En Ch. Joppke y S. Lukes, *Multicultural Questions* (pp. 133-157), Oxford: Oxford University Press.
- Buchanan, A. (1993). The Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1(3), pp. 89-108.
- Buchanan, A. (1994). Liberalism and Group Rights. En J. Coleman y A. Buchanan (eds.), *In Harm's Way – Essays in Honour of Joel Feinberg* (pp. 1-15), Cambridge: Cambridge University Press.
- Caracciolo, R. (1991). Derecho y decisiones colectivas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, Septiembre-Diciembre, pp. 25-48.
- Caracciolo, R. (1994). *La noción de sistema en la teoría del Derecho*. México: Fontamara.
- Caracciolo, R. (2001). Realismo moral vs. positivismo jurídico. P. Comanducci e R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto* (pp. 37-44). Torino: Giapichelli editore.
- Caracciolo, R. (2002). ¿Existen los derechos colectivos? En S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti* (pp. 267-273), Torino: Giapichelli.
- Caracciolo, R. (2006). Acción colectiva y justicia. *Derecho y Humanidades*, 12, pp. 95-102.
- Caracciolo, R. (2009). ¿Existen los derechos colectivos?. En *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos* (pp. 261-267), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Crawford, J. (1988). The Rights of Peoples: "Peoples" or "Governments"? En J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples* (pp. 7-68), Oxford: Oxford University Press.
- Cruz Parceró, J.A. (1998). Sobre el concepto de derechos colectivos. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 12, pp. 95-115.
- Cruz Parceró, J.A. (2007). *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Inda, A. (2001). *Materiales para una reflexión sobre los derechos humanos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson.
- González Amuchastegui, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jones, P. (1999a). Group Rights and Group Oppression. *Journal of Political Philosophy*, 4(7), pp. 353-377.
- Jones, P. (1999b). Human Rights, Group Rights and People's Rights. *Human Rights Quarterly*, 1(21), pp. 80-107.
- Jones, P. (2000). Individuals. Communities and Human Rights. *Review of International Studies*, 26, pp. 119-215.
- Jovanović, M.A., (2012). *Collective Rights. A Legal Theory*. Cambridge: Cambridge

- University Press.
- Kelsen, H. (1991). ¿Qué es Justicia?. En *¿Qué es Justicia?* (pp. 35-63), Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría General del Estado*. México: Coyoacán.
- Kramer, M.H. (2002). Rights without Trimmings. En M.H. Kramer, N.E. Simmonds y H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Inquiries* (pp. 7-102), New York: Oxford University Press.
- Kramer, M.H. (2017). *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel.
- López Calera, N. (1992). *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*. Madrid: Trotta.
- MacCormick, N. (1977). Rights in legislation. En P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A Hart* (pp. 189-209), Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, N. (1982). Children rights: A test-Case. En *Legal Right and Social Democracy* (pp. 154-166), Oxford: Clarendon Press.
- Margalit, A. y Raz, J. (1995). National Self-Determination. En W. Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures* (pp. 79-92), Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2001). De We Have a Right to Common Goods?. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2(14), pp. 213-225.
- Pogge, T. (1997). Group Rights and Ethnicity. En I. Shapiro y W. Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights* (pp. 187-221), New York & London: New York University Press.
- Réaume, D. (1988). Individuals, Groups, and Rights to Public Goods. *The University of Toronto Law Journal*, 38 (1) (Winter), pp. 1-27.
- Réaume, D., (1994). The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?. En J. Baker (ed.), *Group Rights* (pp.118-141), Toronto: University of Toronto Press.
- Raz, J. (1986). *Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1994). Multiculturalism. A Liberal Perspective. *Dissent*, 41 (Winter), pp. 67-79.
- Raz, J. (1995). Rights and Politics. *Indiana Law Journal*, 1(71), pp. 27-44.
- Raz, J. (1998). «Multiculturalism», en *Ratio Iuris*, vol. 11, nº. 3, pp. 193 - 205.
- Raz, J. (2003). Comments and Responses. En L.H. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law-Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* (pp. 253-274), Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez Abascal, L. (2000). *Las fronteras del nacionalismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez Abascal, L. (2003). On the admissibility of group rights. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 9(1), pp. 101-110.
- Sauca, J.M. (2010). *Identidad y Derecho. Nuevas perspectivas para viejos debates*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sauca, J.M. (2014). The Canadian School of Diversity's New Influences on the Theory of Collective Rights in Spain. A Critical Review of Seymour's Contribution. En A.G. Gagnon y J.M. Sauca (eds.), *Negotiating Diversity. Identity, Pluralism and Democracy* (pp. 61-86), Bruxelles: PIE Peter Lange.
- Seymour, M. (2008). *De la tolérance à la reconnaissance. Une théorie libérale des droits collectifs*. Montréal: Boréal.
- Taylor, Ch. (1995). *Philosophical Arguments*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Torbisco Casals, N. (2006). *Group Rights as Human Rights. A liberal Approach to Multiculturalism*. Dordrecht: Springer.
- Van Dyke, V. (1974). Human Rights and the Rights of Groups. *American Journal of Political Science*, 18, pp. 725-741.
- Van Dyke, V. (1980). The Cultural Rights of Peoples. *Universal Human Rights*, 2(2) (Apr-Jun), pp. 1- 21.

“Desde el principio”: La quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional ‘From the beginning’: The jurisprudential breakdown of constitutional self-government

Bartolomé Clavero Salvador*

Universidad de Sevilla

ORCID ID 0000-0001-7006-6644

clavero@us.es

Cita recomendada:

Clavero Salvador, B. (2019). “Desde el principio”: la quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 116-134.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4994>

Recibido / received: 23/04/2019
Aceptado / accepted: 11/09/2019

Resumen

La Constitución Española diseñó en 1978 un régimen de autogobierno mediante Estatutos pactados para el acomodo de los territorios más diferenciados. Los reconoció como nacionalidades dotadas de derechos históricos con título así precedente a la propia Constitución en el tiempo y así, virtualmente, en el derecho. Incluso se revalidaron constitucionalmente los referenda de iniciativa para acceso a la autonomía que se habían efectuado bajo la Constitución anterior, la de la Segunda República. De tal modo se constituyeron en 1979 el País Vasco y Cataluña. Fue un proceso que comenzó a torcerse pronto. El Tribunal Constitucional, apenas establecido, comenzó en 1981 una labor concienzuda de zapa de ese régimen de autogobierno. He aquí un caso de verdadera jurisprudencia o, por lo que resultará, *jurisprudencia* preventiva.

* Estas páginas recibieron impulso de un seminario del *Projecte Regiocat* de las Universidades Oberta de Catalunya y Pompeu Fabra (<http://regiocat.cat/es/el-proyecto-regiocat/presentacion>) el 11 de diciembre de 2018 sobre *Ambigüedades y límites del regionalismo en España. De la Restauración al Franquismo*, en el que me encargué de código civil y derechos forales entre constitucionalismo decimonónico y Estatutos de Cataluña, incluido el actual con su recurso a derecho histórico. Fue un foro de gente de historia, pero, en este género de cuestiones, puede resultar más productiva la perspectiva histórica que la meramente jurídica, aunque sólo sea porque contextualiza. Va mi agradecimiento a una participación vivaz; particularmente, a Jaume Claret, Alfons Aragoneses, Josep Fradera y Ricardo Robledo.

De esto se preocupa este trabajo.

Palabras clave

Constitución Española, jurisprudencia constitucional, derechos históricos, pactos estatuyentes, bloque de constitucionalidad, conflicto catalán.

Abstract

In 1978, the Spanish Constitution designed a system of self-government by means of negotiated Statutes for the accommodation of the most differentiated territories. It recognized them as nationalities endowed with historical rights and therefore with a title preceding the Constitution itself in time and also, virtually, at law. Even the referenda of initiative for access to autonomy that had been carried out under the previous Constitution, that one of the Second Republic, were constitutionally revalidated. In this way, the Basque Country and Catalonia were constituted in 1979. It was a process that soon began to be distorted. The Constitutional Court, barely established, began in 1981 a meticulous work of sabotage of such a framework of self-government. Here is a case of truly preventive jurisprudence or, as it would turn out, juris-imprudence. That is what this paper is concerned about.

Keywords

Spanish Constitution, constitutional jurisprudence, historical rights, self-government covenants, bloc de constitutionnalité, Catalan conflict.

SUMARIO. 1. En el principio era la Constitución. 2. El extraño caso de una cuarta sentencia constitucional. 3. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía. 4. Derecho histórico foral y bloque de constitucionalidad. 5. Derecho histórico no foral y la sentencia de 2010. 6. Conclusión: al principio tenemos la *jurisimprudencia*. Bibliografía. Directorio de jurisprudencia constitucional.

1. En el principio era la Constitución

El concepto discriminación racial o étnica hace referencia a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia por razón de raza u origen étnico que anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Así veremos que lo reconocen diferentes instrumentos internacionales que han inspirado las disposiciones de los sistemas regionales y nacionales en la protección del principio de igualdad y la lucha contra la discriminación.

La famosa sentencia del 28 de junio de 2010 sobre el segundo Estatuto de Autonomía de Cataluña, o más bien tercero si computamos el republicano de 1932, la sentencia que, como mínimo, lo modula a la baja, contiene esta referencia clave a jurisprudencia propia temprana: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3)». Así desde el principio, nada menos que en febrero de 1981, con su cuarta sentencia, estaba ya sentada la doctrina fundamental respecto a la relación entre Estado y Comunidad Autónoma como un nexo de subordinación neta. Se trata

notoriamente de la sentencia que imprimiera impulso al proceso parlamentario y refrendario fallido de desconexión de Cataluña con España (Bayona, el más jurídico de los testimonios habidos). En el origen así no tan remoto se encuentra esa otra sentencia de 1981.

¿Cómo pudo darse tan precozmente? Los primeros Estatutos de Autonomía, el vasco y el catalán, eran de diciembre de 1979. ¿Tan temprano, sobre la marcha, habían dado lugar a un control por parte del Tribunal Constitucional? No había habido recurso previo de constitucionalidad, como entonces cabía por preverlo, no la Constitución, pero sí la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tampoco se había presentado en rigor ningún otro recurso, tras su entrada en vigor, frente a dichos Estatutos, los únicos entonces vigentes. ¿Cómo, entonces, se podía haber sentado tal doctrina de primacía absoluta de la Constitución explícitamente a su respecto? ¿Y cómo había sido el Tribunal Constitucional tan diligente? La sentencia de 2010, que políticamente urgía en tiempos en los que no existía el recurso previo de inconstitucionalidad, se hizo esperar cuatro años casi cumplidos. La de 1981 fue ciertamente madrugadora y despierta. Se trataba del expediente 186 de registro de entrada y se resolvió, adelantándose en la cola, en un tiempo récord de menos de cuatro meses. La sentencia se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 24 de febrero, el primero que imprimió resoluciones del Tribunal Constitucional por recursos de inconstitucionalidad. Era el día siguiente del 23-F, de la notoria jornada de golpe de Estado. Si el mismo hubiera triunfado en toda regla, tal jurisprudencia constitucional hubiera quedado prácticamente inédita. Retengamos este contexto, pues no fue casual como comprobaremos. Procedamos.

2. El extraño caso de una cuarta sentencia constitucional

El recurso interpuesto por senadores del Partido Socialista Obrero Español a mediados de octubre de 1980 que se resolvería por dicha sentencia de principios de febrero de 1981 no versaba sobre Comunidades Autónomas. De haberse planteado esto, dicho partido hubiera tenido con anterioridad a mano el recurso previo de inconstitucionalidad frente a Estatutos de Autonomía que en aquellos tiempos preveía la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que se suprimiría por un buen tiempo para restablecerse recientemente (Pérez Royo, 1986; Aguado Renedo). Estaban ya vigentes, desde finales de 1979, los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco, frente a los cuales ninguna clase de recurso se había interpuesto. Los mismos habían constituido un evidente logro político, entre múltiples dificultades, en orden a la integración constitucional del nacionalismo catalán y de parte importante del vasco (Perales; Portillo, 2018). Ningún partido español, o al menos ninguno parlamentario de ámbito estatal, se planteó la impugnación por vía jurisdiccional. Y el recurso socialista de 1980 no versaba, insistamos, sobre Estatutos de Autonomía ni venidos ni por venir, ni postrera ni preventivamente. Al contrario, el mismo Partido Socialista ya estaba embarcado en reproducir el tipo de autonomía vasco y catalán no sólo para Galicia, sino también, lo que resultaría bien relevante, para Andalucía (Cruz Artacho). Retengamos también este contexto.

Si no versaba sobre la autonomía de la Comunidades, ¿frente a qué se planteaba aquel recurso? Literalmente lo que se reclamaba del Tribunal Constitucional era la declaración de «inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Legislación de Régimen Local, declarando asimismo la nulidad de las mismas y la de aquellas otras de la misma legislación a las que el Tribunal considere oportuno extenderse por conexión o consecuencia». Es una solicitud ya de por sí extraña en sus dos extremos, el de una declaración de inconstitucionalidad de

una legislación que, como la de procedencia franquista, ya estaba derogada por la Constitución, y el de una extensión indeterminada de la propia declaración, determinable a criterio del Tribunal. En suma, era un recurso sin base ni objeto. No debía haberse admitido a trámite. Discrepando así con la sentencia y argumentando que no se debía haber asumido el caso, lo señaló, alegando lo primero, la impugnación de legislación ya derogada, no lo segundo, la improcedencia de una suplicación indeterminada, el único voto particular que se dio, debido al magistrado Francisco Rubio Llorente. Se limitaba a lo dicho, sin entrar en nada de lo que ahora añadiremos. Al reto del voto, para sortear el efecto derogatorio de la Constitución y poder así pronunciarse, la sentencia respondía acuñando una peregrina doctrina de «inconstitucionalidad sobrevenida» por obra de la Constitución, tal y como si hubiera habido, con la dictadura, una constitucionalidad inmediatamente precedente.

La sugerencia de extensión contaba con una base constitucional que hace ver claramente hacia dónde se dirigía. La Constitución reconoce en un mismo artículo las autonomías de entidades que, según ella misma, habrían de ser muy distintas; de una parte, la de Comunidades; de otra, las de Diputaciones y de Municipios: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (CE, art. 137). Con esto, la propia sugerencia se llenaba de contenido. No sólo se trataba de que el Tribunal se extendiera a considerar la posición constitucional de las Comunidades Autónomas, sino de que lo hiciera en esa línea de acercarla o asimilarla a las de las entidades provinciales y locales, las primeras, las de Diputaciones, ni siquiera representativas de primer grado, sino mancomunidades de Municipios. ¿En este mismo espacio se quería recluir a las nuevas Comunidades?

Como sólo era una insinuación, de seguirse, sería cosa, no del partido recurrente, sino del tribunal sentenciador, con toda su autoridad. Al contrario de si se hubiera interpuesto un recurso previo de inconstitucionalidad frente a aquellos primeros Estatutos, la parte recurrente no se ha pronunciado en su contra. De urgir el asunto identificado del recurso, un partido con representación parlamentaria lo que debiera haber hecho es presentar una propuesta de ley de régimen local y no pretender que se declarase jurisdiccionalmente inconstitucional lo constitucionalmente derogado. Son cosas tan elementales que la única forma de explicar el recurso es la de que lo que se perseguía no era poner fuera de juego algo que ya lo estaba, sino lograr un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las Comunidades Autónomas.

Tal como ocurrió. El Tribunal colmó con creces las expectativas de la parte recurrente si tales eran. Ya está citado: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución», sin matiz alguno, sin matices que se registran precisamente en la propia norma constitucional. El Tribunal abunda: «resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido»; «el Estado queda colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (...) como a los Entes locales», remitiéndose respecto a las primeras a artículos de la Constitución comunes a la respectiva autonomía, no a los que diferencian a las de diverso género que ahora, enseguida, recordaremos. Entre Comunidades y «Entes locales» se señala la superioridad de las primeras por ser más políticas que administrativas, pero las una y

los otros quedan igualmente bajo una superioridad cualitativamente distinta, por soberana, del Estado. No hay asimilación, pero se marca la equiparación. «Autonomía no es soberanía», es el motto, como si en el adagio ya se contuviera todo el resto.

Hay matices en la Constitución que la sentencia puede ignorar porque, precisamente, el recurso, al no versar sobre Comunidades Autónomas, no obliga a considerarlos. El Tribunal se entiende excusado de entrar en materia respecto a las autonomías de las Comunidades más allá de la afirmación del principio de subordinación al Estado. Dicho de otro modo, he ahí un pronunciamiento eventual, un *obiter dictum*, insuficiente o, en todo caso, problemático para sentar jurisprudencia. Pero el caso es que lo ha hecho. Para el propio Tribunal, como hemos comprobado por la sentencia de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ahí se encuentra el punto de partida de su jurisprudencia sobre autonomías territoriales. Y esto se entiende a pesar de que, por no ser objeto del juicio de constitucionalidad, el Tribunal no procedió a colacionar y analizar el conjunto de previsiones de la Constitución interesantes a la autonomía de las Comunidades. Hubiera tenido que hacerlo si lo que se hubiese planteado hubiera sido un recurso previo de inconstitucionalidad frente a los primeros Estatutos, el vasco y el catalán, o también si el Tribunal se hubiera autocuestionado su constitucionalidad, si abrigaba dudas, para lo que tuvo tempranas ocasiones por casos de conflictos de competencia del Estado con las primeras Comunidades Autónomas, tanto con el País Vasco como con Cataluña (véase el directorio de jurisprudencia). En cambio, les salió al paso con los pronunciamientos incidentales, sin motivar, de 1981. He ahí toda una jurisprudencia preventiva.

Con todo ello y en definitiva hasta hoy, a partir de tal sentencia de 1981, no sólo es que la Constitución territorial del Estado va a ser criatura más del Tribunal Constitucional que de la propia norma constituyente (Cruz Villalón, 1991 y 2016), sino también que tal proceso de verdadera sustitución constitucional arrancó mediante un procedimiento sospechoso y una resolución discutible, por decir poco. El Tribunal Constitucional admitió lo que no debía admitir y se pronunció sobre lo que no debía pronunciarse. Un voto particular ponía en guardia. Mas ni el propio magistrado discrepante guardaría consecuencia. Suscribiría sin problemas sentencias que traían causa de la extraña de 1981. Son unos orígenes olvidados, particularmente desde luego dentro del propio Tribunal. Se olvidan o no se aprecian también desde el principio (Cruz Villalón, 1983).

3. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía

Llamo autogobierno al que cuenta con título propio, reconocido por el respectivo Estado compuesto, para autoconstituirse, así como mera autonomía al caso que depende enteramente de dispensación estatal, *home rule* en sentido reducido (Barron). Para concretarlo, hemos de mirar ante todo a la Constitución pues contiene ciertamente la distinción entre estos conceptos aunque no la manifieste mediante términos diversos. Distingue entre dos tipos de Estatutos de Autonomía aun utilizando una misma expresión para identificarlos. Conviene arrancar por esta distinción que anda perdida.

Una clase de Estatutos, los contemplados por el artículo 151, son normas de carácter pactado con la representación territorial del caso y los únicos de los que se preveía expresamente una condición política por constituirse mediante dotación de parlamentos y gobiernos propios. El resto, en cambio, se establece por mera ley orgánica y se sitúa más cerca de los entes de carácter administrativo. A esto se suma

que la Constitución distingue como sujetos de autonomía territorial entre «nacionalidades» y «regiones»; reconoce «derechos históricos» de «territorios forales» como título igualmente de autonomía, y revalida los referenda de iniciativa autonómica celebrados bajo la Constitución anterior, la de la Segunda República, con el que reconoce otro título concurrente, este republicano, para el derecho de acceso a la autonomía o, mejor entonces, autogobierno. Por ahí se situaban, entre constituir nacionalidad, poder alegar derecho histórico, contar con título constitucional a la autonomía precedente a la Constitución actual, y aprovechar las posibilidades de autogobierno del artículo 151 constitucional, aquellos primeros Estatutos, el del País Vasco y el de Cataluña. Es toda una batería de constitucionalismo territorial que el Tribunal Constitucional posterga y marginaliza, prácticamente ningunea, desde su sentencia de 1981 (Clavero, 2018).

Con el reconocimiento constitucional de títulos de autonomía precedentes a la propia Constitución y las consiguientes posibilidades de apoderamiento autonómico por el alcance sustantivo que puedan alcanzar tanto la condición de nacionalidad como el patrimonio de unos derechos históricos, cualquiera que éste sea en cada caso e independientemente del grado en el que se valore todo ello, lo que resulta indudable es que, frente a los primeros Estatutos, la soberanía española ciertamente proclamada por la Constitución misma no llega a alcanzar el carácter absoluto e incondicional que le atribuye la sentencia de 1981 y toda la jurisprudencia constitucional ulterior. Perdón por la larga parrafada. Insistamos en un punto. Un recurso previo de inconstitucionalidad contra los Estatutos vasco y catalán hubieran dado entrada en el procedimiento al País Vasco y a Cataluña que, a su vez, habrían introducido en el procedimiento los matices constitucionales que les fundaban y fortalecían, con lo todo lo cual el Tribunal, a su turno, no habría podido eludirlos en su sentencia, determinando con todo un arranque muy distinto de la jurisprudencia constitucional sobre autonomías. De la forma como fueron las cosas, todo ello pudo eludirse.

Hay más elementos que interesan. A los comienzos de los años ochenta, se estaban interfiriendo los casos de otras posibles autonomías y particularmente el de Andalucía. Ya a finales de 1977, un año antes de la Constitución, cuando se presagiaban autonomías no generalizadas o, si acaso, de diverso nivel, se habían producido manifestaciones multitudinarias en la región reclamando autonomía con una confluencia entusiasta de partidos de todo signo, a izquierda y a derecha. El motivo no del todo inconfeso de tan transversal movilización fue una pulsión antivasca y anticatalana. Ahí se genera la precipitada marcha de Andalucía hacia una autonomía más o menos equivalente a la catalana. Por el camino la derecha defeccionó, pero el Partido Socialista, aquel que al mismo tiempo presentaba el recurso susodicho de 1980, no cejó, convirtiéndose en el adalid de esta autonomía a la contra.

La narrativa canónica asegura que así se equilibró el sistema constitucional (Girón Reguera, entre tantos). El hecho es que creó una dinámica de emulación con los motivos de nacionalidad, vía de acceso a la autonomía y titularidad de derecho histórico que se contagiaba a otras autonomías diluyendo su significado y neutralizando su alcance. Así se ha potenciado un principio de igualdad aplicado a las autonomías que bloquea el desarrollo de las mismas distinciones previstas o permitidas por la Constitución en consideración de los casos de nacionalidad como el País Vasco y Cataluña. Son elementos que hoy tienen desequilibrando el sistema y que dificultan la recuperación de su valor originalmente distintivo, con razones de peso, de Cataluña y del País Vasco. No había contradicción, sino complementariedad, en las posiciones del Partido Socialista en Andalucía y ante el Tribunal Constitucional.

Pero sigamos todavía a los comienzos. Nos importa que el germen se siembra en aquellos primeros tiempos de la Constitución, Fue también el Partido Socialista el que promocionó al primer Tribunal Constitucional a más de un jurista notoriamente contrario a derechos históricos. Son cosas que se tienen en las hemerotecas, hoy más accesibles en línea.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías hemos subrayado que se publica el 24 de febrero de 1981. Ese mismo día por la tarde se produce en el Palacio de la Zarzuela una reunión a puerta cerrada entre el Jefe del Estado y los líderes parlamentarios de los partidos de ámbito español. No se convocó a ninguno de partido vasco o catalán. Las vísperas se había producido el golpe de Estado contra, entre otras cosas, las autonomías del País Vasco y de Cataluña, únicas que entonces existían. Nunca hubo información fehaciente sobre la reunión, pero algún acuerdo se produjo que puede inferirse de las secuelas (Clavero, a publicarse). A continuación se inicia la serie de pactos autonómicos entre los principales partidos centrales dejando atrás el desencuentro andaluz para impulsar el sistema de autonomías que rompe decididamente con el diseño constitucional en la línea de generalizarlas con tendencia a la homogeneización (Aparicio).

La sentencia constitucional hecha pública el mismo día aporta la doctrina de base. Con la coincidencia entre su edición en el Boletín Oficial del Estado y la reunión de la Zarzuela, el actual Estado de las Autonomías español cuando se funda es el 24 de febrero de 1981 tras el golpe militar del día anterior. Los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña, igual que la misma Constitución, contenían otras posibilidades, pero van a verse estorbadas y hasta impedidas no sólo por la vía política, sino también, más decisivamente, por el propio Tribunal Constitucional. La extraña sentencia de 1981 no se entiende sino entre los vectores de una clase política de ámbito fundamentalmente español muy preocupada por los primeros Estatutos en circunstancias de confluencia multipartidista y pluriterritorial por un diseño constituyente común que hacían impensables la revisión jurisdiccional directa de los acuerdos estatutarios. Lo que veremos que el Tribunal Constitucional va a hacer con la autonomía de Cataluña en 2010 no se atrevía ni a planteárselo frontalmente en aquellos primeros años. El contexto de entonces y las alteraciones posteriores del clima político explican la sentencia de 1981 así como que sus posiciones se hayan mantenido sin rectificación o ni siquiera modulación hasta hoy, pese a los retos que no han dejado justamente de afrontar. Es un hilo resistente que atraviesa la trayectoria del Tribunal.

En aquel arranque constitucional y estatutario provocaba especial alarma una disposición adicional del Estatuto del País Vasco: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». Preocupaba hasta la última frase, el detalle de que ni siquiera se hiciera referencia explícita a la Constitución, en la cual a su vez se contiene una adicional de la que la vasca puede traer causa: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». De esto conviene ocuparse.

4. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía

El establecimiento de la autonomía de Navarra es el que, valiéndose de derechos históricos, menos se atiene a previsiones de la Constitución. No se acoge a ninguno de los procedimientos contemplados en su cuerpo normativo. En 1982 Navarra accede a la autonomía política mediante Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, una norma resultante de acuerdo con el Gobierno central que se formaliza por las Cortes Generales como Ley Orgánica. Su Preámbulo motiva tan singular procedimiento en el reconocimiento constitucional de derechos históricos y en la existencia de un Fuero de Navarra adaptado al Estado constitucional español prácticamente desde sus orígenes en el siglo XIX (Baraibar). He aquí, junto a los casos del artículo 151, esto es, Galicia y Andalucía además del País Vasco y Cataluña, una autonomía de carácter pactado o, dicho de otra forma, de fondo federal (Jimeno Aranguren; Cruz Allí).

No lo es en caso alguno para el Tribunal Constitucional. Del 6 de febrero de 1984 es una sentencia suya que hubo de pronunciarse sobre la institucionalidad foral de Navarra. Una de las partes en el proceso, el Presidente del Parlamento navarro, arguye que «el Estatuto Jurídico de Navarra se configura como un supuesto singular, debido al camino que se ha seguido para actualizar su régimen foral» de un «carácter paccionado». El Tribunal difiere resueltamente: «El hecho de que el acceso de Navarra a su actual régimen autonómico se haya llevado a cabo por una vía peculiar (...) no supone que no le sean aplicables (las) disposiciones constitucionales, o que quede al margen de ellas». Según la sentencia constitucional, Navarra no deja de ser una Comunidad Autónoma igual a todo el resto porque se denomine Comunidad Foral y se haya constituido mediante la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral. Que la Constitución emplee los términos de Comunidad Autónoma y de Estatuto de Autonomía para referirse a todos los casos de autonomías territoriales significa para el Tribunal Constitucional que todas las Comunidades y todos sus Estatutos tienen la misma naturaleza normativa. Diga lo que diga el Preámbulo del Amejoramiento y, añadamos, sea cual sea el procedimiento de acceso a la autonomía por la vía del artículo 151, el pacto constitutivo de Comunidad no cabe en la Constitución según esta jurisprudencia constitucional. Tampoco por fuero o derecho histórico se le admite.

Navarra ha mantenido sus posiciones en el terreno estricto de la justicia constitucional con un empeño superior al de otras autonomías pactadas, las del 151 y particularmente la vasca y la catalana. Mientras éstas, ante la evidencia de encontrarse en campo de juego contrario, tenderán a no defenderse ante el Tribunal Constitucional con argumentos de distinción como el de nacionalidad, el de derechos históricos, el del procedimiento de acceso o, aún menos, el de título republicano, Navarra seguirá defendiendo sus posiciones. Juega con la ventaja de que se tiene a sí misma y se le considera como un caso no conflictivo con la integridad de España, una ventaja que comparte con Andalucía, por razones diversas que ahora no vienen al caso (Clavero, 2019a). El hecho es que el planteamiento y el ejercicio de las autonomías navarra y andaluza sufren un acoso inferior de recursos centrales que los de la vasca y la catalana.

Haber recursos ante el Tribunal Constitucional, los hay en todos los casos. En 1985 el Gobierno central presenta contra el de Navarra uno cuestionando su particular régimen funcional. La Comunidad Foral se defiende con argumento de derecho histórico: «Históricamente, Navarra ha venido ostentando competencias en materia de función pública, que se mantuvieron incluso después de la pérdida de su condición de Reino, a través del sistema paccionado (...). El sistema de distribución territorial del poder político instaurado por la Constitución de 1978 no ha alterado este dato

básico» precisamente por su reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales. El Tribunal Constitucional dicta sentencia en 1990 mostrándose proclive al argumento incluso en los términos de que el derecho histórico puede ser un título de asunción de competencias habidas en el pasado si tal cosa se comprueba. Para el Tribunal el asunto de más de prueba histórica que de determinación presente. En todo caso, a la hora de la verdad del fallo, la sentencia se atiene al Amejoramiento, como Estatuto de Navarra, con sujeción a la legislación básica del Estado conforme a las previsiones de la Constitución. En Navarra se le celebra como si así se hubiera constitucionalmente revalidado su derecho histórico como base de la autonomía (Razquin Lizarraga).

El País Vasco, por su parte, se ha encontrado también ante el Tribunal Constitucional por cuestiones de derecho histórico, pero ha intentado en sus alegaciones limitar el asunto eludiendo que se le confronte como fundamento de la propia autonomía. Así resulta en su Estatuto por una doble vía. La Comunidad Autónoma vasca se constituye estatutariamente como una especie de federación entre Territorios Históricos, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, como entidades con derecho foral político propio. La misma, como está visto, se reserva en su Estatuto «los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia». Es una cláusula que copiarán posteriormente algunas otras autonomías (Rey Martínez), pero en el contexto autonómico vasco, igual que en el navarro, encierra una potencia singular. Hoy hay incluso, de mediados de 2018, una Ley de Actualización de los Derechos Históricos de Aragón que está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Ciñámonos a casos que ya han pasado por la aduana de la jurisprudencia constitucional pagando el arancel. Estamos con el País Vasco. Pues bien, al contrario que Navarra, aun habiendo tenido oportunidades para hacerlo, desde casos tempranos sobre competencia en materias de transporte de mercancías y de registro de convenios colectivos, el País Vasco ha evitado que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre tal fundamentación en derecho histórico de la autonomía propia. Por aquellos primeros tiempos más de un magistrado constitucional, comenzando por el Presidente del Tribunal, se había manifestado públicamente en contra, sin paliativos, de los derechos históricos en relación explícita al País Vasco (Tajadura Tejada, 2009). Todo el contexto tanto constitucional como político visto ha de tenerse en cuenta para poder percibirse las limitaciones de unos procedimientos. Hay cuestiones constitucionales de primer orden que no llegan directa y francamente al Tribunal Constitucional porque éste no ofrece las condiciones o, dicho de otro modo, porque suscita, con motivo, desconfianza.

Aunque el País Vasco no le dé pie, el Tribunal Constitucional encontrará la ocasión de pronunciarse sobre la estructura foral en virtud de derecho histórico de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La articulación de los Territorios Históricos con la Comunidad Autónoma fue un asunto muy conflictivo en el interior del propio País Vasco y el asunto acabó en el Tribunal Constitucional. En sentencia de 1988, éste se pronuncia elevando el tiro: «La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones 'históricas' anteriores. La misma existencia de derechos históricos tanto de los Territorios Históricos como de la Comunidad Autónoma trae causa del reconocimiento constitucional y no de la propia historia». No existe para el Tribunal nada que pueda calificarse de «legitimidad histórica» o título estrictamente tal en razón de fuero o de cualquier otro motivo. Es como si la Constitución, al reconocer algo, lo estuviera creando. Aplíquese esta lógica a los derechos de libertad y se palpará su irracionalidad.

En todo caso, el Tribunal Constitucional guarda una relativa deferencia con el derecho histórico tanto navarro como vasco siempre que no trascienda a la estructura constitucional y se limite a título de adopción de competencias concretas. Es una deferencia que tendrá en grado inferior con Cataluña cuando llegue el momento decisivo de la sentencia consabida de 2010 (Bayona y Ferreres; Viver Pi-Sunyer; Carrillo; Jordà). El sistema, en todo caso, está resultando bastante menos homogéneo de lo que se pudiera prever a la luz de los acontecimientos, el jurisdiccional y el político, del 24 de febrero de 1981, su fecha, como sabemos, fundacional. Sin embargo a su vez, en términos generales, el Tribunal Constitucional mantiene su línea tendente a la homogeneidad, la única, entre todas las previsibles, que no cabe en el diseño constitucional, a partir siempre de la asimilación estrecha, sin distinguos, entre Estatutos y del principio de la subordinación neta de los mismos a la Constitución. A tal fin, el Tribunal encuentra una fórmula que parece más apreciativa de los primeros, de los Estatutos, de todos ellos a un tiempo, la de que integrarían con la Constitución todo un «bloque de constitucionalidad», como si compartieran su rango. No es esta fórmula creación suya, pero la adopta desde temprano, no sin dejar de modularla.

En sustancia y aun con vacilaciones, tal bloque de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional va a integrarse en lo esencial por la propia Constitución junto a los Estatutos de Autonomía (Rubio Llorente). No es lo usual por otras latitudes, por donde suele servir en cambio la misma expresión para sumar derechos a Constitución, sobre todo los humanos de derecho internacional regional o global, fortaleciendo así los propios constitucionales, sin supeditar los unos a los otros, sino integrándolos como tal bloque (Carpio Marcos). Aquí, en España, la categoría sirve en cambio para aparentar un carácter constitucional de los Estatutos que de este modo es como se supeditan todos ellos por igual a la Constitución. En esta fragua, los mismos se funden en una sola categoría normativa. En este otro bloque, el español, no caben cosas tan constitucionalmente españolas como los derechos históricos, las nacionalidades y el pacto en relación a determinadas autonomías estatutarias. Su concepción se cierra en normas y poderes; no se abre a derechos y sujetos, unos sujetos colectivos en el caso de las autonomías. No hay que decir que el Tribunal Constitucional nunca se ha planteado que, a la luz de la misma Constitución, los derechos históricos formen parte del bloque.

La otra integración más decisiva entre derechos ultraconstitucionales y Constitución brilla por su ausencia en el caso español. Su adopción podría ayudar desde luego a un mejor abordaje del verdadero reto de la integración normativa entre Constitución y unas normas de valor igualmente constitucional llamadas Estatutos que presentan diferencias de fondo entre sí. Como con otros problemas constitucionales, inclusive los orgánicos, la clave puede estar en los derechos, en unos derechos que, dentro de un constitucionalismo de diversos estratos comenzándose en España por el de las Comunidades y alzándose hacia el derecho internacional, no han de recluirse en el ámbito estrecho de la Constitución de Estado. La Constitución española contiene la previsión al respecto de esta otra integración aunque el Tribunal Constitucional venga haciendo empecinadamente oídos sordos (Clavero, 2019b). Y por lo que interesa al bloque de constitucionalidad vamos a ver en el caso de Cataluña cómo se vacía de sentido por el propio Tribunal Constitucional a la hora de tomárselo en serio.

5. Derecho histórico no foral y la sentencia de 2010

En 1979, el segundo Estatuto de Cataluña no se distingue, a diferencia del coetáneo del País Vasco, por hacer invocación ni por recurrir al derecho histórico. La

Constitución reconoce «derechos históricos» de los «territorios forales» y Cataluña, aun contando con un patrimonio jurídico equivalente o incluso superior, no se identifica con dicho calificativo de *foral*. La palabra *fuero* o *foro* en este sentido normativo de título histórico no es propia de la lengua catalana. La Constitución no identifica cuáles sean los territorios forales. La cualificación se refiere a un tracto de derecho propio que cumple más que suficientemente Cataluña. La terminología no la usual prevalecer sobre la categorización (Clavero, 1990). Ahora volveremos a este importante extremo.

Cuando viene a plantearse el tercer Estatuto a mediados de la primera década de este siglo, se produce un giro. El proyecto se fundamenta resueltamente en el derecho histórico: «L'autogovern de Catalunya es fonamenta en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana». Antes de aprobarse por el Parlamento catalán se introduce un matiz: «L'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català», *también* para darle desde un primer momento cabida a la Constitución como fundamento así concurrente de la autonomía. Las referencias constitucionales, comenzando por la de reconocimiento de nacionalidad que ahora se equipara justamente a nación, no dejaban de registrarse desde los primeros borradores a continuación del derecho histórico. Y este derecho tiene bastante juego en el cuerpo del Estatuto (Ferret).

Algún primer borrador del Estatuto se encuadraba también en la extensión a Cataluña de la categoría de territorio foral, pero, ante la duda terminológica, esta referencia concreta no se registró finalmente. Pese a que el registro no figura en el Estatuto, la sentencia se detiene en el mismo por entender que es el único posible fundamento constitucional de la existencia de derecho histórico. Sienta que la cualificación de territorio foral no es aplicable a Cataluña, sino tan sólo al País Vasco y a Navarra. Conforme a otra expresión constitucional más claramente inclusiva (art. 149.1.8), para los supuestos de nacionalidad, podría entenderse que territorios forales son los territorios con "derecho foral o especial", pero la sentencia lo deniega. Explica que esta otra expresión se refiere a derecho civil privado, no al político público, como si lo primero no fuera también derecho histórico. Y el Tribunal no da relevancia ninguna a la condición de nacionalidad negando que pueda relacionarse con nación.

Autocensurado en origen, podado por el Congreso de los Diputados, forzándose un pacto a la baja, y, pese a todo esto, recurrido por el Partido Popular ante el Tribunal Constitucional, Cataluña no adopta una línea de defensa que girase en torno del derecho histórico. Recurre al argumento del carácter democrático de todo el proceso estatuyente, carácter especialmente marcado por tratarse de caso del artículo 151 que une refrendo ciudadano a pacto institucional. La democracia es un buen argumento, pero resulta débil a estos efectos procesales que han de atenerse a normas constituidas comenzando por la Constitución, por toda ella por supuesto, también por sus reconocimientos de nacionalidad y de derecho histórico. ¿Por qué Cataluña no incide especialmente en estos registros? La respuesta ya la tenemos. El Tribunal Constitucional ha venido mostrándose, desde un principio, impermeable a los mismos. Hay pasajes de la Constitución que no existen para la jurisdicción constitucional o que se minimizan en sus manos. El caso de Navarra está a la vista. De todas maneras, el Tribunal Constitucional no se privó ni de declarar que Cataluña no es territorio foral.

El argumento democrático podría servir mejor para cuestionar la competencia del propio Tribunal respecto a Estatutos como los de autogobierno del artículo 151, pactados y refrendados, o al menos para moverlo a una elemental autorrestricción de jurisdicción por deferencia a democracia, a la cual no está para nada acostumbrado (Pérez Royo, 2011). Para la revisión jurisdiccional de un pacto de autogobierno

deberían suscitarse al menos las mismas cuestiones que para el caso de justiciabilidad de reformas constitucionales o de la propia Constitución. ¿Qué autoridad cabe a un colegio de juristas, por mucha autoridad que tenga investida, para situarse por encima de ejercicios de democracia cuando no se trata del amparo de derechos? (Roznai).

La posición del Tribunal ante el tercer Estatuto de Cataluña se cierra en banda, endureciéndose incluso, si es que cabe. Así se pronuncia: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución»; «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». «Los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica»; «En tanto que normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta». Se insiste en que todo ello estaría sentado desde el principio: «como este Tribunal ha constatado desde sus primeros pronunciamientos, el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3)», abundando en la referencia ya citada en nuestro arranque. Respecto a la alegación de derecho histórico se considera «manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa», declarándose que así, sin dicho alcance, han de interpretarse los registros de derecho histórico. Diplomáticamente, no los anula tras neutralizarlos. Hubo votos particulares más sañudos. Y no digamos de algunos exégetas de la sentencia. Quieren que la historia desaparezca del derecho autonómico, comenzando por el reconocimiento constitucional de territorios forales (Tajadura Tejada, 2011).

Repárese en unas expresiones de la sentencia que llegan a ser desaforadas. A fuerza de que se nos repitan nos pueden parecer hasta fundamentadas. ¿Cómo puede decirse por todo un Tribunal Constitucional lo que acabamos de leer? «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». ¿No hay derecho superior a la Constitución de Estado? La misma española, como hoy resulta poco menos que obligado, se sitúa en un orden de derecho de procedencia internacional tanto regional, el de la Unión Europea y el Consejo de Europa, como global, el de Naciones Unidas y, para lo bueno o para lo malo, de otras organizaciones interestatales. La Constitución está abierta (Cruz Villalón, 2004). Incorpora la española al propio ordenamiento los tratados ratificados por España, inclusive los de derechos humanos (CE, arts. 94.1.c y 96.1). Ya sabemos que esto último es algo que el Tribunal Constitucional se empeña en ignorar. Sólo así, con tamaños lapsus, puede afirmar lo que afirma.

El Tribunal Constitucional español es cerradamente soberanista, alimentando a otro soberanismo, el de ámbito catalán al que me referiré al final. Con todo esto, la misma categoría de bloque de constitucionalidad por cuanto toca a los Estatutos puede tener un sentido de constitucionalidad material, pero en ningún caso lo cobra formal o, dicho de otro modo, efectivo: «Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del

Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico», como si el Tribunal no hubiera consagrado el sintagma de bloque de constitucionalidad aparentando otro concepto. La apreciación del valor normativo del Estatuto «en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal»; «En este sentido, es forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución». Son expresiones de la sentencia de 2010. Y ya se ve. Lo que no es Constitución española, según además la entiende el Tribunal Constitucional, queda extramuros del orden estrictamente constitucional.

El ninguneo ahora del bloque de constitucionalidad responde a la alegación de parte catalana en su intento por venir al campo de juego del Tribunal que no es precisamente el del derecho histórico ni en el de la nacionalidad. Así lo presentan las alegaciones de la Generalitat con referencia al Estatuto: «En su condición de norma institucional básica, integrada en el bloque de la constitucionalidad por razón de su naturaleza ‘paraconstitucional’ o ‘subconstitucional’ y siendo norma de cabecera de un ordenamiento autonómico propio y diferenciado, el criterio determinante para la definición de su posible contenido debería ser el de la conexión con las funciones que constitucionalmente le corresponden, lo que se traduciría en la posibilidad de incluir previsiones sobre la relación de las instituciones autonómicas con los ciudadanos plasmadas en el reconocimiento de derechos y con los poderes de otras Comunidades Autónomas, del Estado o de la Unión Europea». Resulta en vano. Ni a esos ni a ningún efecto el Tribunal Constitucional reconoce ahora valor alguno a la categoría de marras. De hecho, la rechaza como hemos visto sin mencionarla siquiera.

Sustancialmente, el Tribunal Constitucional sigue con todo ello la línea marcada por las alegaciones de la Abogacía del Estado, la representación del Gobierno. Entre el uno y la otra citan la sentencia de 1981 hasta en siete ocasiones. Las Cortes Generales no se personaron en el proceso. No lo hicieron ni el Congreso ni el Senado. Formalmente, el Estatuto de Cataluña es Ley Orgánica del Estado y, por lo tanto, producto normativo de las mismas Cortes, la representación de la ciudadanía española comprendida por supuesto la catalana. Tenían que haberse responsabilizado de su obra defendiéndola. Tal desentendimiento dice mucho de la irresponsabilidad literal de unas instituciones de Estado en relación al caso del tercer Estatuto de Cataluña. Alcanza, por activa o por pasiva, tanto al Gobierno y al Tribunal Constitucional como a las Cortes Generales. En cuanto a responsabilidades partidistas, la mayor, pero no exclusiva, corresponde al Partido Popular, el impulsor del recurso de inconstitucionalidad incluso después que el Congreso, por empeño de un sector del Partido Socialista, ya había podado severamente el texto del Estatuto. ¿Qué decir? De aquellos polvos, estos lodos.

6. Conclusión: al principio tenemos la *jurisimprudencia*

«Autonomía no es soberanía» es el ritornello de la jurisprudencia constitucional desde la extraña sentencia de 1981. Y veíamos añadir al Tribunal respecto a la segunda: «y aún este poder tiene sus límites». Tanto los conoce hoy que está de moda afirmar que la soberanía ha dejado en rigor de existir, lo que no parece tomar en cuenta el mismo Tribunal en su desaforada sentencia de 2010 al formular al fin y al cabo lo mismo concretándolo de esta otra forma: «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». Es un género de proclamaciones

por las que tenemos el problema, no la repuesta. ¿Quién pone en duda que autonomía no es soberanía y que soberanía, mal que le pese, ya no es lo que era o lo que nunca ha conseguido ser? Soberanía comienza por ser una categoría dudosamente constitucional (Rasch; Eaton).

Un corolario se añade por la sentencia de 2010: nacionalidad no es nación. Y tenemos más: en singular, ni nación ni soberanía propiamente existirían (Keating). Sin embargo, cuando despertamos, siguen ahí. Están guiando la conducta política del irresponsable soberanismo catalán y el proceder constitucional del insensible soberanismo español. Han conducido a este par de soberanismos a un choque frontal (Roig Moles; Martín i Alonso). Hay ficciones que son realidades porque nos las creemos o porque actuamos como si nos las creyésemos (Cagiao). La colisión entre la ficción española y la ficción catalana ya ha provocado daños sociales y políticos considerables. El intento fallido de independizar a Cataluña de España en términos de soberanía nos ha introducido a todos en un callejón político sin salida jurídica. La sentencia de 2010 ha sido el factor detonante. Unas reacciones consecutivas, las del nacionalismo catalán y las de la justicia española, han puesto el resto. Se ha consumado un naufragio por marejada que nos anega a todos tras el que todavía ni siquiera se han emprendido operaciones de salvamento ni propio ni ajeno. Escribo en la primavera de 2019, cuando cunde el desconcierto y la incertidumbre (Bayona, epílogo; García).

¿Qué posibilidades tenemos? Parece que prácticamente ninguna dentro del derecho y desde luego que bastantes en el ámbito de la política. Aquí podríamos entonces concluir porque éste es un escrito jurídico aunque haya tenido por fuerza que mirar al de la política. En este punto, ni siquiera sabría por mi parte cómo responder a la pregunta de qué tendríamos que hacer para recuperar la Constitución y el derecho una vez que se han salido el Tribunal Constitucional de la primera y la autonomía catalana del segundo. Se da además el agravante de que ni una parte ni la otra están en la mínima disposición de reconocer el descarrilamiento propio al tiempo que atacan con toda energía al ajeno. Ya no digamos si se formula la misma pregunta interpelando a los partidos principales, a los españoles como a los catalanes, entre los que cunde aún más la inconsciencia acerca de su respectiva trayectoria sin clarividencia por ello respecto a la ajena. Soberanismos y nacionalismos, solapados o confesos que sean, ciegan.

¿Cabe que nos recuperemos dentro del orden constitucional? En el punto al que hemos llegado, con el encadenamiento de acciones del Parlamento de Cataluña y reacciones del Tribunal Constitucional, nos hemos salido todos del cobijo de derecho. El caso es que, en este frente, el segundo se encuentra a la intemperie desde el principio. Él mismo nos lo ha recordado a su modo con la sentencia de 2010. La posición que asumiera desde 1981 no tiene cabida en la Constitución si la tomamos por entero en serio. Interponiéndose la jurisprudencia constitucional, ya sólo con esto, el reto de la recuperación resulta sumamente arduo. Distingamos. El Tribunal Constitucional no es la Constitución ni viviente ni andante. Una cosa es actuar políticamente a su contra y otra, más plausible, hacerlo a su margen para que no bloquee la salida. Hay un resquicio de entrada. Hemos visto que el Tribunal Constitucional ha sido diplomático al mantener los registros estatutarios de derecho histórico, desde los del Estatuto vasco de 1979 al del catalán de 2006, aun intentando privarles de alcance como si pudiera imponer una sola lectura (Díaz Revorio). Pues bien, cabe recuperar su sentido genuino en base a la propia Constitución. Ahí siguen consignados en la literalidad de unos Estatutos.

Si la solución ha de ser de política para recuperación de derecho, tenemos entonces un buen problema con el Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica del Poder

Judicial identifica prácticamente la Constitución con la jurisprudencia constitucional (art. 5.1), lo que ha arraigado con fuerza en la cultura política y no sólo judicial española. Tratándose de Estatutos, si hay una lógica en el procedimiento de acceso a la autonomía del artículo 151 es que en sede política, en el Congreso de los Diputados, y no en ninguna jurisdiccional, ha de ejercerse, a los efectos del pacto de autogobierno, un control de constitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional, con esa ayuda de la ley, se ha superpuesto a todas las instancias internas sin exceptuar a las parlamentarias ni siquiera aunque cuenten con el refrendo ciudadano. Por lo visto, todo el resto de las instituciones constitucionales no interpretan ni controlan constitucionalidad cuando adoptan decisiones y emprenden acciones. Tal es el signo de nuestra cultura jurídica.

Todavía más cuesta arriba puede hacerse la marcha atrás para salir del ordenamiento alternativo creado por Cataluña para independizarse de España, el de las llamadas leyes de desconexión y anexas que han dado por liquidado al Estatuto y por desahuciada a la Constitución. Como en todo callejón sin salida, marcha adelante no la hay. Y la rectificación no parece que pueda reducirse a un regreso a la autonomía tal y como quedara configurada por el tercer Estatuto tras la poda concienzuda de las Cortes Generales y el minado en profundidad del Tribunal Constitucional. Incluso parece dudoso, a estas alturas, que la recuperación pudiera efectuarse regresando al proyecto de tercer Estatuto propuesto originalmente por Cataluña con su esfuerzo pragmático de encuadrarse; forzosamente desde luego, en límites marcados por la jurisprudencia constitucional. Todo ello sería como si al Tribunal se le hiciera rebobinar, no a la Constitución de 1978, sino a la extraña sentencia de 1981. Estaríamos en las mismas, en el mismísimo laberinto sin salida que resulte transitable por los caminos del derecho.

Otro caso sería que donde se volviera fuese al punto de partida del tercer Estatuto, el de la vía del derecho histórico al autogobierno con todas las posibilidades que así se reabrirían. Aunque tampoco es que las haya agotado, es la vía de Navarra ofreciendo prueba de su factibilidad al margen de la jurisprudencia constitucional o, mejor dicho (Clavero, 1998), de *jurisimprudencia* tamaña. Constitucionalmente, una vez reconocido por la Constitución y asumido por la Comunidad, el derecho histórico no nos remite a la historia, sino a capacidad de determinación de su sujeto político a partir de la misma. Es cuestión de título antes que de contenido. No es tan sólo que sirva para asumir determinadas competencias, sino también y ante todo que capacita para determinarse sobre el propio autogobierno más allá de lo que la propia Constitución prevé. El reconocimiento constitucional no se hizo para subordinar Comunidades a la historia, sino para todo lo contrario, para abrirles horizonte de autonomía. Entre estas coordenadas, lo que no tiene definitivamente sentido es contraponer derecho histórico a Constitución para descalificarlo (Tajadura Tejada, 2008). No cabe liquidar así lo que cuenta, además de con habilitación constitucional, con historia efectiva (Portillo, 2006).

Si donde volvemos es a la Constitución, a la de 1978, no a la posterior tan mutada, por no decir mutilada, podríamos recuperar plenamente el reconocimiento de nacionalidades, de derechos históricos, de título republicano y de pactos, el foral y el del artículo 151. Si es ahí, en tal previsión de autogobierno, donde nos situamos, tendríamos entonces que no habría jurisprudencia constitucional superpuesta a la Constitución, la *jurisimprudencia* que hemos visto. Llamo así a la que no cuenta con suficiente fundamento constitucional y adopta posiciones tóxicas para el sistema. Denominémosla como queramos. No hace falta hablar de *jurisimprudencia* para relativizar sus actuaciones y desvelar sus pretensiones. ¿Para qué, si no, sirve la historia, inclusive y sobre todo la de presente? Ocurre hasta en las que se tienen a sí mismas como mejores familias (Chemersinsky). En sistemas constitucionales la justicia

suele producir su propia narrativa resistente al escrutinio, lo que sólo cabe contrarrestar con indagación histórica, no con la historia retrospectiva al servicio del constitucionalismo presente, la usual entre constitucionalistas tanto de academia como de política.

Con todo y en suma, no rige hoy la Constitución territorial de 1978, sino la interpretación jurisdiccional de 1981 con todas sus secuelas. ¿Cómo vamos entonces a recuperarnos? No tengo recetas, pero algo sé. El Tribunal Constitucional no debe ser sujeto de política, pero puede ser objeto de la misma. Debe serlo por su desviación. ¿Cabe pronóstico? Se hace desde luego difícil, por no decir imposible, si ya sólo está en manos de la política y no del derecho. Cuando estas páginas se lean, la situación será seguramente otra, a mejor o a peor, que la del momento cuando escribo. Sería buena señal que fuera entonces cuando resulten de alguna utilidad. Hoy por hoy, estamos en un impasse, por no decir que, de momento, en punto muerto. Y ocurra lo que ocurriere, la historia es la que ha sido. Su conocimiento nunca sobrá.

Todo lo que he argumentado a la contra de una jurisprudencia constitucional es en base de dispositivos contenidos en la Constitución vigente, los de nacionalidad, derecho histórico, pacto estatuyente y título republicano. Tendrían mejor acomodo con un sistema confederal por plurinacional, con una reforma reconstituyente en tal sentido (Requejo y Caminal). Estando como estamos, con los problemas que afrontamos, esos dispositivos política y jurisprudencialmente desactivados precisan de rehabilitación.

No soy historicista. Lo es la Constitución a determinados efectos. No le sitúo historia por encima. Es ella misma la que lo hace para lo bueno como para lo malo, para abrir autonomía como para blindar monarquía, lo primero muy a pesar del constitucionalismo soberanista español y lo segundo más bien a su gusto. Mi posición importa menos. No lo ha hecho en verdad mucho (Clavero, 1985). Sólo representa un voto. Y no me arrogo la voz de nadie.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2016). El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de Autonomía y de su modificación. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 683-699.
- Aparicio, M.A. (2017). Los últimos cuarenta años de la reorganización territorial del Estado en España. *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica*, 20, pp. 15-46.
- Baraibar, A. (2004). *Extraño federalismo. La vía navarra a la democracia, 1973-1982*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.
- Barron, D.J. (2003). Reclaiming Home Rule. *Harvard Law Review*, 116-8, pp. 2255-2386.
- Bayona, A. (2019). *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés*. Barcelona: Ediciones 62.
- Bayona, A. y Ferreres, V. (2010). El Tribunal Constitucional davant l'Estatut. *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, pp. 74-78.
- Cagiao, J. (2018). *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, prólogo de Suso del Toro. Madrid: Catarata.
- Carpio Marcos, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 4, pp. 79-114.
- Chemerinsky, E. (2014). *The Case Against the Supreme Court*. Nueva York: Penguin.

- Carrillo, M. (2011). La sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. *Estudios Constitucionales*, 9-1, pp. 365-388.
- Clavero, B. (1985). *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Clavero, B. (1990). Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre Fuero y Código. En B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* (pp. 47-86). Milán: Giuffrè.
- Clavero, B. (1998). Sexo de derecho, acoso de justicia. Comentario de jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52, pp. 189-217.
- Clavero, B., (2018). Nacionalidades y regiones entre el empoderamiento y la descentralización. En R. Escudero Alday y S. Martín (coords.), *Fraude e esperanza: 40 años de la Constitución* (pp. 109-132). Madrid: Akal.
- Clavero, B. (2019a). Andalucismo institucionalizado entre colonialismo marroquí y nacionalismo español. *Pasos a la Izquierda*, 15, pp. 1-18.
- Clavero, B. (2019b). Libertad de investigación e impunidad de dictadura. Jurisprudencia constitucional a la deriva. *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, 16, pp. 9-27.
- Clavero, B. (a publicarse), 1978: La extraña monarquía. En Sebastián Martín y Víctor Vázquez (eds.), *Monarquía y Constitución*. Madrid: Aranzadi.
- Cruz Allí, J. (2014). Elementos identitarios en el preámbulo y título preliminar de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra. *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Autonómico e Histórico de Vasconia*, 11, pp. 533-573.
- Cruz Artacho, S. (2017). *Andalucía en su laberinto. Historia del proceso autonómico andaluz*. Sevilla: Centro de Estudios Andaluces.
- Cruz Villalón, P. (1983). Dos años de jurisprudencia constitucional española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 7-42.
- Cruz Villalón, P. (1991). La construcción constitucional del Estado de las Autonomías. *Revista Vasca de Administración Pública*, 31, pp. 249-260.
- Cruz Villalón, P. (2004). *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta.
- Cruz Villalón, P. (2016). Tomás y Valiente en la fundación jurisprudencial del Estado de las Autonomías. En Paz Alonso Romero (ed.), *Francisco Tomás y Valiente. Memoria y legado de un maestro* (pp. 355-369). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Díaz Revorio, F.J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad*. Madrid: Lex Nova.
- Eaton, D.J. (ed.) (2006). *The End of Sovereignty? A Transatlantic Perspective*. Hamburgo: LIT.
- Ferret, J. (2011). Nació, símbols i drets històrics. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 12, Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, pp. 44-60.
- García, L. (2019). *El naufragi*, prólogo de Jordi Amat. Barcelona: Tusquets.
- Girón Reguera, E. (2004). Reflexión retrospectiva sobre el proceso autonómico andaluz y sus vicisitudes. *Revista de Estudios Regionales*, 69, pp. 139-162.
- Jimeno Aranguren, R. (2007-2008). Los Derechos históricos en la renovación del régimen autonómico de Navarra (2004-2006). *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, pp. 339-367.
- Jordà, A. (2012). Els drets històrics i la jurisprudència del Tribunal Constitucional abans de la sentència sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, 1981-2010. *e-Legal History Review*, 14, pp. 1-37.
- Keating, M. (2001). *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press.
- Martín i Alonso, G. (2019). Dossier sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya. *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a

- Catalunya, pp. 182-213.
- Perales, C. (2012). *Anàlisi crítica de la cobertura de l'encaix de Catalunya i Euskadi dins Espanya a través dels discursos de la premsa espanyola, catalana i basca publicats durant la transició i fins l'aprovació dels Estatuts català i basc, 1975-1979. El discurs editorial y de les columnes d'opinió publicats per ABC, El País, La Vanguardia, Avui, El Correo i Deia*, Universitat Autònoma de Barcelona, tesis doctoral.
- Pérez Royo, J (1986). Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 137-170.
- Pérez Royo, J (2011). La STC 31/2010 i la contribució de la jurisprudència constitucional a la configuració d'un Estat compost a Espanya: elements de continuïtat i ruptura, i incidència en les perspectives d'evolució de l'Estat autonòmic. *Revista Catalana de Dret Públic*, 43, Justicia constitucional y estados compuestos, pp. 1-17.
- Portillo, J.M. (2006). *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*. San Sebastián: Nerea.
- Portillo, J.M. (2018). *Entre tiros e historia. La constitución de la autonomía vasca, 1976-1979*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Rasch, W. (2004). *Sovereignty and its Discontents: On the Primacy of Conflict and the Structure of the Political*. Londres: Birkbeck.
- Razquin Lizarraga, M. (1991). Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: la STC 140/1990, de 20 de septiembre. *Revista Jurídica de Navarra*, 11, pp. 79-90.
- Requejo, F. y M. Caminal (eds.) (2012). *Federalism, Plurinationality and Democratic Constitutionalism*. Nueva York: Routledge.
- Rey Martínez, F. (2006). El concepto de 'derechos históricos' en la reforma de los estatutos de autonomía. *Cuadernos de Alzate*, 34, pp. 69-102.
- Roig Moles, E. (2017). Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc. *Revista Catalana de Dret Públic*, 54, El procés sobiranista de Catalunya, pp. 24-61.
- Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Rubio Llorente, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, pp. 9-37.
- Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tajadura Tejada, J. (2008). Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica. *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, pp. 137-192.
- Tajadura Tejada, J. (2009). Manuel García Pelayo y los derechos históricos. *Revista de Derecho Político*, 75-76, pp. 147-174.
- Tajadura Tejada, J. (2011). El Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, pp. 423-448.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2011). El Tribunal constitucional, ¿"Sempre, només... i indiscutible"? La funció constitucional dels estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010. *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, 12, Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, pp. 363-402.

Directorio de jurisprudencia constitucional

<https://www.boe.es/boe/dias/1981/02/24/pdfs/T00009-00016.pdf>, de 1981 sobre



régimen local.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/37>, de 1981 sobre transporte de mercancías.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/100>, de 1982 sobre patrimonio de la Generalitat.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca-ES/Resolucion/Show/60>, de 1982 sobre registro de convenios colectivos.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/269>, de 1984 sobre régimen político de Navarra.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/1017>, de 1988 sobre Territorios Históricos vascos.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1565>, de 1990 sobre régimen funcional de Navarra.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6670>, de 2010 sobre Estatuto de Cataluña.

La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada

The contribution of the Spanish criminal law to eradicate transnational bribery: half way through a dual system

Pablo Arvelo Rodríguez
 Universidad Carlos III de Madrid
100316448@alumnos.uc3m.es

Cita recomendada:

Arvelo Rodríguez, P. (2019). La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 135-165.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5009>

Recibido / received: 25/03/2019
 Aceptado / accepted: 07/08/2019

Resumen

El objetivo del presente estudio es proceder a un análisis crítico de la normativa española en materia de corrupción internacional. Además de las cuestiones generales, se abordan aspectos controvertidos de la materia, como la inclusión de los pagos de facilitación, el concepto de transacción económica internacional, la relevancia del error de tipo en estos casos o la esterilidad de ciertos instrumentos de represión por cuestiones procesales. Este análisis aboca a concluir la necesidad de determinadas reformas legislativas, fundamentalmente de la LOPJ; si bien estas parecen ser tan pertinentes como una serie de medidas de concienciación social.

Palabras clave

Cohecho, transacción económica internacional, pagos de facilitación, principio de personalidad activa, pseudo-atipicidad.

Abstract

The aim of this research is carrying out a critical analysis about the Spanish law concerning international bribery. After studying the general matters, some controversial aspects regarding the topic are addressed, such as the inclusion of facilitation payments, the concept of international business, the importance of the so called "error de tipo" in these cases or the futility of certain rules because of procedural issues. This analysis leads to conclude that committing reforms in this field is necessary, especially in the procedural aspect. Yet, such reforms seem to be as relevant as a battery of policies to promote greater social awareness.

Keywords

Bribery, international business, facilitation payments, active personality principle, "pseudo non-criminality".

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Inclusión y evolución del delito. Redacción y situación actual. 3. El bien jurídico protegido. 4. Sujetos del delito: autoridades o funcionarios públicos, y personas físicas y jurídicas. 5. Conducta típica. 5.1.1. Elementos objetivos del tipo. 5.1.1. El contenido de la «mordida» (el objeto). 5.1.2. La acción respecto a la «mordida» y la irrelevancia del artífice (la acción). 5.1.3. La autoridad o funcionario público (el sujeto pasivo) 5.1.4. Las actividades económicas internacionales (el contexto). 5.1.5. El elemento temporal (el momento). 5.2. Elementos subjetivos del tipo. 5.2.1. El dolo. 5.2.2. La finalidad de conseguir un contrato o ventaja competitiva 6. El problema de los pagos de facilitación. 7. Tipos agravados, y circunstancias atenuantes de interés. 8. Problemas concursales. 9. El enjuiciamiento de estos delitos en España. El principio de territorialidad y su excepción: el principio de personalidad activa. 10. La situación concursal y la atipicidad parcial impropias derivadas de la cuestión jurisdiccional. 11. El eventual problema de las inmunidades. 12. Iniciación de la causa, tribunal competente y procedimiento. Breve mención a un eventual problema de ejecución. 13. La jurisprudencia: entre la exigüidad y la ausencia. 14. Conclusión.

1. Introducción

La corrupción es un fenómeno de diversas caras que se materializa a muchas escalas. En la internacional, atajar las corruptelas resulta normalmente más complejo que en el plano interno, aunque se prevén mecanismos al efecto. Entre ellos, y para esa vertiente de la corrupción que involucra a un particular y a un agente público que resulta de alguna manera sobornado, destaca un sistema de castigo en el país de origen del pagador del soborno. Este mecanismo tiene especial sentido cuando la corrupción afecta a instituciones de países en vías de desarrollo, con contextos jurídico-políticos que no favorecen una persecución interna de las corruptelas lo suficientemente vehemente. El sistema, en el que participa nuestro ordenamiento jurídico, se ha concretado tradicionalmente en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en el seno de transacciones económicas internacionales, sito inicialmente en el artículo 445 bis del Código Penal (en adelante CP), posteriormente en el 445 y, por último, en el actual 286 ter. Amén de las reubicaciones y matices que ha recibido este delito, en 2015 la novedad ha sido todavía mayor, pues se ha pasado a atajar la cuestión mediante dos vías, de manera que el mencionado tipo penal ya no actúa en solitario.

De un lado, se encuentra el artículo 286 ter CP¹ que acaba de aducirse. De otro están los tipos generales de cohecho de los artículos 419 y siguientes del CP,

¹ Artículo 286 ter: «1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a

pertinentes también en estos casos por la ampliación del concepto de autoridad o funcionario público, que bien puede ser «de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero». Es a través de este esquema dual como se procede al análisis de la cuestión en el presente estudio, en el que se contraponen las diferencias de los tipos, su conciliación y su coexistencia. Conviene advertir, eso sí, que esta doble vía no responde a una persecución contumaz de este tipo de corruptelas en España. Al contrario, la Jurisprudencia es exigua, por no decir inexistente. Existe solo una sentencia que versa sobre el asunto (la SAN 3/2017), sin perjuicio de que, a la vista de las Diligencias Previas 65/2014 y 122/2015 del Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional (sobre el caso DEFEX), no es de extrañar que otras dos resoluciones sobre la materia se sumen a la referida sentencia en un futuro.

2. Inclusión y evolución del delito. Redacción y situación actual

La existencia de una doble vía de actuación en nuestro ordenamiento responde a otra dualidad de escala internacional. España ha suscrito varios instrumentos internacionales tendentes a la eliminación de la corrupción transnacional. Dos revisten especial trascendencia. Por una parte, el Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (el «Convenio OCDE 1997»). Por otra, el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (en lo sucesivo el «Convenio CDE 173»). El primero, ratificado inmediatamente tras su promulgación, es el causante del artículo 286 ter CP (antiguo 445 o 445 bis CP, según el momento). El segundo, ratificado en 2010, es el causante del tratamiento de la cuestión a través de los tipos generales de cohecho, gracias a la ampliación del concepto de funcionario del artículo 427 CP. Así, durante varios años el Convenio OCDE 1997 actuó en solitario como promotor de la adaptación de nuestro marco penal para la punibilidad de la corrupción transnacional, lo que explica en buena parte la estructura vigente del sistema y su deriva.

El primer tratamiento de la cuestión por parte de nuestro Código Penal sucedió en el año 2000. De hecho, «la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, incorporó al texto punitivo un novedoso art. 445 bis a un nuevo Título, el XIX bis, denominado “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” ubicado inmediatamente detrás del Título dedicado a los “Delitos contra la Administración Pública» (Benito Sánchez, 2015). Así, en un primer momento, el delito no se integraba en el grupo de delitos contra la Administración Pública. Además, por esa época no existía en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto cambia ligeramente al cabo de tres años. La Ley Orgánica 15/2003 incidió en la cuestión de una doble manera. En primer lugar, se añadió un párrafo al tipo penal que, mediante remisión al artículo 129 del Código Penal vigente en ese momento, permitía cierto castigo de las personas jurídicas, si bien todavía no eran consideradas penalmente responsables. En segundo lugar, se modificó la ubicación del artículo,

seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427».

que pasó a constituir un capítulo dentro del Título de «Delitos contra la Administración Pública», en el artículo 445 CP (ya no el 445 bis CP). Dicha modificación, que no fue objeto de justificación en la exposición de motivos, resultó para muchos desacertada, ya que la especificidad del bien jurídico protegido por el tipo penal pasaba desapercibida en la nueva ubicación normativa, junto a los tipos generales de cohecho (Benito Sánchez, 2015).

A pesar de las variaciones, el principal problema que todavía enfrentaba nuestra normativa de cara al exterior era el de la condescendencia del tratamiento que se dispensaba a las personas jurídicas, pues a pesar del parche que supuso la reforma de 2003, seguían sin ser penalmente responsables. Esto, sumado a las necesidades de tipificación surgidas a raíz de instrumentos comunitarios, desembocó en una nueva reforma, incluida en la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo una extensión del concepto de funcionario público a los efectos del delito de cohecho en el artículo 427 CP, incluyendo a funcionarios de la Unión Europea y, ahora sí, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante el referido artículo 427 en relación con el artículo 31 bis CP.

Llegados a este punto, el artículo 445 CP cumplía, desde un punto de vista teórico, la mayor parte de las exigencias del Convenio OCDE. Conforme a las exigencias del referido instrumento, resultaba típico el cohecho activo a funcionario público extranjero en el seno de transacciones económicas internacionales y con la finalidad de obtener un beneficio o ventaja. Y es que es esta modalidad concreta de cohecho, y no otras, es la que ha de castigarse conforme al Convenio OCDE 1997.

El problema entonces consistió en el nacimiento de nuevas obligaciones con ocasión de la ratificación del Convenio CDE 173. Habida cuenta de que este Tratado instaba a los Estados Parte a tipificar el cohecho a funcionario público extranjero, tanto activo como pasivo, el marco jurídico alcanzado en 2010 resultaba insuficiente. Y no solamente porque el cohecho pasivo no recibía reprimenda en nuestro ordenamiento, sino porque la dispensada al cohecho activo quedaba supeditada a su realización en el contexto de transacciones económicas internacionales. Así las cosas, la reforma penal practicada por la Ley Orgánica 1/2015 atajó esta cuestión.

La solución dada, no obstante, obvia a mi entender los solapamientos que existen entre la finalidad del Convenio OCDE 1997 y el Convenio CDE 173. Digo esto porque por un lado se ha mantenido el tipo penal del 445, aunque reubicado ahora fuera del Título de «Delitos contra la Administración Pública», en un nuevo artículo 286 ter inserto en la Sección Cuarta («Delitos de corrupción en los negocios»), del Capítulo XI del Título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») del Código Penal. Paralelamente, se ha reformado el artículo 427 CP, que ahora extiende la aplicación de los tipos generales de cohecho a quien ostente la condición de autoridad o funcionario con independencia de la Administración a la que presten servicio (nacional o extranjera).

Asimismo, la reforma de 2015 introduce ligeros cambios en el tenor del antiguo artículo 445, ahora 286 ter. De un lado, el beneficio o ventaja que se aspira obtener por el pagador ya no ha de ser necesariamente «irregular», y de otro, el límite inferior de la pena de prisión asociada al delito se eleva de los dos a los tres años.

Así las cosas, existen en la actualidad dos vías de castigo para el cohecho de dimensión internacional: el artículo 286 ter CP, que castiga el cohecho activo solamente en el seno de transacciones económicas internacionales y con la finalidad de conseguir una ventaja o beneficio en el desarrollo de las mismas; y el artículo 419 y siguientes, que castiga todo tipo de cohecho (activo, pasivo, propio e impropio), con

independencia de su aparición en transacciones económicas internacionales y de la finalidad específica que pudiera perseguir la práctica.

3. El bien jurídico protegido

En algunos tipos penales de nuestro ordenamiento, la cuestión relativa al bien jurídico protegido no reviste complejidad (piénsese en el caso típico del homicidio, que protege la vida). Pero, en el caso que se trata aquí, el aspecto del bien jurídico protegido no resulta claro, de primeras, respecto de una de las vías de castigo. En relación con los tipos del artículo 419 y siguientes no surgen dudas: claramente salvaguardan el buen funcionamiento de la Administración Pública. Respecto del artículo 286 ter CP, sin embargo, la respuesta no es tan tajante. De hecho, el propio legislador parece estar inseguro al respecto, como se expondrá seguidamente. Téngase en cuenta que la tipificación de este tipo de cohecho trae causa originariamente del Convenio OCDE 1997, cuya finalidad es la de erradicar el cohecho activo en transacciones económicas internacionales en aras de garantizar la libre competencia en el mercado de inversiones internacional. Esta pretensión última nada tiene que ver con la finalidad habitual de los tipos de cohecho, que quizás sean los delitos contra la Administración Pública por antonomasia.

Pero el tipo penal situado actualmente en el artículo 286 ter CP es una corrupción *sui generis*. El hecho de que la pretensión principal del mismo sea el buen funcionamiento del mercado internacional choca y es difícil de digerir hasta para el propio legislador. Prueba de ello han sido las sucesivas ubicaciones que ha tenido el tipo penal en nuestro Código. Inicialmente se incluyó en el artículo 445 bis CP, integrante único del Título XIX bis: “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. Esto fue por obra de una enmienda presentada en su día por los nacionalistas vascos, que en el momento de la tipificación del fenómeno propusieron su deslinde respecto del resto de tipos de cohecho a raíz de su carácter particular. La tesis puesta de manifiesto por los vascos, acertada, pareció olvidársele al legislador en 2003, cuando reorganizando la numeración acabó reubicando el tipo penal en el artículo 445 CP, como delito contra la Administración Pública. Desde entonces, se venía señalando por la doctrina este error (Otero González, 2016), algo de lo que el legislador parece haberse hecho eco en 2015. Es entonces cuando la ley española ha perdido su ingenuidad y, con una reubicación radical del tipo, ha calificado el delito como «de corrupción en los negocios», conforme a la finalidad principal y menos políticamente correcta, dicho sea de paso, del Convenio OCDE 1997.

Ha de reconocerse eso sí, que aun cuando por un periodo de 12 años el tipo estuvo de alguna manera mal ubicado en nuestro Código Penal, la cuestión no tenía un trasunto práctico relevante. Los vaivenes en su ubicación ponen, no obstante, de manifiesto la complejidad que reviste el acotamiento de un único bien jurídico protegido en relación con la conducta del artículo 286 ter CP. Al respecto, el legislador parece haber alcanzado la conclusión en 2015 de que el bien jurídico protegido con carácter primordial es el libre mercado y la competencia a nivel internacional. Esto es, «el correcto desarrollo del tráfico comercial, nacional e internacional, concretado en la competencia equitativa y leal» (Otero González, 2016).

Ahora bien, la situación normativa previa a ese año denota que el propio Legislador reconoce que el tipo penal también sirve para proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunque sea como medio para otro fin. Esta dualidad es también afirmada por la Doctrina, que a raíz de la misma afirma un

«carácter pluriofensivo del precepto», que sirve tanto para salvaguardar la competencia, como la imparcialidad de los funcionarios públicos, si bien su «naturaleza esencialmente socioeconómica» decanta la balanza a favor de la primera de las utilidades como principal (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018). Eso sí, en puridad y conforme a un criterio de estricta legalidad, el bien jurídico protegido sería simplemente la libre competencia en el mercado internacional para el caso del artículo 286 ter CP, lo cual ha de tenerse en cuenta para las cuestiones concursales.

4. Sujetos del delito: autoridades o funcionarios públicos, y personas físicas y jurídicas.

Respecto de los sujetos del delito, ambas vías de actuación presentan grandes similitudes. En el supuesto del cohecho pasivo, este solo recibe castigo por los tipos generales de cohecho (artículo 419 y siguientes en relación con el 427 CP). Se trataría eso sí de un delito especial, en que el *intraneus* ha de ostentar la condición de funcionario, determinándose esta atendiendo a criterios fácticos más que formales, como acostumbra el derecho penal, que se centra en el efectivo ejercicio de función pública o jurisdicción. Adviértase, eso sí, que esta modalidad de cohecho, el pasivo, carece de relevancia práctica, tanto por las carencias jurisdiccionales, por las eventuales inmunidades que pudieran intervenir, como por la práctica jurídica habitual, que tiende a ventilar la responsabilidad penal del funcionario ante los tribunales del Estado al que sirve.

Para el caso del cohecho activo, nos encontramos en los dos casos ante delitos comunes. «Los que» y «el particular que» afirman los artículos 286 ter y 424 CP respectivamente. Así, cualquiera puede ser autor del delito de cohecho activo, si bien conviene tener en cuenta varias cuestiones. De un lado, el autor habitual, dada la dinámica del mercado internacional, será una persona jurídica y no física (por lo que resulta fundamental la reforma practicada en 2010). De otro, sin perjuicio de que el delito sea común, su autor no será típicamente un funcionario en ejercicio de sus funciones, pues esto probablemente conduciría a la aplicación del tipo de tráfico de influencias. Además, a pesar de que se trate de un delito común, cuando los hechos sucedieren fuera de España, el autor de los mismos ha de ser español o tener residencia habitual en España para que pueda procederse a la derivación de responsabilidad penal, de manera que de facto no es un delito por el que se pueda imputar a cualquier particular, sino a algunos. Esta peculiaridad deriva de cuestiones procesales, eso sí, y no de la literalidad del tipo penal. Véase, de hecho, el artículo 23.4.n) LOPJ.

La diferencia fundamental entre las dos vías en sede de cohecho activo surge cuando además de los dos intervinientes típicos (el funcionario y el particular que abona la dádiva), aparecen terceros intervinientes: intermediarios que ponen en contacto al pagador y el funcionario encargándose de los trámites asociados al cohecho. En este caso, existe una asimetría de tratamiento según se actúe por vía del artículo 286 ter o del 424.

En caso de calificar los hechos como constitutivos del delito del artículo 424 CP en relación con el 427 del mismo texto, la conducta del intermediario, al no ser mencionada en el tipo penal, ha de reconducirse por las generales de la ley respecto a la participación (artículos 28 y 29 CP, en relación a la autoría, los asimilados a autores –inductores y cooperadores necesarios– y los partícipes.). Pero cuando se califique lo sucedido como un delito del artículo 286 ter CP, la cuestión cambia. Digo esto porque el tipo reza: «Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de

cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta». Así, en este caso, la derivación de responsabilidad penal respecto del intermediario no se cursa mediante las generales de la ley, sino que se eleva «a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, colmando la laguna de punibilidad derivada de la aplicación del principio de accesoriedad de la participación» (Otero González, 2016).

A mi juicio, las razones de esta particularidad estriban en la cautela del legislador. Piénsese en el caso de un ciudadano español que ordena a un delegado comercial proceder al pago de un soborno en un país en vías de desarrollo, no siendo dicho delegado residente en España ni español. De no incluirse la expresión «por sí o por persona interpuesta» en el artículo 286 ter CP, bien podría intentarse una línea de defensa en España (de resultar el ordenante del pago procesado) que presente al español como un cómplice o inductor, a lo sumo, de la comisión de un delito sin elemento internacional (pues el autor material, el pago y el funcionario son todos del país en vías de desarrollo), indisponible por tanto a la jurisdicción española. Entiendo que, sin perjuicio de que esta tesis resulte discutible, a la vista de la equiparación al autor que el artículo 28 CP sienta para el inductor, el Legislador ha querido ser prudente y evitar se llegue siquiera a esta discusión, pues la expresión «por sí o por persona interpuesta» no permite dudar que casos como el descrito en este párrafo estarían incluidos en el artículo 286 ter CP.

5. Conducta típica

5.1. Elementos objetivos del tipo

En este apartado se realizará un análisis de los elementos objetivos de los tipos penales que castigan el cohecho activo a funcionario público extranjero², tanto del artículo 286 ter CP como del artículo 424 CP, poniéndose así de manifiesto sus similitudes y diferencias, y ahondándose en las especificidades del primero. Se abordarán para ello los aspectos principales del tipo objetivo: el objeto, la acción, el sujeto pasivo, el momento y el entorno.

5.1.1. El contenido de la «mordida» (el objeto)

El elemento característico por excelencia del delito de cohecho es la popularmente conocida como «mordida», dádiva, o pago que se hace al funcionario. El artículo 286 ter CP alude a ella como «cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase», y el artículo 424 CP se refiere a una «dádiva o retribución de cualquier otra clase». La literalidad de los tipos disipa la duda que anteriormente surgía respecto de los beneficios no patrimoniales, que actualmente se entienden incluidos en estos casos por la Doctrina, hasta el punto de que afirma que «los beneficios de carácter no patrimonial (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) deben también quedar incluidos, por su idoneidad para corromper al funcionario público nacional o extranjero, y atacar los bienes jurídicos protegidos» (Otero González, 2016).

Nótese, asimismo, que el destino de la mordida resulta irrelevante. Si el receptor del pago la usa de manera altruista, de forma que no se beneficia de ella en

² Como se advertía más arriba, por su escasa relevancia práctica el cohecho pasivo no es objeto de estudio.

sentido estricto, se sigue entendiendo la existencia de un beneficio o ventaja (Muñoz Conde, 2017). Véase por ejemplo la STS 61/1998, de 16 de marzo, en que se entendió cometido el delito de cohecho aun cuando el médico (funcionario), al que se abonó el pago, utilizó las cantidades recibidas para mejorar el equipo del departamento en que trabajaba.

5.1.2. La acción respecto a la «mordida» y la irrelevancia del artífice (la acción)

La acción típica bien puede consistir en ofrecer la dádiva, prometerla o abonarla (aun cuando se haga esto último a requerimiento del funcionario o autoridad), pues del tenor literal de los artículos 286 ter CP y 424 CP se desprende que el delito se consuma también en aquellos casos en que, sin haber abonado la dádiva, se haya procedido a su «ofrecimiento o promesa» (art 286 ter CP), o cuando «el particular ofreciere o entregare dádiva» (artículo 424 CP). Podría pensarse que la promesa no es constitutiva de delito si se califica por vía del artículo 424 CP. No obstante, creo que este razonamiento es desafortunado, por cuanto la promesa no deja de ser una suerte de ofrecimiento. En todo caso, como quiera que la promesa y el ofrecimiento son pasos previos al abono, resulta claro que en sede de estos delitos «no son posibles, por tanto, las formas imperfectas de ejecución» (Muñoz Conde, 2017). Ciertamente es que, como señala parte de la Doctrina (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018), existe un acto preparatorio, la confabulación, que debiera estar también castigado por el Ordenamiento penal según el Convenio OCDE 1997, y no lo está. Además, resulta irrelevante quién fuese el promotor inicial del cohecho, si el particular mediante el ofrecimiento, o el propio funcionario. La pena para el particular en caso de acceder al requerimiento para el pago de una dádiva es igual en ambos casos. Es por eso que, a efectos de la tipicidad, se afirma la irrelevancia del artífice de la práctica, sin perjuicio de la repercusión que ello pudiera tener en la concreción de la pena dentro del marco previsto en el Código Penal.

Asimismo, téngase en cuenta que, en principio, el «desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia» en estos supuestos (Díaz-Maroto y Villarejo, 2018), sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del artículo 426 CP.

5.1.3. La autoridad o funcionario público (el sujeto pasivo)

Otro elemento esencial del tipo es la cualidad del sujeto pasivo, que debe ser autoridad o funcionario público extranjero. No obstante, dicho funcionario no tiene porqué ser el beneficiario de la dádiva, pues como dice el artículo 286 ter CP serán castigados quienes corrompieren «a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero». Con todo, el beneficio de este tercero debe tener capacidad de influencia sobre la actividad del funcionario (por ser el tercero un pariente próximo, por ejemplo). Ciertamente es que en el tipo penal del artículo 424 CP no se menciona a este tercero, pero ha de entenderse igualmente incluido. Al fin y al cabo, el cohecho activo del artículo 424 CP es correlativo al cohecho pasivo de los artículos 419 y siguientes, donde se tipifica la conducta del funcionario que recibe una dádiva «en provecho propio o de un tercero», «por sí o por persona interpuesta». Por tanto, tampoco resulta necesario en sede del artículo 424 que el funcionario sea beneficiario de la dádiva, si bien mantiene vigencia lo dicho en cuanto a la capacidad de influencia sobre el agente.

Respecto del concepto de autoridad o funcionario público extranjero, contémplesse el criterio fáctico aducido más arriba, consistente en el ejercicio de función pública o jurisdicción. Podrían plantearse dudas respecto al personal que, estando al servicio de empresas públicas, no ejerce función pública *strictu sensu* (piénsese en un comercial). Este colectivo no quedaría en principio amparado en la

literalidad de la norma española, ya que no ejerce jurisdicción o autoridad, y debiera estarlo conforme al Convenio OCDE 1997.

A raíz de lo anterior, pudiera plantearse a primera vista la existencia de cierto incumplimiento por parte de España del instrumento internacional. Sin embargo, analizando la cuestión en detalle no parece ser esta la situación. En dicho instrumento rige el principio de equivalencia funcional, y el hecho de que el personal al servicio de las empresas públicas pueda no tener la condición de funcionario a los efectos penales según los artículos 24 y 427 CP no impide su sanción, aunque esta se reconduzca a través del artículo 286 bis y no el 286 ter CP. Siendo punible la conducta de estas personas, aun por distinta vía, entiendo que se da cumplimiento a las obligaciones internacionales. Además, los Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobados paralelamente al Convenio OCDE 1997 (en adelante los «Comentarios al Convenio») abren la mano en relación con este tipo de personas. De hecho, dice el Comentario 15 «Deberá considerarse que un servidor de una empresa pública cumple una función pública a menos que la empresa opere en forma comercial normal en el mercado del sector, es decir, de una manera sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin subsidios preferenciales ni otros privilegios». Así, en estos casos España ni siquiera tendría obligación de tipificar la cuestión, si bien esta se ventilaría igualmente por vía del artículo 286 bis CP, en su caso.

5.1.4. Las actividades económicas internacionales (el contexto)

Hasta el momento se han venido tratando elementos típicos tanto del artículo 286 ter CP como del 424 CP. Esto cambia aquí, pues las actividades económicas internacionales son un elemento que hace acto de presencia exclusivamente en el artículo 286 ter CP, lo que redundará en su especialidad. Para el caso del artículo 424, ningún contexto específico se requiere.

Paradójicamente, el concepto de «actividades económicas internacionales» (como se denominan en el Código Penal) o el de «transacciones comerciales internacionales» (nombre que reciben en el Convenio OCDE 1997) no merece habitualmente por la Doctrina un estudio pormenorizado. Al contrario, se da por sentada la noción y se pasa al estudio de otras cuestiones técnicas. No obstante, considero que acotar el concepto resulta fundamental, en tanto que elemento del tipo constitutivo de la especialidad respecto del artículo 424 CP.

Vaya por delante que la naturaleza de la transacción puede ser diversa y según el Considerando Primero del Convenio OCDE 1997 ésta bien puede consistir en el comercio o la inversión. Además, como quiera que se alude al fenómeno como «actividades económicas internacionales», bien podría incluirse también la prestación de servicios. Lo más delicado, a mi entender, es la delimitación del alcance del concepto «internacional». Y es que dada la transacción, la internacionalidad puede venir dada tanto por el objeto (las contraprestaciones: la mercancía, el objeto o el dinero) como por el sujeto (los distintos intervinientes).

Pues bien, como quiera que lo que aquí se estudia es a la postre una responsabilidad penal, y tal responsabilidad es subjetiva, personalísima e intransferible, de manera que, si se quiere, la reprimenda penal del ordenamiento es de algún modo *intuitu personae*; entiendo que de entre los criterios posibles el subjetivo ha de tener, como poco, un papel principal. Para que exista una transacción económica internacional es necesario, a mi juicio, que los sujetos intervinientes en el cohecho presenten nacionalidades distintas. Ello no quiere decir, no obstante, que la

persona que efectúa el pago haya de ser necesariamente extranjera, pues bien puede ser un nacional obrando en calidad de intermediario por orden de un extranjero (véase lo mencionado más arriba en relación con los sujetos), en cuyo caso sigue existiendo la transacción económica internacional y la tipicidad de la conducta.

Pero, ¿es suficiente el elemento subjetivo para determinar la internacionalidad? A mi entender, se trata de una condición necesaria pero no suficiente. Considero que el elemento objetivo ha de ser también internacional, o por lo menos, potencialmente internacional. Piénsese por ejemplo en un nacional español, afincado en México, que abona una dádiva a las autoridades para conseguir que a su empresa, constituida en México, se le adjudique un contrato menor de jardinería de un ayuntamiento pequeño al que concurrían otras empresas mejicanas. En este caso hace acto de presencia la internacionalidad en su vertiente subjetiva. Ahora bien, en la objetiva no ocurre lo mismo: los fondos provienen de la mercantil constituida en México y las autoridades son mexicanas. Además, dada la envergadura menor del contrato, en absoluto se tiene interés en el mismo por parte del mercado internacional. Así, no se daña el bien jurídico protegido por el Convenio OCDE 1997, que es la libre competencia a nivel internacional, sino otro, la libre competencia a escala local. Es por ello que entiendo que ha de concurrir, o ha de ser factible que concorra, cierto elemento objetivo de la internacionalidad para que nos encontremos ante una transacción económica internacional y la conducta sea típica. Así, por ejemplo, si el mismo caso se hubiere dado para la jardinería de Ciudad de México y se hubiese abierto un proceso de licitación en el que mostraren interés empresas de otros países, la situación sería bien distinta.

Por todo lo dicho, entiendo que para que exista una transacción comercial internacional es necesaria la concurrencia de un elemento internacional en su vertiente subjetiva en todo caso, y también la existencia, aun potencial, de un elemento internacional objetivo.

5.1.5. El elemento temporal (el momento)

El momento del tiempo en que sucede el cohecho también resulta relevante y constituye una nota diferenciadora entre los artículos 286 ter y 424 CP. Como señala Benito Sánchez,

la doctrina ha distinguido, tradicionalmente, entre el cohecho antecedente y el cohecho subsiguiente en función del momento en el cual se lleva a cabo el acuerdo entre el funcionario público y el particular. El cohecho antecedente es aquél que tiene lugar antes de adoptarse el concreto acto objeto de soborno, y el cohecho subsiguiente, también llamado cohecho como recompensa, es aquél en el que el acuerdo o intento de acuerdo entre ambas partes se produce una vez que el funcionario ya ha adoptado el acto (Benito Sánchez, 2013).

El artículo 286 ter CP se refiere a los pagos efectuados por el particular «con el fin de que actúen [los funcionarios] o se abstengan de actuar», pero no por «haber actuado». Parece así, que este tipo penal sólo castiga el cohecho activo antecedente y no así el subsiguiente, esto es, sólo se sanciona el cohecho propio y no el impropio. Esto contrasta con la situación del artículo 424 CP, en la que tradicionalmente se entiende incluido el cohecho antecedente, subsiguiente, e incluso el practicado sin relación directa con un acto concreto, sino en consideración al cargo (es decir, tanto el propio como el impropio).

Ahora bien, esta atipicidad teórica del cohecho subsiguiente en el artículo 286 ter CP bien puede difuminarse en la práctica. Digo esto porque, estando probado que el pago sucedió con posterioridad al acto, habrá que estar a la libre valoración de la

prueba que haga el Tribunal, que es susceptible de determinar que el abono subsiguiente responde en realidad a una promesa previa, que sí es típica conforme al artículo 286 ter CP.

5.2. Elementos subjetivos del tipo

Vistos los elementos objetivos de los tipos penales, se procede ahora al análisis de los subjetivos, fundamentalmente el carácter doloso y la finalidad concreta que en uno de los tipos penales ha de suceder. .

5.2.1. El dolo

Ni en la redacción del artículo 286 ter CP ni en la del artículo 424 CP se menciona la imprudencia, ni existe en el Código Penal artículo alguno que castigue la conducta a título imprudente. Así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 CP, la conducta habrá de ser necesariamente dolosa para su punibilidad.

De entre los distintos elementos objetivos que han de quedar abarcados por el dolo, existe uno en especial que puede resultar controvertido: el carácter indebido de la prestación. Desde el momento en que el requerimiento de la cantidad o beneficio esté revestido por una razonable apariencia de legitimidad, entiendo que, salvo prueba en contrario, no concurre dolo respecto del carácter indebido del pago. Así, existiría un error de tipo que, en este caso, haría desaparecer siempre la responsabilidad penal al amparo del art 14 CP, pues no se castiga la conducta en su forma imprudente.

Cuando sea el funcionario el que requiera al pago de una cantidad, habrá que estar entonces a la apariencia de legitimidad del requerimiento y su contenido. Desde el momento en que exista una apariencia mínima de legitimidad, de forma que la no comprobación del verdadero destino de los fondos requeridos pueda ser calificada como imprudente, se extinguirá la responsabilidad penal (pues cuando el error de tipo es vencible, se excluye el dolo y la conducta no se castiga como imprudente). Así, parece que sólo los casos en que el requerimiento sea perentorio, obvio o no conste, resultará finalmente punible el acceso al pago. En otros supuestos, como por ejemplo si el funcionario o autoridad falsificase un documento oficial para requerir la cantidad, incluyendo conceptos y procedimientos propios de ese tipo de operaciones, no existiría responsabilidad penal a la postre. Puede plantearse el caso limítrofe en que se hace un requerimiento con todas las formalidades, (por ejemplo, se comete por parte del funcionario una falsedad de documento oficial en que se pide una cantidad), pero éste comporta a todas luces la petición de una cantidad indebida (por ejemplo, en el documento antes mencionado se solicita una cantidad sin indicarse concepto alguno). En este caso, parece que, a pesar de las formas, sería lógico imputar el delito a título de dolo eventual. Naturalmente, esto no será aplicable cuando sea el propio particular quien promueva el abono de una cantidad.

Por otra parte, la Jurisprudencia ha afirmado que en el delito de cohecho activo no basta con conocer todos los elementos del tipo y obrar en consecuentica, sino que es necesario el propósito concreto de corromper o intentar corromper (STS 1417/1998), existiendo así una suerte de dolo específico.

5.2.2. La finalidad de conseguir un contrato o ventaja competitiva

Amén del dolo, existe otro elemento a reseñar como parte del tipo subjetivo, que es exclusivo del artículo 286 ter CP. Se trata de la cuestión teleológica que se desprende del referido artículo, cuando afirma que la conducta ha de realizarse «con el fin de que actúen [el funcionario o la autoridad] o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales». Así, para que el cohecho sea constitutivo del delito del artículo 286 ter es necesario que este aspire a un fin muy concreto, y no a cualquier tipo de corrupción del funcionario. Así, por ejemplo, la dádiva que se da a un policía para que haga la vista gorda de una multa, por ejemplo, no tiene cabida en este artículo, entre otras cosas, por este motivo. Y es que, como señala la Doctrina, el artículo 286 ter CP contempla un «delito de tendencia interna trascendente» (Fabián Caparrós, 2003).

Conviene mencionar asimismo que el acotamiento legal de esta tendencia interna ha cambiado en 2015. Antes, el artículo 445 exigía que el pago fuera hecho «para conseguir o conservar un contrato y otro beneficio irregular», mientras que el actual artículo 286 ter CP indica que ha de efectuarse «para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva». Así, se elimina el adjetivo irregular y se amplía la posible finalidad del pago al incluir la expresión «cualquier otra ventaja competitiva». En cuanto a la eliminación del término «irregular», parte de la Doctrina señala que, con ella, se amplían las conductas punibles, por cuanto tal irregularidad era interpretada antes como síntoma de que el cohecho activo era constitutivo de delito sólo cuando estuviere asociado a un cohecho pasivo en el que el funcionario atentaba contra los deberes inherentes a su cargo (Otero González, 2016). Ahora, la ausencia del vocablo hace pensar que también serán castigados los casos de cohecho activo asociados a un cohecho pasivo en que no se quebranten los referidos deberes. Eso sí, los casos de cohecho de recompensa, dada la vaguedad del motivo del abono que en ellos se aprecia, siguen sin quedar incluidos, a mi entender. Sin perjuicio de esto, entiendo que la eliminación del término «irregular» resulta conveniente, además, porque tal irregularidad habría de dirimirla un juez penal español conforme a Derecho administrativo extranjero, lo que volvía mucho más complejo el eventual proceso a que dieran lugar los hechos.

6. El problema de los pagos de facilitación

Vistos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, parece que una menor relevancia o envergadura del cohecho activo no tendría efecto sobre la tipicidad. De hecho, como se expondrá más adelante, ni siquiera existe un tipo atenuado por esta razón. Pero hay ciertos casos en que se abona una dádiva de levedad palmaria, por cuanto consiste en pequeñas cantidades que pretenden una simple agilización de procedimientos administrativos. Este tipo de dádivas son conocidas como pagos de facilitación, y su tipicidad resulta bastante controvertida a día de hoy, a pesar de lo que pudiera parecer tras una primera lectura de los tipos penales, que no hacen concesión al respecto. Así, en este apartado trataré el origen de la controversia, así como los distintos argumentos a favor y en contra del carácter típico de los pagos de facilitación.

En un primer momento, cuando la voz cantante en la materia era la estadounidense, los pagos de facilitación resultaron excluidos. Al fin y al cabo, el Convenio OCDE 1997 replicaba de alguna manera la estadounidense *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, en la que quedaban excluidos los pagos de facilitación (y

todavía hoy lo están). Así, en los Comentarios al Convenio, concretamente el Comentario 9, se afirma: «Los pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito». La controversia surge a partir de 2009, cuando el Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, en el seno de la OCDE, evacúa una recomendación³ que cambia de criterio y pugna por la tipicidad de los pagos de facilitación. Así, desde entonces la doctrina se encuentra dividida acerca de la tipicidad de los pagos de facilitación en España.

Por un lado, una corriente doctrinal entiende que los pagos de facilitación son ahora típicos, a la vista de la recomendación efectuada por el Consejo. Entre ellos, se encuentra Benito Sánchez, que afirma que «teniendo en cuenta que, según las indicaciones de la OCDE en su última Recomendación sobre soborno transnacional, del año 2009 deben incluirse dentro del tipo penal los llamados pagos de facilitación o pagos de engrase, esos que se entregan al funcionario público para acelerar trámites burocráticos» (Benito Sánchez, 2015). Entiendo que a esta tesis conducen además otras razones, como la ausencia de atenuante o exención para estos casos en los tipos penales, tanto del artículo 286 ter CP, como del 424 CP; y el hecho de que el pago de facilitación siempre lleva asociada la realización de un acto contrario a los deberes del cargo. Y es que hasta la más mínima agilización administrativa comporta un quebranto, como poco, del orden de despacho de los asuntos a que estuviere obligado el funcionario conforme a la ley⁴, lo que supone un atentado contra uno de los bienes jurídicos protegidos por la norma (aunque no tenga carácter principal para el tipo del artículo 286 ter CP): el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte, otro sector doctrinal estima que la atipicidad persiste, a mi juicio de manera acertada. Los motivos que respaldan esta tesis son varios. No obstante, son distintos según se trate de la inclusión de los pagos de facilitación en el tipo penal del artículo 286 ter CP, o en el del artículo 424 CP en relación con el artículo 427 CP.

En lo que respecta a la inclusión de los pagos de facilitación en el artículo 286 ter CP, han de tenerse en cuenta, primeramente, las circunstancias en que el delito fue introducido en nuestro ordenamiento. En el año 2000, cuando se tipifica el delito, (entonces en el artículo 445 bis CP) se hace para dar cumplimiento a una obligación internacional contraída por España a raíz del Convenio OCDE 1997, estando en ese momento claro, a la vista de los Comentarios al Convenio, que los pagos de facilitación no quedaban incluidos. La Recomendación de 2009 es un acto posterior, no vinculante (es una mera recomendación), imputable a un Consejo de la OCDE. Así, la tipicidad de los pagos de facilitación no puede apoyarse en exclusiva en esta recomendación. Sería necesario, a mi entender, que el legislador se hiciera eco de tal recomendación, pues no nos encontramos ante una norma penal en blanco cuya

³ La recomendación VI del documento aprobado por el Consejo reza: «en vista del efecto corrosivo de pagos de facilitación, en especial sobre el desarrollo económico sustentable y sobre el estado de derecho, que los países miembros: i. deben emprender la revisión periódica de sus políticas y enfoque sobre los pagos de facilitación para combatir eficazmente el fenómeno del cohecho; ii. deben alentar a las empresas para que prohíban o se opongan al uso de pagos de facilitación en los controles internos de la compañía, las medidas o programas de ética y cumplimiento; al reconocer que los pagos de ese tipo en general son ilegales en los países donde se hacen, y en todos los casos deben justificarse con precisión en los registros financieros y en los libros contables de esas empresas».

⁴ Es de esperar que normalmente en la normativa interna existan normas análogas a la cita en el artículo 71.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, que afirma que «en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia».

interpretación se remita a otra normativa, de manera que depositar el fundamento de la tipicidad de los pagos de facilitación en la recomendación supondría un grave quebranto de los principios de legalidad y tipicidad, rectores del derecho penal. Es más, defender la tipicidad conforme a este razonamiento sería incluso contrario a la corriente seguida por el Grupo de Trabajo de la OCDE que se ocupa de esta materia. Digo esto porque, en su momento, cuando había discrepancias en Derecho interno acerca del concepto de funcionario, se propuso una aplicación directa de los términos del Convenio (ni siquiera de una recomendación), y

sin embargo, el Grupo de Trabajo de la OCDE criticó esta solución, en primer lugar, porque esa técnica podía actuar en perjuicio del acusado: piénsese que un ciudadano español no sólo tendría que conocer la legislación interna española sino además todas las normas contenidas en tratados internacionales que le obligan directamente; y en segundo lugar, porque su definición podía entrar en contradicción con lo recogido en otros convenios internacionales de lucha contra la corrupción también vinculantes para España (Benito Sánchez, 2013).

En segundo lugar, la tipicidad de los pagos de facilitación, habida cuenta de la ausencia de tipos atenuados, conllevaría para el pagador una pena desproporcionada, con un ingreso en prisión ni siquiera susceptible de suspensión (pues el límite inferior de la pena es de 3 años de prisión), lo que comportaría una ignorancia mayúscula de los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal.

En tercer lugar, como afirma acertadamente Otero González (2016), no ha lugar la inclusión de los pagos de facilitación por cuanto éstos pretenden la agilización del procedimiento, pero no una distorsión sustantiva del mismo, y la mera agilización «no condiciona la integridad de las normas de competencia que rigen las relaciones comerciales internacionales, porque en todo caso la oferta era la más ventajosa», resultando indemne con el pago el bien jurídico protegido principalmente por el artículo 286 ter CP.

Pero en mi opinión, la razón definitiva que conduce a la exclusión de los pagos de facilitación del artículo 286 ter CP consiste en algo mucho menos abstracto de lo dicho hasta el momento: la falta de concurrencia de todos los elementos subjetivos del tipo. El artículo 286 ter CP tipifica el pago o beneficio conferido con una finalidad muy concreta, «conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales». Pues bien, como quiera que los pagos de engrase o facilitación aspiran, por definición, a agilizar un procedimiento administrativo, afirmar su existencia implica negar correlativamente que sean constitutivos del delito del artículo 286 ter CP, pues para su comisión ha de actuarse con una finalidad distinta a la de los pagos de facilitación.

En lo que se refiere a su inclusión en el artículo 424 CP (en relación con el artículo 427 CP), es cierto que muchas de las razones que se adujeron para el 286 ter CP no son de aplicación, pues en este artículo la finalidad del pagador puede ser de cualquier índole, y el bien jurídico protegido aquí es precisamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así, en lo que se refiere a este tipo de cohecho activo, hay más razones de derecho material para considerar incluidos los pagos de facilitación, si bien «en todo caso, deben superar los usos sociales, que en el ámbito internacional lo habitual es que sobrepasen el umbral del valor de los regalos realizados en el cohecho tradicional» (Otero González, 2016). No obstante, las lagunas jurisdiccionales que se presentan en relación con este delito hacen que, cuando se intenten reconducir por esta vía, caigan en una atipicidad impropia o pseudo-atipicidad, igual que la que padece el cohecho pasivo del funcionario extranjero.

Por todo lo expuesto en este apartado, entiendo que a día de hoy los pagos de facilitación no pueden generar responsabilidad penal en España, si bien, como puede verse, esto se trata de una mera opinión del que suscribe y la unanimidad brilla por su ausencia en este campo.

7. Tipos agravados y circunstancias atenuantes de interés

Hasta el momento se han tratado las distintas vicisitudes de los tipos penales básicos. Ahora, se abordará la cuestión relativa a los tipos agravados o atenuados que puedan existir. Así, se realizará un análisis en dos partes, una respecto del artículo 286 ter CP y otra sobre el artículo 424 CP, para posteriormente abordar los eximentes o circunstancias atenuantes genéricas que pueden revestir interés.

Respecto del tipo de cohecho activo del artículo 286 ter CP, ha de tenerse en cuenta que no existe un tipo atenuado específico, por lo que resulta de aplicación el régimen de atenuantes genéricas del artículo 21 CP. Sin embargo, sí existe un tipo agravado, sito en el artículo 286 quáter CP⁵. En él, se definen una serie de circunstancias como agravantes específicas, y tendrán aplicación preferente a las agravantes genéricas por especialidad.

A la vista del tenor del artículo, el tipo agravado será de aplicación cuando concurra una «especial gravedad» en los hechos. La forma en que se define la agravante no puede ser más vaga, así que el legislador ha realizado una suerte de aclaración. Se incluyen, de hecho, una serie de circunstancias que han de entenderse como supuestos de especial gravedad. Eso sí, la indicación de estas circunstancias no comporta una definición alguna del término. Al fin y al cabo, dice el artículo que: «Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando». De esta manera, los supuestos descritos en el artículo no constituyen una enumeración taxativa de los casos de especial gravedad. Otros hechos, a pesar de no encajar en las condiciones referidas en los incisos a) a d) del 286 quáter CP, son susceptibles de calificarse como de “especial gravedad”, y ser reconducidos al tipo agravado, dejándose así un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en esta materia.

Dicho esto, se hará a continuación un análisis de las circunstancias que «en todo caso» conllevan una especial gravedad:

a) «El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado». La forma en que se define este supuesto es también imprecisa. Queda claro, eso sí, que la cuantía a que se afecta la agravación no es la del negocio o contrato, sino la del «beneficio o ventaja», es decir, la de la «mordida» que se abona al funcionario o autoridad. En cuanto al «valor especialmente elevado», en tanto que el supuesto que aquí se estudia es el pago a un funcionario extranjero, es de esperar que el pago se haga en divisa extranjera, y el carácter elevado del mismo dependa del poder adquisitivo de esa cantidad de divisa en el país en que sucede la actividad corrupta. Así, la estimación de la agravante dependerá de la casuística.

⁵ Artículo 286 quáter: «si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, b) la acción del autor no sea meramente ocasional, c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad. En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis».

Téngase en cuenta, eso sí, lo dispuesto en el artículo 250 CP para el delito de estafa y que también resulta de aplicación para otros delitos. En él se tasan cantidades determinadas que dan pie a la aplicación de varios tipos agravados: 50.000€ como suelo para la agravación más leve (art 250.1CP), y 250.000€ para una agravación más severa (art 250.2 CP). Toda vez que esta previsión se encuentra en el Título XIII, al que se adscribe el artículo 286 quáter CP, no resulta disparatado que, en un escenario en que la divisa y el poder adquisitivo de la cantidad abonada sean equiparables a los españoles, las cuantías del artículo 250 CP se utilicen por el juzgador como criterio para determinar la especial elevación de la cantidad⁶.

b) «La acción del autor no sea meramente ocasional». La extensión del término «ocasional» varía según la Jurisprudencia, llegando incluso a existir decisiones que entienden que lo ocasional es tal solamente cuando no se haya procedido previamente de igual forma (SAP de Burgos, de 11 de marzo de 2004), de manera que se reduce el carácter ocasional de la acción a la acción única, y desde el momento en que se realizase más de un pago, se caería en un supuesto de especial gravedad. Con independencia de esta corriente, cuya aplicación resultaría desproporcionada, lo cierto es que puede suscitarse un conflicto entre esta circunstancia agravante y lo dispuesto en el artículo 74 CP, en materia de delitos continuados. Al fin y al cabo, el acceso al pago con carácter reiterado bien puede cursarse por la circunstancia agravante del 286 quáter CP o por vía de la agravación prevista por delito continuado en el art 74 CP. Nótese que, al estar incluido el artículo 286 ter CP en el Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), surgen dudas acerca de qué regla en materia de delitos continuados resultaría aplicable (si la del inciso primero, para los delitos en general, o el segundo, para los delitos contra el patrimonio). Como quiera que el bien jurídico protegido según el CP es el tráfico mercantil y no el patrimonio (pues los delitos se califican como “de corrupción en los negocios”), entiendo que resulta de aplicación lo dispuesto en el inciso primero (lo que cobra aún más sentido si se recuerda que el buen funcionamiento de la Administración Pública es el otro bien jurídico protegido).

El conflicto resultante (entre la agravante específica y el art. 74 CP) habrá de resolverse conforme al artículo 8 CP, que llama al criterio de especialidad como primera herramienta. Así, en el fenómeno que nos ocupa en este documento prevalecería, en su caso, el art. 284 quáter b) CP sobre el artículo 74. Huelga decir que por el principio *ne bis in idem* resulta imposible la aplicación simultánea de ambos.

En cualquier caso y a efectos prácticos, tanto el artículo 74.1 CP como el 286 quáter CP configuran a la postre una agravación relativamente similar en términos de la pena: el art 74.1 llama a la imposición de la pena en su «mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»; y el art 286 quáter b) CP prescribe lo mismo, con la salvedad de que la pena superior en grado puede ser impuesta en toda su extensión.

c) «Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal». Para determinar si esta agravante concurre habrá de estudiarse el artículo 570 bis y ter CP: «A los efectos de este Código 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 repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos» (art 570 bis) y «A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna

⁶ A pesar de esto, el único caso registrado en la práctica –la SAN 3/2017–, en el que el beneficio ascendió a 70.000€, la cuestión se saldó no sólo con la aplicación del tipo básico, sino con la estimación de una atenuante analógica muy cualificada por confesión, llegándose a suspender el ingreso en prisión.

o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos» (art. 570 ter). A la vista de tal definición, puede parecer que cualquier empresa que acceda al pago de la cantidad requerida constituye una organización o grupo criminal. No obstante, se presume aquí que el pago es una cuestión colateral, de manera que la finalidad del ordenante es típicamente el establecimiento de un negocio y no el corromper al funcionario, de modo que el hecho de que intervenga una persona jurídica no conduce necesariamente a la aplicación de esta agravante.

Sobre el conflicto que eventualmente puede suscitarse de existir una organización o grupo criminal entre la agravante del artículo 286 quáter c) CP y el delito por pertenencia a una organización o grupo criminal (arts. 570 bis y ter CP), lo cierto es que carece de especial relevancia en términos prácticos. Al fin y al cabo, en casos de cohecho a funcionario extranjero, en que el delito se comete fuera de España y no existen “miras a la comisión en España”, los tribunales españoles carecerán de jurisdicción por esta vía (art. 23.4 j)) LOPJ, *contrario sensu*). La antijuridicidad de la pertenencia a la organización o grupo criminal se canalizará únicamente y por entero a través de la agravación específica, en su caso.

d) «El objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad». El Legislador ha decidido que se agraven las penas cuando el negocio o contrato en torno al que gira el cohecho activo tenga que ver con «bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad», a pesar de que las conductas corruptas no tengan por qué afectar necesariamente a la prestación del servicio final. Así, la naturaleza de la actividad resulta de importancia capital, en tanto que es susceptible de ocasionar una agravación. Piénsese por ejemplo en el empresario que accede al pago requerido por un funcionario en el seno de un proceso de contratación del servicio de suministro de agua o electricidad.

Para el caso del tipo penal del artículo 424 CP, la situación es la inversa. No existe, en sentido estricto un tipo agravado, y sin embargo sí se prevén una serie de atenuantes y eximentes específicas. Eso sí, a pesar de la ausencia de tipos agravados se produce cierta modulación de la pena en función de la casuística, por estructurarse ésta en referencia a los artículos 419 a 422 CP, que castigan más severamente ciertos supuestos (compárese la pena correspondiente cuando se realiza un acto contrario a los deberes inherentes al cargo a la procedente cuando se realiza un abono en consideración al cargo).

Sí existen, no obstante, atenuantes e incluso eximentes específicas. El tipo atenuado, en el artículo 425 CP⁷, se refiere, como se desprende de su literalidad, a una coyuntura que nada tiene que ver con el fenómeno que aquí se plantea, de corrupción en un proceso de inversión extranjera. Así, no será objeto de estudio, pues ni siquiera cabe su aplicación analógica cuando se califique por vía del artículo 286 ter CP, pues si el pago aspira al fin descrito en el artículo 425 CP no es constitutivo del delito del 286 ter CP, por falta de un elemento subjetivo del tipo (aspira a la liberación de un familiar, no a la obtención de un contrato)

⁷ Artículo 425: «Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año».

Existe, no obstante, una circunstancia eximente de especial interés recogida en el artículo 426 CP⁸, que prevé una excusa absolutoria para el caso en que se acceda ocasionalmente a la dádiva (siendo tal carácter ocasional objeto de interpretación restrictiva, llegándose incluso a afirmar que sólo concurre cuando no se haya practicado ningún abono previamente, como dispone la SAP Burgos de 11 de marzo de 2004), y siempre y cuando se procediere a la confesión de lo ocurrido por el pagador en un plazo de dos meses. Eso sí, resulta prácticamente impensable que tal excusa surta efectos en el procedimiento, ya que la autoridad que tiene «el deber a proceder a su averiguación [de los hechos]» no es la española con carácter principal, sino la del Estado cuyo funcionario practica el requerimiento. Así, no es de extrañar que el empresario se ahorre cualquier comunicación previa a procedimiento alguno. Ahora bien, aun cuando no concurren en la práctica los requisitos exactos del artículo 426 CP, casualmente, la Jurisprudencia, en el único caso que versa sobre el fenómeno aquí estudiado (la SAN 3/2017, que será estudiada más adelante), reconoce una atenuante analógica muy cualificada por confesión, cuyo espíritu recuerda al artículo 426 CP. En cualquier caso, y precisamente por la viabilidad de los atenuantes por analogía, considero que el artículo 426, en tanto que beneficia al reo, podría aplicarse como eximente analógica para aquellos casos en que concurren sus requisitos y lo sucedido se hubiere calificado como un delito del artículo 286 ter CP⁹.

Amén de esto, creo conveniente comentar la eventual aplicación de dos instituciones jurídicas, el estado de necesidad y el error de prohibición, como posibles instrumentos para la atenuación de la responsabilidad penal, ya sean calificados los hechos por vía del artículo 286 ter CP o 424 CP. Por una parte, podría plantearse la existencia de un «estado de necesidad» (art 20.5 CP) del empresario, si resulta probado que no acceder al pago comportaba la pérdida del negocio en un estado avanzado de desarrollo, por ejemplo (con la consiguiente pérdida de la inversión). Esta opción es desde luego discutible, sobre todo porque la lesión que causa el particular, (ya sea en la competitividad en el tráfico mercantil internacional o en el buen funcionamiento de una Administración Pública extranjera, según se conciba el bien jurídico protegido), puede entenderse mayor que el perjuicio que sufriría la empresa, a la vista de la vertiente colectiva del mal causado por el acceso al pago. Además, la consideración del estado de necesidad, en los términos en que es definido aquí, no casa con el espíritu del Convenio OCDE 1997, a la vista de los Comentarios al Convenio OCDE 1997. De hecho, el Comentario 7¹⁰ afirma que estos casos también son constitutivos de delito. Eso sí, lo anterior no impide que el estado de necesidad opere como una eximente incompleta (al amparo de los arts. 20.5 y 21.1 CP), ostentando los efectos propios de una atenuante genérica sobre la pena, aliviándola.

⁸ Artículo 426: «Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos».

⁹ Por lo que acaba de decirse, el término «ocasional» incluido en el tipo agravado del artículo 286 quáter CP ha de tener un contenido mayor a la acción única, pues en caso contrario, podría llegarse a un absurdo: cuando la conducta fuere ocasional opera la eximente, y si no lo fuese (y entrase en juego la acepción estricta de «ocasional» que se ha dado para el artículo 426 CP), entonces se pasaría directamente de la eximente al tipo agravado del artículo 286 quáter CP, lo que haría inaplicable el artículo 286 ter CP.

¹⁰ Comentario 7 de los Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales: «También es un delito independientemente de, inter alia, el valor de la ventaja, sus resultados, las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida».

Por otra parte, también es probable que se plantee la cuestión del error de prohibición. Al fin y al cabo, los sujetos que llevan a cabo estas prácticas sospecharán naturalmente del carácter ilícito que las mismas tendrán sobre el papel en el país de destino. Ahora bien, buena parte del tejido empresarial desconoce la tipicidad de su conducta en el Derecho español, que normalmente no regula hechos acontecidos en el extranjero. De este modo, entiendo que el error de prohibición sucederá con frecuencia (de hecho es a mi entender lo que explica la falta de pudor con que se reconocen en España los pagos que aquí se estudian). Pero, si bien el carácter invencible del mismo es discutible, dada la publicidad de las normas y la labor de documentos como el presente, resulta factible la estimación de un error de prohibición vencible, con la consiguiente reducción de pena que este comporta según el artículo 14.3 CP.

8. Problemas concursales

Como quiera que existe una doble vía de castigo en nuestro Código Penal –la de los tipos generales de cohecho y la del artículo 286 ter CP–, resulta pertinente comentar la cuestión relativa al concurso de leyes que surge en sede del cohecho activo, impensable antes de 2015. Vaya por delante, eso sí, que este concurso surge solamente cuando el cohecho de particular es propio y sucede en el seno de transacciones económicas internacionales, pues caso de no ser este el contexto, falta un elemento objetivo del tipo del artículo 286 ter CP, siendo merecedora la conducta de calificarse solamente por vía del artículo 424 CP (lo que de facto la sitúa en una situación de pseudoatipicidad comentada más adelante).

Normalmente, la Doctrina, sin planteárselo demasiado, trata la cuestión como un concurso de leyes, a lo que responde una pura cuestión de sentido común, pues «algo nos dice que desde el momento en que en el Código penal hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes el mismo núcleo típico fundamental (matar, apoderarse, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros» (Muñoz Conde, 2015).

Sin embargo, creo conveniente señalar que la cuestión no es tan obvia. Desde el momento en que parte de la Doctrina deslinda el concurso de delitos (tratado conforme a los artículos 73 y siguientes CP) del de normas o leyes (regulado en el artículo 8 CP), a partir de, entre otras cosas, el bien jurídico protegido por las normas, la clasificación del concurso se torna más compleja. Y es que, habida cuenta de que el concurso de delitos sucede cuando los tipos penales protegen bienes jurídicos protegidos distintos, y el concurso de normas cuando las normas salvaguardan el mismo bien jurídico, parece que, a la vista de la literalidad de la ley y conforme a la teoría general del delito, podría llegar a plantearse un concurso ideal de delitos en el presente caso, y no un concurso de normas. A la postre, con arreglo a la literalidad de la ley el bien jurídico protegido por el artículo 286 ter CP es el buen funcionamiento del mercado internacional de inversiones y la libre competencia a esa escala, mientras que el artículo 424 CP pretende garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública. Solo recurriendo al bien jurídico protegido tangencialmente por el artículo 286 ter CP creo que puede y debe estimarse la existencia de un concurso de leyes, pues lo contrario y sin perjuicio de la literalidad de la ley, sería de dudosa compatibilidad con el principio *ne bis in idem*.

Por ello, a pesar de la particular incardinación del bien jurídico protegido a efectos concursales, comparto la opinión presente en la doctrina consistente en la existencia de un concurso de leyes. Así, en principio tal concurso habría de ventilarse conforme al artículo 8 CP¹¹, pero este resulta desplazado por una norma especial sita en el artículo 286 ter CP, que afirma que han de castigarse los hechos por vía de ese tipo penal «salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código». De esta manera, el legislador simplifica la solución del concurso, abocando a los operadores jurídicos a utilizar una fórmula sencilla para su resolución: la mayor gravedad de la pena.

En aplicación de este criterio de alternatividad, siempre será de aplicación el artículo 286 ter CP frente al artículo 424 CP, pues las penas que se prevén en el 286 ter CP son mayores. Incluso para el caso más grave de cohecho activo “ordinario”, el tendente a que el funcionario ejecute un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (artículo 424 CP en relación con el 419 CP), la pena es menos grave¹².

Dicha situación es desde luego criticable. El motivo es que su efecto, la preeminencia en todo caso del tipo especial (el artículo 286 ter CP), bien podría obtenerse a través de las generales de la ley, pues el artículo 8 CP llama al principio de especialidad como primer criterio para la resolución del conflicto de normas, por no hablar de que el mismo resultado se consigue desde un enfoque práctico, como se comentará más adelante, al existir un concurso impropio por imperativo procesal cuando los hechos suceden en el extranjero. Sea como fuere, resulta claro que a raíz de la norma concursal el artículo 424 CP, queda relegado para el castigo del cohecho de particular que no se inserte en un contexto de transacciones económicas internacionales.

9. El enjuiciamiento de estos delitos en España. El principio de territorialidad y su excepción: el principio de personalidad activa

Cuando la corruptela, a pesar de su dimensión transnacional, ocurre en España, el conocimiento de los hechos por los tribunales españoles resulta completamente natural por el principio de territorialidad que vertebró nuestra jurisdicción penal (artículo 23.1 LOPJ)¹³. Conscientes de las limitaciones que sienta este principio en

¹¹ Artículo 8: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

¹² Es cierto que por vía del artículo 286 ter CP y del artículo 424 CP en relación con el artículo 419 CP, se obtienen penas de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses. No obstante, habida cuenta de que en el caso del artículo 286 ter CP la pena de multa puede llegar a ser todavía mayor en función del «beneficio obtenido», y considerando que las otras penas impuestas se aplican allí «en todo caso», a diferencia de en el artículo 424 CP, y además presentan una mayor amplitud (al incluir la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública), entiendo que puede afirmarse que con carácter general la pena del artículo 286 ter CP es más grave. En cualquier caso, lo cierto es que, de no entenderse así, la cuestión sería irrelevante a efectos prácticos, ya que en virtud del artículo 8 CP, el principio de especialidad aplicable en primer lugar también se decantaría por la aplicación del tipo penal del artículo 286 ter CP.

¹³ La nacionalidad o residencia habitual de los imputados suele resultar irrelevante, a diferencia de lo que sucede en otras ramas del derecho, como la civil, en la que el domicilio del demandado juega un papel

relación con el fenómeno que aquí se estudia, tanto el Convenio OCDE 1997 como el Convenio CDE 173 establecen el principio de personalidad activa. Este principio permite a la jurisdicción de un Estado conocer de un asunto con ocasión de un punto de conexión subjetivo, concretamente la nacionalidad o residencia habitual del posible imputado. Se trata de un punto de conexión que se usa residualmente en la práctica, pero en lo que aquí interesa es indispensable. Conviene, eso sí, llamar la atención del lector sobre los dos distintos anclajes en que se puede materializar este principio: la residencia habitual y la nacionalidad. El criterio de residencia habitual, que se asimila prácticamente al de domicilio, alude a una realidad más cambiante, fáctica y flexible que la nacionalidad, más formal y estable. Además, los criterios de determinación de residencia varían normalmente según la legislación interna. A mi entender, es por este motivo, y por lo exorbitante que puede resultar el punto de conexión de la residencia habitual en ciertos casos, que los instrumentos internacionales concretan el principio de personalidad activa a través de la nacionalidad. Véanse los artículos 4 del Convenio OCDE 1997, 42 de la Convención ONU 2003 y 17 del Convenio CDE 173. De hecho, la residencia habitual sólo se prevé como punto de conexión en la Convención ONU 2003 como algo disponible a los Estados Parte, y en exclusiva para aquellos casos de apatridia.

Digo esto para poner de manifiesto que, en este aspecto, la normativa española es, cuanto menos, proactiva, al concretar el principio de personalidad activa tanto a través de la nacionalidad como de la residencia habitual, alternativamente, como se verá más adelante. El problema de la ley española en materia procesal no es tanto la previsión del principio de personalidad activa, que, como digo, se reconoce plenamente, sino la manera en que se acota su aplicación y se regula su ejercicio en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como se mencionó más arriba, en el plano del derecho material la LO 1/2015 introdujo las figuras de cohecho activo y pasivo de autoridad o funcionario público extranjero (sin condicionamiento a su contextualización en una transacción económica internacional), mediante la modificación del artículo 427 CP, dando por fin cumplimiento al Convenio CDE 173. Así, los «Delitos contra la Administración pública», a la vista de la amplitud del concepto de autoridad o funcionario público que se recoge en el artículo que acaba de aducirse, ya no protegen solamente a la Administración española, sino a cualquiera: también la extranjera o la afecta a organismos internacionales. No obstante, esta renovación no alcanzó a la dimensión procesal del asunto, cuya reforma era igualmente necesaria. Las excepciones al principio de territorialidad se tasan, en lo que aquí interesa, de la forma siguiente:

En primer lugar, el artículo 23.3.h) LOPJ afirma que «conocerá la jurisdicción [penal] española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española». En segundo lugar, el artículo 23.4.n) LOPJ, también relevante, afirma: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en

fundamental a la hora de determinar la competencia de los tribunales de un Estado (véase el Reglamento UE 1215/2012).

España¹⁴; 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España».

De la literalidad de la ley, se desprende que los tribunales españoles son actualmente incapaces para conocer de los supuestos de corrupción tipificados en 2015 cuando sucedan en el extranjero (que paradójicamente es en la mayoría de los casos). Digo esto porque el artículo 23.4.n) –que es el que tradicionalmente se presenta como vía habilitante en estos casos– es inútil para accionar por la vía del artículo 427 CP en relación con los artículos 419 a 424 CP, es decir, la del cohecho activo y pasivo de funcionario público extranjero con independencia de la concurrencia de una transacción económica internacional. Esto es así porque el artículo de la LOPJ peca de específico, y activa la jurisdicción de los tribunales españoles solamente para casos de delitos «en las transacciones económicas internacionales», a saber, el 286 ter CP, pero no cuando este elemento internacional esté ausente.

Podría intentar entonces acudir al artículo 23.3.h), que habilita a los tribunales españoles para el conocimiento de delitos contra la Administración Pública. El problema está aquí en que, a diferencia de lo que sucede en derecho material, en el que los delitos de cohecho, prevaricación, etc. se denominan «Delitos contra la Administración Pública» (véase el Título XIX del Libro I del Código Penal) la jurisdicción se acota a aquellos casos en que la Administración Pública víctima sea la española. En el fenómeno que aquí se estudia, naturalmente, las instituciones contra las que atenta el cohecho son las del Estado extranjero, y no las españolas, siendo por tanto inútil esta segunda opción.

Por consiguiente, a efectos prácticos, la tipificación de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionario público extranjero (sin necesidad de transacción internacional) es inútil si los hechos suceden en el extranjero, al no existir habilitación procesal para su enjuiciamiento a día de hoy. La manera en que se acota la aplicación del principio de personalidad activa es del todo punto desafortunada. El carácter absurdo de esta situación plantea la duda acerca de la viabilidad de una eventual aplicación analógica de los artículos 23.4.n) y 23.3.h) LOPJ, para dar cobertura a una solución a todas luces interesada por el legislador. A mi entender, tal analogía no procede. En primer lugar, porque los incisos segundo y siguientes del artículo 23 LOPJ son excepciones al principio general de territorialidad de la jurisdicción penal, y en tanto que excepciones, están sujetos a una interpretación restrictiva, nunca extensiva. En segundo lugar, porque en lo penal más que en cualquier otro campo impera el principio de legalidad, que sólo quiebra en beneficio del reo (por ejemplo, se permiten las atenuantes por analogía, pero no las agravantes). La aplicación analógica de una norma para la ventilación de una causa penal de otro modo inexistente desde luego va en detrimento de los futuros reos, y por consiguiente no tiene cabida en nuestro ordenamiento, a la vista del artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

Dada la coyuntura, puede concluirse que el principio de personalidad activa, en tanto que excepción del principio de territorialidad, se reconoce y habilita a la jurisdicción española para el conocimiento de ciertos delitos, pero no para todos los tipos penales que sirven para atajar la problemática de la corrupción transnacional,

¹⁴ Se pone así de manifiesto el carácter proactivo de la jurisdicción española mencionado anteriormente.

sino únicamente para el tipo del artículo 286 ter CP. Así, el que ejerza acción penal por hechos del orden que aquí se estudian tendrá que hacer lo posible por probar la concurrencia de una transacción económica internacional, y resignarse a una pseudo-atipicidad o atipicidad impropia del cohecho pasivo y del cohecho activo del artículo 424 CP, como se explica en el siguiente apartado.

10. La situación concursal y la atipicidad parcial impropias derivadas de la cuestión jurisdiccional.

Las carencias jurisdiccionales que acaban de aducirse tienen una trascendencia práctica enorme, si bien los efectos son radicalmente distintos según se trate del cohecho activo o el pasivo, o de cohecho propio o impropio.

En materia de cohecho activo, la imposibilidad de activar por vía de los artículos 419 y siguientes en relación con el artículo 424 CP conduce a que, a pesar de lo todo lo vertido en relación con la situación concursal más arriba, el concurso acabe resolviéndose por cualquiera que ejercite la acción penal de manera práctica, optando por calificar los hechos como un delito del artículo 286 ter CP. Pero no porque la pena asociada sea mayor, o por el principio de especialidad, sino porque en caso de calificar los hechos como un cohecho activo ordinario del artículo 424 CP en relación con el 427 del mismo texto, la acusación se desmorona por falta de jurisdicción de los tribunales españoles. De hecho, es de esperar que ante tal calificación las defensas interesen, tanto en sus calificaciones provisionales como en el acto de juicio oral (mediante el planteamiento de una cuestión previa del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente –en adelante LECrim–, aplicable por seguirse estos casos por el procedimiento abreviado, como se verá más adelante), una declinatoria de jurisdicción en virtud del artículo 666 de LECrim en relación con la literalidad de los artículos 23.3.h) y 23.4.n) LOPJ. Así las cosas, la elección del tipo penal para la calificación de los hechos no se hará de facto conforme a las normas de derecho material, como sería de esperar, sino atendiendo a las normas de derecho procesal, por una pura cuestión de pragmatismo y para permitir la propia existencia del proceso. Es por eso que se afirma, en materia de cohecho activo de funcionario público extranjero, la existencia de un concurso impropio por imperativo procesal: sin perjuicio de que las normas concursales pertenezcan al derecho material, las trabas jurisdiccionales tienen aquí más peso¹⁵. Y además, ese concurso podrá hacerse cuando la conducta pueda reconducirse al artículo 286 ter, de manera que cuando el cohecho activo sea impropio, consista en pagos de facilitación o no concurra en el seno de transacciones económicas internacionales, no tiene lugar un concurso impropio, sino la pseudo-atipicidad que se explica a continuación para el cohecho pasivo.

¹⁵ Téngase en cuenta, eso sí, que a día de hoy el resultado de este concurso impropio casa con lo prescrito por el derecho material, por cuanto ambas esferas jurídicas, la material y la procesal, señalan al artículo 286 ter CP. Ahora bien, ante un eventual aumento de las penas del tipo de cohecho activo «ordinario» (424 CP), la cuestión sería bien distinta, y es de esperar que las acusaciones, aun cuando no debieren conforme a derecho material, sigan calificando los hechos como un delito del artículo 286 ter CP, pues de lo contrario los tribunales españoles no estarían habilitados. Nótese asimismo que este uso forzado del precepto no es sólo una cuestión futura, sino que bien puede suceder a día de hoy, de manera que la acusación trate de calificar como transacción económica internacional lo que verdaderamente no lo es, a fin de permitir el enjuiciamiento de los hechos (pues el delito del artículo 424 se encuentra en una situación de pseudo-atipicidad). Así, de cara a una defensa satisfactoria, parece que una definición en sentido negativo de lo que constituye una transacción económica internacional deviene importantísima.

En materia de cohecho pasivo de autoridad o funcionario público extranjero, las consecuencias de las lagunas de la LOPJ son distintas a las de un concurso. Y es que, como quiera que en los delitos «en las transacciones económicas internacionales» no se tipifica el cohecho pasivo, y solamente el activo, resulta que la falta de soporte procesal de los tipos de los artículos 419 y siguientes CP cuando el funcionario es extranjero y recibe el pago allí, conducen a una situación análoga a la atipicidad en la práctica. No obstante, se advertía más arriba que la atipicidad no era una atipicidad en sentido estricto, sino una pseudo-atipicidad o atipicidad impropia. Digo esto por varios motivos.

En primer lugar, siendo estrictos, el tipo penal como tal existe, luego no es que se dé la atipicidad, sino que en el caso concreto a día de hoy los efectos son los mismos que los de la atipicidad, esto es, la imposibilidad de derivar responsabilidad penal alguna.

En segundo lugar, cuando una conducta es atípica en un momento determinado, no ha lugar su castigo más adelante so pretexto de una norma dictada con posterioridad al momento en que es llevada a cabo la conducta (por el principio de irretroactividad de las sanciones sito en el artículo 9.3 CE y 2 CP) Esto, sin embargo, sí es posible en este caso. El tipo penal existe y está vigente desde 2015, y por el principio *tempus regit actum*, en el momento de ejercicio de la acción penal es aplicable la norma procesal vigente cuando se incoa la causa. Así, un supuesto de cohecho pasivo de funcionario público extranjero acontecido hoy por ejemplo (cuando el delito existe pero no hay cauce procesal para su enjuiciamiento, con los efectos propios de la atipicidad), podría llegar a generar responsabilidad penal en el futuro, a raíz de una hipotética modificación futura de la LOPJ. Piénsese que el legislador cae en la cuenta del despiste cometido en 2015 y el 1 de enero de 2020 entra en vigor un nuevo artículo 23 de la LOPJ que permite a los tribunales conocer del cohecho pasivo de funcionario público extranjero. Pues bien, si la causa penal se incoa con posterioridad a esa fecha, la derivación de responsabilidad penal contra el funcionario es perfectamente válida a pesar de haber sucedido los hechos a día de hoy, cuando la LOPJ no permite la persecución del cohecho pasivo de funcionario público extranjero, a menos que conforme a los artículos 131 y 132 CP el delito hubiere prescrito.

Por todo esto se afirmó que la situación respecto del cohecho pasivo de funcionario público extranjero –y de ciertas modalidades de cohecho activo– no es de atipicidad en sentido estricto, sino de pseudo-atipicidad o atipicidad impropia. Ahora bien, aun cuando las carencias jurisdiccionales fueren subsanadas, todavía quedaría tela que cortar en relación con el cohecho pasivo, como puede verse en el apartado siguiente.

11. El eventual problema de las inmunidades.

Ad futurum, y con la esperanza de que en algún momento las lagunas de la LOPJ desaparezcan, se pretende advertir aquí al lector de que aún entonces la derivación de responsabilidad penal por cohecho pasivo de autoridad o funcionario público extranjero puede seguir siendo problemática, por cuestiones de Derecho internacional público que se escapan del marco penal, pero son totalmente relevantes.

Habida cuenta de que el sujeto activo del delito de cohecho pasivo de funcionario público extranjero es un funcionario o autoridad de un Estado distinto del

español, surge la posibilidad de que esté imbuido de inmunidad de jurisdicción. En estos casos, no podrá cursarse el procedimiento penal¹⁶. Así, aun cuando se subsanen los defectos de la LOPJ, en la práctica habrá que hacer un análisis minucioso de la cuestión relativa a la inmunidad de jurisdicción y su posible existencia en cada caso. Para ello, resulta pertinente el análisis de una serie de instrumentos internacionales. Entre ellos se encuentran el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (y más concretamente sus artículos 36 y 37) y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (y en particular su artículo 43).

Sin embargo, los instrumentos que acaban de aducirse responden al contexto de una misión diplomática. Este entorno se aleja ligeramente del fenómeno que aquí se estudia, pues lo habitual en él no es el soborno a un funcionario de la Administración Exterior, sino de una autoridad o agente de la Administración ordinaria. Resulta por ello especialmente relevante el reciente Convenio de la ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados, de 2004, ratificado por España y acogido en la normativa interna mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. De hecho, sus artículos 22 y 23 sientan la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, tanto para cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones como para cuando cesan en él. De este modo, por ejemplo, los tribunales españoles nunca podrán conocer del cohecho pasivo cometido en casos como el “Bananagate”, en que se vio implicado el presidente de Honduras, por el cargo que este ostentaba en su día.

Amén de estos casos de gran corrupción en que la inmunidad puede resultar evidente, habrá que dirimir para supuestos de menor envergadura hasta qué punto el funcionario implicado está imbuido de la inmunidad de jurisdicción penal. Y es que tal inmunidad puede llegar a ser disfrutada por otros órganos, según las especificidades de Derecho internacional público que procedan y que aquí no son objeto de estudio. Sirva de advertencia lo dicho por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, Roman Anatolyevitch Kolodkin (2008 y páginas), que en su Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado afirma: “En la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de los tribunales nacionales y en la doctrina se reconoce ampliamente que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales o de inmunidad *ratione materiae*. Pero es que además, aun cuando no existiere tal inmunidad de jurisdicción, resulta «prácticamente inimaginable que el Estado al que pertenezca el agente acceda a su extradición» (Otero González, 2016).

¹⁶ Entiendo que esta imposibilidad deriva del artículo 23.1 de la LOPJ, que tras afirmar el principio de territorialidad matiza «sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte». Como quiera que España ha suscrito varios instrumentos internacionales que sientan la inmunidad de jurisdicción penal, como se detalla en el cuerpo de este texto, no cabría el enjuiciamiento de quienes gozaran de la misma, precisamente por la existencia de esos tratados internacionales y de la normativa específica interna que les da cumplimiento, que prima por el principio de especialidad. Ciertamente es que podría pensarse que el fundamento de la imposibilidad reside en el artículo 21.2 LOPJ, que dice: «No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público». Ahora bien, esta norma excepciona la jurisdicción de los tribunales civiles, no penales, y por ello creo que el fundamento de la imposibilidad se encuentra en el artículo 23.1 LOPJ, y no en el artículo que acaba de transcribirse, a pesar de la mayor obviedad de su contenido.

12. Iniciación de la causa, tribunal competente y procedimiento. Breve mención a un eventual problema de ejecución.

Para cuando resulten salvados los escollos anteriores y quepa, por tanto, el enjuiciamiento de los supuestos de cohecho que aquí se estudian, se realiza un breve análisis sobre las principales cuestiones procesales.

En relación con la iniciación del procedimiento, podría pensarse que no existe ninguna particularidad. Al fin y al cabo, no se indica nada al respecto en el Código Penal, como sí sucede para otros delitos (los conocidos como delitos privados), cuya perseguibilidad se supedita a la interposición de querella por el agraviado (artículo 215 CP). Además, los tipos de cohecho son a todas luces delitos públicos, perseguibles por tanto en principio mediante todos los medios disponibles en la ley: denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal, o querella presentada por estos o incluso por la acusación popular, que estaría facultada al efecto (artículos 100 y 104 de la LECrim, *contrario sensu*).

No obstante, el caso típico de pago en países en vías de desarrollo sucede fuera de España y por tanto la jurisdicción española conoce de él excepcionalmente, el legislador ha decidido poner coto a la facilidad de iniciación del procedimiento penal. Más arriba se advertía que el problema de la normativa procesal española no radica en el reconocimiento del principio de personalidad activa, sino, entre otras cuestiones, en la regulación de su ejercicio, algo que se hacía precisamente por las particularidades de la iniciación del procedimiento. Estas particularidades no residen, como es habitual, en el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino en la LOPJ, por traer causa de la cuestión internacional, más que de la naturaleza antijurídica de la conducta. El artículo 23.6 LOPJ reza: «Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 [entre los que se encuentra el de transacciones económicas internacionales –art 23.4.n)– único que se puede enjuiciar a día de hoy] solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

Por consiguiente, a pesar de lo que pueda parecer tras una consulta somera a la normativa material y procesal, la iniciación del procedimiento no puede lograrse de cualquier manera, sino mediante querella del agraviado (que en muchos casos será difícil de concretar en este tipo de delitos, salvo que el cohecho fuera en detrimento de una empresa competidora, por ejemplo) o del Ministerio Fiscal. Esto reduce enormemente las posibilidades de castigo del cohecho a funcionario público extranjero, ya que la interposición de una querella comporta la identificación de los autores, la aportación de una relación de hechos, la solicitud de diligencias y la realización de una calificación jurídica, aun preliminar (artículo 277 LECrim). El trabajo necesario para la iniciación del procedimiento es desde luego laborioso para quien ejerza la acusación, máxime teniendo en cuenta que los hechos suceden en el extranjero, y se torna como prácticamente imposible en un Ministerio Fiscal con recursos limitados y asuntos más urgentes que atender. Tanto es así que el único caso de la jurisprudencia que versa sobre este delito, la SAN 3/2017, trae causa de una denuncia y no una querella, pues se infiere que el pago constitutivo de delito tuvo lugar en España, luego la jurisdicción se ostentaba en virtud del artículo 23.1 LOPJ, y no el 23.4.n), no siendo aplicable el requisito del artículo 23.6 LOPJ.

En cualquier caso, dado que en general lo propio es que el procedimiento haya de iniciarse mediante querella, resulta necesario a la vista del artículo 277 LECrim determinar el Juez o Tribunal ante el que ha de dirigirse. En este caso, el órgano competente para conocer del asunto es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según el artículo 65.1º e) de la LOPJ, que afirma que: «La Sala de lo Penal de la

Audiencia Nacional conocerá: (...) e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles». Sin perjuicio, eso sí, de que la instrucción se practique en los Juzgados Centrales de Instrucción, insertos en la Audiencia Nacional. Asimismo, considerando que tratamos con tipos de cohecho, podría plantearse la eventual constitución de un Tribunal de Jurado para el conocimiento de la causa, pues el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (LOTJ), se refiere a estos delitos cuando fueran cometidos por un funcionario (casos de cohecho pasivo). Ahora bien, además de que no existe jurisdicción para el conocimiento del cohecho pasivo por lo visto más arriba, si la hubiere, es de esperar que el conocimiento del asunto corresponda a la Audiencia Nacional, y en virtud del artículo 1.3 de la LOTJ¹⁷ no habría de constituirse el Tribunal del Jurado.

Respecto del procedimiento que ha de seguirse en estos casos, descartado el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado, ha de considerarse el marco penológico previsto en los artículos 286 ter y quáter CP. Como en el tipo básico el límite superior de la pena es de 6 años de privación de libertad, y en el agravado puede llegarse hasta la superior en grado (9 años), resulta de aplicación el artículo 757 LECrim, luego la causa se seguirá por el procedimiento abreviado. De hecho, así sucedió en el caso de la SAN 3/2017 que se tratará en el siguiente apartado.

Por último, me gustaría hacer un breve apunte sobre las posibles dificultades para la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, que es de esperar prevea, entre otras penas, la pérdida del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. Y es que precisamente por la naturaleza de estas penas, pueden añadirse a los problemas propios de la dimensión transnacional de los asuntos (de ejecución y extradición en relación con terceros países en que se encuentren los bienes o los procesados) otras vicisitudes a nivel interno. Digo esto porque en la práctica hay beneficios fiscales que están sujetos a la inscripción y supervisión por parte de ciertos organismos distintos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante AEAT). Valga a título de ejemplo el Consorcio de la Zona Especial Canaria (ZEC), en el que es necesario inscribirse para recibir los beneficios fiscales de la ZEC, donde el tipo general de sociedades es más reducido (del 4% y no del 25%). Pues bien, el problema está en que este tipo de entidades jurídico públicas –a diferencia de lo que sucede para la AEAT¹⁸– no tendrán conocimiento, salvo casualidad, de la sentencia condenatoria, dificultándose así la ejecución de la pena relativa a la prohibición de disfrute de beneficios fiscales. Lo oportuno sería generar un registro, aun telemático, al que entidades de esta naturaleza tuvieran acceso. Amén de esto, huelga decir que la pena de prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública es de una ejecución todavía más difícil, pues ¿quién se encarga de fiscalizar todas las transacciones que practique el condenado durante los años de condena? ¿Y de calificarlas como de trascendencia pública? ¿Conforme a qué criterios? ¿Con trascendencia pública en España o también en el extranjero?

¹⁷ Artículo 1.3 LOTJ: «El juicio del Jurado se celebrará solo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que corresponda por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional».

¹⁸ La AEAT, Agencia Estatal de Administración Tributaria, sí es de esperar que tenga conocimiento de la condena de prohibición de disfrute de beneficios fiscales, por cuanto tal condena suele imponerse en casos de delitos contra la Hacienda Pública. Habida cuenta además de que la AEAT participa activamente en la preparación, desarrollo y ejecución de la sentencia que resulta de los procesos penales relativos estos delitos (véanse los artículos 305.7 CP y la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, General Tributaria, que encomiendan a la Administración Tributaria la ejecución de la pena de multa en estos casos), va de suyo que este órgano normalmente se encuentra la corriente de la condena.

13. La jurisprudencia: entre la exigüidad y la ausencia.

A pesar de que, con sus variaciones, el delito de cohecho a autoridad o funcionario público extranjero lleva en nuestra legislación más de 17 años, la aplicación del mismo es prácticamente inexistente, y ello aunque, no nos engañemos, los casos existen. Tanto es así, que hasta hace muy poco y con razón la doctrina afirmaba que “no se conoce una sola sentencia condenatoria (ni absolutoria) por este delito, lo cual no significa, obviamente, que no se cometa” (Faraldo Cabana, 2012).

Ha de admitirse, eso sí, que lo afirmado en su día por Faraldo Cabana, relativo a la ausencia de decisiones judiciales sobre este tema en España, ya no describe la realidad actual. Pues ahora sí se conoce una sola sentencia (condenatoria) sobre este tema, que era mencionada más arriba. Me refiero a la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 3/2017, de 23 de febrero. Obviamente esto no supone un cambio de paradigma, y la jurisprudencia sigue siendo exigua en este aspecto, por no decir inexistente, que es el calificativo que merece en realidad toda vez que la decisión ni es reiterada (sino única) ni se imputa al Tribunal Supremo (sino a la Audiencia Nacional), como exige el Código Civil (artículo 1.6 CC). Tanto es así que en los anales de jurisprudencia el único caso aparte del mencionado en que se encuentra de fondo la cuestión de una corrupción de dimensión internacional es el que subyace a la STC 205/2012. En él, no obstante, no se llega a entrar en la problemática de la corrupción propiamente dicha, sino en la procedencia de la extradición pasiva de un ciudadano con doble nacionalidad española y egipcia al país norteafricano.

No obstante, en la decisión de 2017 sí se trata la cuestión. En ella se condena, tras conformidad de los acusados, a dos personas físicas por haber cometido el delito del artículo 445 CP (en el momento en que ocurrieron los hechos no estaba en vigor el artículo 286 ter CP). Según aceptaron, habían abonado 70.000€ a altas autoridades de Guinea Ecuatorial para el aseguramiento de una serie de contratos de edición de libros de texto. Sin entrar en todos los pormenores del caso, creo conveniente hacer una serie de apuntes sobre sus circunstancias, pues analizadas contrario sensu, se puede hacer un análisis razonable acerca de los motivos que subyacen a la inactividad jurisdiccional española registrada hasta el momento. En este caso, hubo una confesión de los propios acusados acerca de los hechos, hasta el punto de que éstos no se entienden controvertidos, y no son objeto de prueba, más allá de la confesión de los propios acusados. Por otra parte, el pago, según se infiere de la sentencia, sucedió en España, por cuanto se cursó mediante transferencia bancaria en la que el ordenante operaba con una cuenta de una sucursal de La Caixa, banco español. Además, sin ser objeto de mayor razonamiento, se aplica una atenuante analógica muy cualificada por confesión que rebaja la pena por debajo de los dos años de prisión, solicitándose con ocasión de ello por las defensas la suspensión del ingreso en prisión, lo que informa favorablemente el Ministerio Fiscal. Por último, conviene mencionar que la mercantil, que se lucraba de los contratos, resultó absuelta.

Las circunstancias del caso anterior emplazan en una situación bastante cómoda, inusual, a la acusación. Por un lado, el hecho de que el pago se entendiera realizado en España facilita la iniciación del procedimiento judicial, ya que no resulta indispensable la querella que más arriba se mencionaba para la iniciación del procedimiento cuando los hechos suceden en el extranjero (artículo 23.6 LOPJ). De hecho, el procedimiento, según se consigna en la propia sentencia, se inició mediante denuncia del Ministerio Fiscal. Contrario sensu, esto pone de manifiesto a mi entender que uno de los motivos por los que se asiste a una inactividad jurisdiccional en España

en esta materia es el requisito del artículo 23.6 LOPJ. Al fin y al cabo, cuando el pago sucede el extranjero, lo cual es habitual en muchos casos, la querella es el único modo de iniciar el procedimiento. Habida cuenta de que este mecanismo de incoación comporta una mayor carga de trabajo, como se vio más arriba, entiendo que una de las razones que explican la ausencia de casos en nuestra jurisprudencia es precisamente el esfuerzo, técnico y en términos de medios, que requiere la persecución de este delito.

Por otra parte, el hecho de que los acusados hayan procedido a la confesión y hayan admitido los hechos desde un primer momento, resulta, a mi juicio, fundamental. Y es que, de no haber sido así, y haber negado la mayor, habría tenido lugar una instrucción desde luego compleja. Piénsese que en los casos en que se nieguen los hechos, habiendo sucedido éstos en el extranjero, es previsible que sea necesaria la colaboración de las autoridades del Estado en que sucedieron para la celebración del juicio en España. Serían indispensables comisiones rogatorias, comparecencias de altos cargos del otro Estado, aun en calidad de testigo (lo cual es susceptible de generar enormes presiones diplomáticas), solicitudes de extradición de los españoles que se encuentren en aquellos territorios, ya que no ha lugar sentencia en rebeldía en este caso a la vista del marco penológico. Así, la complejidad y el carácter internacional a que se ve abocado este tipo de proceso es otro impedimento para su persecución.

Por último, parece que la Fiscalía se muestra más condescendiente con este tipo de delitos que con otros. Digo esto porque, sin entenderse muy bien porqué, el Ministerio Fiscal, en su calificación, aplica una condición atenuante analógica muy cualificada por confesión, que reduce la pena (a pesar de ser el soborno considerable, de 70.000€, pudiendo calificarse incluso a mi juicio por vía del 286 quáter). Esto parece responder a un acuerdo a pie de estrado para lograr la conformidad, pero permitiendo la suspensión del ingreso en prisión, algo a lo que el Ministerio Fiscal no se presta tan fácilmente en otros delitos (piénsese en violencia de género, delitos contra la salud pública, etc.). Además, el hecho de que en la actualidad existan dos procedimientos en curso sobre la materia (véanse las diligencias previas aducidas al principio), tampoco es revelador, a pesar de lo que pudiera parecer, de un cambio de tendencia. Al fin y al cabo, ambas diligencias traen causa de una comisión rogatoria de un tribunal de Luxemburgo, que es donde, de primeras, aparentemente, se promovió la persecución de la práctica posiblemente corrupta, no en España.

14. Conclusión

A la vista de lo expuesto hasta el momento, resulta claro que, desde un punto de vista de estricto derecho material existen en España dos instrumentos que permiten colaborar con la erradicación de la corrupción transnacional, con especial incidencia en países en vías de desarrollo (los tipos generales de cohecho y el artículo 286 ter CP). Ambas vías pretenden salvaguardar el buen funcionamiento de la Administración Pública, si bien esto se realiza con carácter tangencial y subsidiario a la protección del mercado de inversiones internacional en el artículo 286 ter CP. En cualquier caso, conforme a derecho material quedarían en principio abarcadas todas las modalidades de cohecho: activo, pasivo, propio e impropio, con independencia de su sucesión en el seno de transacciones económicas internacionales.

Ahora bien, el Derecho procesal vigente impide ventilar la responsabilidad penal oportuna cuando los hechos son calificados por vía de los tipos generales de cohecho y suceden en el extranjero. Esto emplaza en una situación de pseudo-

atipicidad a un buen número de prácticas, como el cohecho pasivo, el activo impropio (a pesar de que se pueda inferir la existencia de promesa en estos casos) e incluso el activo propio que no sucede en el seno de transacciones económicas internacionales; y fuerza la resolución de un concurso de leyes de manera irregular por parte de las posibles acusaciones, atendiendo a cuestiones de puro pragmatismo procesal.

De las dos vías, una resulta por tanto estéril, lo que pone de manifiesto la imperante necesidad de reforma de la LOPJ en esta materia. La otra (del artículo 286 ter CP), que castiga la corrupción cuando consiste en un cohecho activo propio en el seno de transacciones económicas internacionales, resulta al contrario plenamente habilitada. Pero se trata de una vía no exenta de polémica, como se ha visto para el caso de los pagos de facilitación, que ataja una corrupción muy específica y está abocada a un *íter* procesal ciertamente tortuoso.

Esto, sumado a una aparente falta de concienciación social que parece incluso afectar a los operadores jurídicos, provoca que la vía de castigo que sí se encuentra habilitada esté tan disponible como incorrupta, en tanto que inutilizada. Así, otras medidas metajurídicas de concienciación social, revisten prácticamente la misma urgencia que las que conviene acometer en el Derecho.

Bibliografía

- Alcalá Pérez-Flores, R. (2006). La corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales. *Boletín Del Ministerio De Justicia*, 60, pp. 207-216.
- Bedoya Rivera, J.A. (2016). Delito de soborno transnacional, antecedentes, consideraciones sobre el bien jurídico y estructura típica, pp. 1-57. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/11570/JohnAlexander_BedoyaRivera_2016.pdf?sequence=2
- Benito Sánchez, C.D. (2008). Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción. *Iustitia*, 6, pp. 7-38.
- Benito Sánchez, C.D. (2013). Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el derecho penal alemán. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 15(4). Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>
- Benito Sánchez, C.D. (2015). Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Estudios De Deusto*, 1, 63, pp. 205-228.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016). Corrupción y derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del código penal. *Cuestiones Actuales De Derecho Penal*, 37, pp. 35-90.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2018). Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14, pp. 310-321.
- Fabián Caparrós, E. A. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Faraldo Cabana, P. (2012). ¿Se adecúa el derecho penal español al convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?: avance de resultados de la evaluación en fase 3. *Boletín Del Ministerio De Justicia*, 66, 2148, pp. 1-20.

- Fernández Martínez, J. M. y Azagra Solano, M. (2012). *Diccionario jurídico* (6ª ed.). Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Galán Muñoz, A. (2016). Globalización, corrupción internacional y derecho penal: una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 36, pp. 605-661.
- Goenaga Olaizola, R., Landa Gorostiza, J.M., Ferrer García, A., Quintero Olivares, G., Uncilla Galán, I., Esquiú Hernández, N., Otero González, P. (2016). La reforma del código penal a debate. *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12. Duestio: Uinversidad de Deusto.
- Heimann, F., Földes, Á. y Báthory, G. (2014). Exporting corruption, progress report 2014: Assessing enforcement of the OECD convention on combating foreign bribery. Recuperado de: https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre?e=2496456/9826003
- Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral De Políticas Públicas En Materias Penales*, 3. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713983
- Kolodkin, R. A. (2008). *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del estado*. Documento A/CN.4/631. Oficina de Asuntos Jurídicos, Organización de las Naciones Unidas, pp. 163-200. Recuperado de http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_601.pdf
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez V. (2017). *Derecho procesal penal* (8ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho penal: Parte general* (9ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal: Parte especial* (21ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Otero González, M.P. (2016). Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP). En M. Villoria Mendieta, J. M. Gimeno Feliú, J. C. Tejedor Bielsa (Dir.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 451-496). Barcelona, España: Atelier.
- Remiro Brotons, A. (2007). *Derecho internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Torres Fernández, M.E. (2013). Marco normativo internacional contra la corrupción. En L. Morillas Cueva. (dir.), *Urbanismo y corrupción política* (pp. 163-192), Madrid, España: Dykinson.
- Trejejo Núñez, J.L. (2009). *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://gredos.usal.es/handle/10366/122176>

Reflexiones en torno al fallido referéndum en Rumanía sobre el matrimonio homosexual

Reflections on the failed same-sex marriage referendum held in Romania

Daniel López Rubio
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-2718-4906
daniel.lopez@uc3m.es

Cita recomendada:

López Rubio, D. (2019). Reflexiones en torno al fallido referéndum en Rumanía sobre el matrimonio homosexual. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 166-181.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5010>

Recibido / received: 23/02/2019
 Aceptado / accepted: 09/07/2019

Resumen

En octubre de 2018, Rumanía celebró un referéndum sobre la prohibición constitucional de los matrimonios del mismo sexo, que había sido previamente respaldada por amplia mayoría en la Cámara de Diputados y el Senado. La convocatoria de la consulta hizo aflorar las ya habituales críticas hacia la institución referendaria, haciéndose hincapié en la inconveniencia de su empleo para dirimir cuestiones relativas a los derechos e intereses de grupos sociales vulnerables. El presente trabajo analiza, a la luz de la experiencia rumana, estas críticas, exponiéndolas a las contradicciones e interrogantes que generan cuando son planteadas sin mayor precisión. Se intenta, así pues, comparar las virtudes del foro parlamentario y el referéndum como instrumentos de decisión, y se insiste en la necesidad de especificar el tipo concreto de consulta popular empleada en cada caso. Finalmente, se argumenta la conveniencia de preservar los referendos como cauce decisivo en el procedimiento de reforma constitucional, subrayando las complicaciones que sin embargo puede ofrecer de cara a su ulterior revisión jurisdiccional.

Palabras clave

Referéndum, democracia directa, reforma constitucional, derechos fundamentales, matrimonio homosexual.

Abstract

In October 2018, Romania held a referendum on the ban of same-sex marriages, which indeed had got the support of a wide majority in the Chamber of Deputies and the Senate. The call for this referendum generated the usual criticism towards the institution of the referendum itself, that points out its inconvenience when it comes to dealing with issues regarding minorities' rights. Drawing on the Romanian experience, this paper analyses that criticism by going through the contradictions and questions that arise when it is vaguely expressed. The purpose is to compare the advantages of a parliamentary forum and referendums as decision-making tools and to insist in the need of clarifying the specific kind of popular consultation that is to be used. Finally, the writer argues in favor of preserving referendums as decisive means in the process of constitutional reform, stressing however the drawbacks that may eventually arise in case of a judicial review.

Keywords

Referendum, direct democracy, constitutional reform, fundamental rights, same-sex marriage.

SUMARIO. 1. El referéndum rumano sobre la prohibición constitucional del matrimonio homosexual. 2. La debatida conveniencia del referéndum como instrumento para decidir sobre los derechos de grupos desfavorecidos. 2.1. Referéndum vs. foro parlamentario. 2.2. Referéndum sustitutivo vs. referéndum complementario. 3. Las dificultades que plantea el referéndum complementario constitucional. 3.1. La conveniencia de los referendos complementarios constitucionales. 3.2. La dificultad del control judicial de las reformas ratificadas en referéndum. 3.3. Las bondades del control previo en la reforma constitucional. 4. A modo de conclusión.

1. El referéndum rumano sobre la prohibición constitucional del matrimonio homosexual

Los días 6 y 7 de octubre de 2018 Rumanía celebró una consulta referendaria en que los ciudadanos debían expresar su postura favorable o contraria a la prohibición constitucional de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Mientras que en la actualidad el artículo 48 de la Constitución del país establece que «la familia se basa en el matrimonio libremente acordado entre los cónyuges», la reforma proyectada trataba de sustituir la genérica apelación a los cónyuges por la más específica y excluyente «entre un hombre y una mujer».

La modificación pretendía, pues, incluir a Rumanía en el grupo de países europeos que prohíben directa y expresamente en su Constitución la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio (Bulgaria, Lituania, Bielorrusia, Moldavia, Ucrania, Polonia, Letonia, Serbia, Montenegro, Hungría, Croacia, Eslovaquia y Armenia).

El proceso comenzó en 2016, cuando la Coalición por la Familia –una federación de asociaciones de signo conservador vinculadas a la Iglesia Ortodoxa– inició un proceso de recogida de firmas para forzar al Parlamento a tramitar la cuestión. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre en España, los ciudadanos

rumanos tienen la posibilidad de iniciar un proceso de revisión constitucional a través de la recogida de 500.000 firmas¹.

Los promotores superaron ampliamente el umbral exigido, presentando ante las autoridades nada menos que tres millones de firmas. De este modo se puso en marcha el procedimiento de reforma, cuyo éxito pasaba a depender de la aprobación del texto propuesto por mayoría de dos tercios en las dos Cámaras que componen el Parlamento rumano –Cámara de Diputados y Senado– y de su ulterior ratificación en referéndum.

Resulta imprescindible señalar que la Constitución rumana –también a diferencia de la española– presenta algunas cláusulas de intangibilidad. Así, el artículo 152 de la misma indica que lo relativo al carácter independiente, unitario e indivisible del Estado rumano, así como la forma republicana de gobierno, la integridad territorial, la independencia de la justicia, el pluralismo político y la lengua oficial no pueden ser objeto de revisión. Igualmente, y en lo que a nosotros respecta, el artículo establece en su segundo apartado que no será posible emprender ninguna reforma que suponga supresión de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.

Para garantizar el cumplimiento de los límites expuestos, el ordenamiento rumano prevé la participación del Tribunal Constitucional. Efectivamente, todas las iniciativas de revisión constitucional deben ser verificadas en un plazo máximo de diez días por el Alto Tribunal antes de su remisión al Parlamento para su tramitación².

Así pues, el Tribunal Constitucional intervino de oficio, concluyendo en su Decisión núm. 580, de 20 de julio de 2016, que la reforma propuesta no afectaba a los límites dispuestos. En opinión del Tribunal la sustitución de la expresión «entre los cónyuges» por «entre un hombre y una mujer» no supondría la supresión del derecho, sino una alteración en sus condiciones de ejercicio. En conclusión, la propuesta podía iniciar su tramitación parlamentaria.

El 9 de mayo de 2017 la iniciativa ciudadana cosechaba su primer éxito. La Cámara de Diputados daba luz verde a la reforma con 232 votos a favor, 22 en contra y 13 abstenciones (de un total de 329 diputados). El 11 de septiembre de 2018 el Senado culminaba su estudio de la propuesta, resultando también la votación exitosa: 107 votos a favor, 13 en contra y siete abstenciones (de un total de 136 senadores).

En este punto el ordenamiento rumano exige una nueva intervención del Tribunal Constitucional, con el fin de verificar que el contenido de la reforma efectivamente aprobada respeta los límites constitucionalmente establecidos³. Constatando que la ley de revisión era idéntica al proyecto inicialmente planteado, el Tribunal no puso reparo alguno en su Decisión (la núm. 539 de 2018). De este modo, la iniciativa ciudadana alcanzaba la última etapa: el referéndum.

Como decíamos al comienzo, la votación popular se celebró el fin de semana comprendido por los días 6 y 7 de octubre de 2018. Fue aquí donde la propuesta descarriló, al no alcanzar el umbral necesario de participación. Según el artículo 5.2 de la Ley sobre la organización y realización del referéndum, una consulta solo es válida si en ella participan, al menos, el 30% de los ciudadanos con derecho a voto. En esta ocasión votaron 3.857.308 personas, lo que supone poco más del 21% del

¹ Artículo 150.1 de la Constitución de Rumanía.

² Artículo 19 de la Ley n. 47 de 1992, sobre la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional.

³ Artículos 23 de la Ley n. 47 de 1992 y 6 (apartados 3 y 4) de la Ley n. 3 de 2000, sobre la organización y realización del referéndum.

censo. Por consiguiente, la reforma aprobada por las Cámaras no pudo entrar en vigor.

Conocidos los hitos esenciales del procedimiento seguido por la reforma planteada por la Coalición por la Familia, se abren ante nosotros diversos interrogantes. En estas líneas pretendo centrarme, exclusivamente, y sin negar el interés de otros aspectos más sustantivos, en los elementos formales del asunto. Dicho de otro modo, nuestro análisis pondrá el foco en el empleo de la institución referendaria para dirimir este tipo de reformas.

Cuando se convocó el referéndum en Rumanía, algunas voces políticas y periodísticas aprovecharon para afirmar la inconveniencia de someter a referéndum cuestiones sobre derechos fundamentales. Más concretamente, se subrayó la necesidad de que las cuestiones que afecten a los intereses de grupos desfavorecidos (mujeres, minorías étnicas, colectivo LGTBI, etc.) fueran siempre resueltas por las autoridades representativas, negando cualquier espacio a la decisión vía referéndum. En mi opinión estas tesis merecen ser discutidas, pues cuando se prescinde de las simplificaciones y los prejuicios, generan no pocos interrogantes e incoherencias. A ello dedicaremos el segundo apartado.

En el tercero trataremos someramente la interesante cuestión del control de las reformas constitucionales por la justicia constitucional, poniendo el foco en sus complejidades teóricas y prácticas, y resaltando las bondades que un sistema preventivo como el rumano ofrece.

2. La debatida conveniencia del referéndum como instrumento para decidir sobre los derechos de grupos desfavorecidos

¿Es razonable afirmar que el referéndum debe ser excluido de todo proceso decisorio donde estén en juego derechos e intereses de grupos desfavorecidos? Considero imposible responder a esta pregunta sin antes reflexionar brevemente sobre dos cuestiones: i) ¿es el referéndum un peor instrumento de decisión que el foro parlamentario?; ii) ¿ante qué tipo de referéndum concreto estamos? Veamos cada una de ellas separadamente.

2.1. Referéndum vs. foro parlamentario

Resultaría imposible sortear los evidentes obstáculos que ofrece el debate aquí planteado si se prescinde del obligado análisis comparativo entre referéndum y Parlamento como procedimientos de decisión pública. Para tal fin, y como siempre que quiera confrontarse la valía de dos procedimientos decisorios, debemos tener en cuenta aspectos intrínsecos e instrumentales⁴. En los primeros se valoraría únicamente la legitimidad estructural propia de cada procedimiento, mientras que los segundos plantearían la necesidad de atender a los resultados finales obtenidos a resultas de su empleo.

Comencemos por la cuestión intrínseca. ¿Cuál de los dos procedimientos obtiene mejores calificaciones desde el punto de vista de la legitimidad estructural? Si partimos de la obviedad de que, en democracia, esta legitimidad ha de depender necesariamente de la capacidad de los ciudadanos de participar en aquellas decisiones que les afecten, la superioridad del referéndum es difícilmente discutible.

⁴ En defensa de este binomio se sitúan, entre otros, Rawls (1999, p. 194) o Beitz (1989, pp. 95-96).

A través de este procedimiento todos los ciudadanos tienen la posibilidad de participar de manera directa e igual expresando su parecer. En el foro parlamentario no podrán participar ellos, sino los representantes previamente designados.

Mucho más compleja es la reflexión en torno al eje instrumental. Una determinación epistemológica ha de tener siempre presente, como acertadamente indicaba Nino, dos elementos cruciales: la deliberación y la participación en la decisión final⁵. Detengámonos en cada una de ellas.

La deliberación es un concepto que plantea muchos matices. Más allá de su consideración simplista, que pasaría por la apreciación ponderada y racional de los diversos factores en juego en una decisión, Chambers invita a diseccionar el concepto planteando dos versiones: la monológica y la dialógica (2001, pp. 232-233). La primera, en efecto, supondría la reflexión pausada de cada elector, desterrando el empleo de factores pasionales, impulsivos o prejuiciosos. Por su parte, la versión dialógica plantearía la necesidad de entrar en discusión con el resto de sujetos afectados por la cuestión, planteándose un *feedback* capaz de sacar a la luz nuevos argumentos y perspectivas.

Pues bien, desde el aspecto estrictamente monológico resulta difícil pensar que el procedimiento parlamentario pueda ser superior al referendario. Para concluir tal cosa deberíamos situarnos en la elitista consideración de que la reflexión de los parlamentarios electos por el pueblo es de mejor calidad que la emprendida por los ciudadanos. Es cierto que opiniones de este tipo nunca faltan. El propio Montesquieu afirmaba que el pueblo resulta admirable «cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad (...) Pero, en cambio, no sabría llevar los negocios ni conocer los lugares, ocasiones o momentos para aprovecharse debidamente de ellos» (2003, p. 50). Aunque pudiera pensarse que estas afirmaciones son cosa del pasado, aún en nuestros días pueden encontrarse análisis de tenor similar⁶.

En conexión con la supuesta falta de capacidad intelectual de los electores, se suele destacar también la gran complejidad de los asuntos discutidos en referéndum, junto con la enorme posibilidad de que los ciudadanos resulten engañados y manipulados por agentes como los medios de comunicación o las élites económicas y políticas. Todo ello sirve como argumento para defender el imprescindible empleo del mecanismo parlamentario como cauce decisorio⁷.

Los argumentos anteriores no son, sin embargo, convincentes. Y ello por una razón fundamental: son igualmente predicables de los procesos electorales en los que son elegidos los representantes parlamentarios. En efecto, en primer lugar, resulta absurdo menospreciar la capacidad de los electores para decidir por sí mismos acerca de determinadas cuestiones concretas y no hacerlo en relación con la elección de aquellos que luego habrán de decidir por ellos. En segundo lugar, las elecciones pueden llegar a ofrecer una complejidad mucho mayor que la propia de una votación referendaria, pues en ellas los ciudadanos deben manejar un vastísimo catálogo de

⁵ En este sentido, y dentro de sus reflexiones sobre la confrontación entre el procedimiento judicial y el legislativo, Nino afirmaba: «la discusión generalizada, amplia y abierta, y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes» (1989, pp. 86-87).

⁶ Por situar un ejemplo, Laporta (2016) afirma: «Pasada por el filtro de los medios, decentes e indecentes, whatsapps, SMS, tuits y demás simplismos, esta supuesta variante de la democracia acaba por generar un veredicto político deformado por la ignorancia, la información sesgada, y la alteración emocional».

⁷ Véase De Carreras (2017, p. 44).

propuestas de partidos muy diversos en ámbitos temáticos heterogéneos⁸. En último lugar, los intentos de manipulación y engaño estarán igualmente presentes en las elecciones, máxime si recordamos que en ellas se dirime un objetivo de vital importancia: el control de los resortes del poder político durante los años sucesivos. Resulta inevitable, pues, que en ambos procesos partidos políticos⁹, medios de comunicación y élites sociales y económicas jueguen un importante papel. En consecuencia, negar la existencia de un grado suficiente de deliberación monológica en las campañas previas a los referendos resulta un juicio excesivamente severo.

En ocasiones se apela, en todo caso, a la posibilidad de que los representantes obtengan información técnica de valor a través de la participación en sede parlamentaria de diversos expertos. Es decir, no se partiría de una superioridad intelectual del representante en relación con el representado, sino de la mayor y mejor información disponible con la que el primero formaría su opinión. Tal vez haya algo de cierto en que el proceso decisorio del parlamentario se encuentra más nutrido de información técnica relevante que el propio de los ciudadanos, pero creo que dos motivos nos obligan a no idealizar este aspecto. En primer lugar, es dudoso que los representantes en el Parlamento formen siempre su opinión en base a las consideraciones técnicas de aquellos que les asesoran. Es evidente que en muchas ocasiones las decisiones vienen dictadas desde las cúpulas de los partidos, sin que el parlamentario tenga margen para reflexionar sobre las implicaciones de los informes técnicos recibidos. En segundo lugar, no parece razonable excluir la posibilidad de que este tipo de información sea facilitada a los ciudadanos en la campaña previa a un referéndum¹⁰. Podrá decirse que esa documentación es más o menos accesible para el entendimiento ciudadano¹¹, pero si partimos de la igual consideración intelectual representante-representado ello sería igualmente predicable del supuesto en que su receptor es el parlamentario.

Desde la perspectiva dialógica la cuestión es mucho más discutible. Una de las principales críticas que recibe la institución referendaria es la relativa a su incapacidad intrínseca para lograr soluciones intermedias a través del diálogo y la transacción. Como cauce de decisión no hace más que generar una polarización entre dos alternativas, sin espacio para el logro de opciones de compromiso que maximicen la satisfacción de todos los interesados en la contienda (Aguiar de Luque, 1986, p. 9). En el referéndum, como cantaba *Abba*, «The winner takes it all». Tierney se ha referido a ello empleando la expresión «déficit deliberativo del referéndum» (2012, pp. 232-233).

En mi opinión, sin embargo, es posible expresar algunos matices a esta idea general. En primer lugar, es frecuente que las comparativas entre democracia semidirecta y democracia representativa adopten un sesgo optimista muy marcado en favor de esta última. Es decir, se pone el foco en los aspectos más negativos del referéndum mientras que se subrayan beneficios de la transacción parlamentaria ideal. Es evidente que este tipo de sesgos no ayudan a un análisis medurado y

⁸ De ahí el recurso habitual por parte de los electores a las técnicas heurísticas, como señalan Font y Gómez Fortes (2014, p. 222) o Simón Cosano (2016).

⁹ Aragón Reyes insiste en que las dos grandes versiones de la democracia, directa y representativa, comparten la indispensable participación de los partidos políticos, pues «en ambos modos se expresa directa y eficazmente, un “demos” cuya inevitable pluralidad necesita ser articulada» (2016, p. 23).

¹⁰ Como señala Sáenz Royo (2017, pp. 176-177), una precisa regulación del proceso referendario puede servir para garantizar niveles razonables de deliberación. Al respecto resulta esencial, en su opinión, la protección de un nivel adecuado de «información y transparencia a los ciudadanos».

¹¹ En este punto compartimos la opinión de Habermas (1998, p. 151), para el que «no hay ninguna cuestión tan especializada que, en la medida en que sea políticamente relevante, no se la pueda traducir al lenguaje común, y ello de forma tan adecuada que las alternativas manejadas por los expertos también puedan discutirse racionalmente en un espacio público mucho más amplio».

riguroso. Y ello porque los Parlamentos no representan siempre ese espacio de debate pausado, respetuoso y comprometido que estas visiones sesgadas asumen. Basta con imaginar cualquier situación en que un partido político alcanza una mayoría holgada: lo habitual es la imposición de proyectos e ideas sin mucha consideración por las posturas ajenas.

En segundo lugar, el referéndum puede también ofrecer márgenes para el acuerdo. A la hora de construir la propuesta que pretenda someterse a votación de los electores, por ejemplo, los promotores (sean institucionales o populares) probablemente querrán buscar el mayor acuerdo posible con los sectores implicados, pues ello contribuiría a incrementar las probabilidades de éxito en la activación de la consulta y en la aprobación de la medida. Por otro lado, si partimos de la evidencia de que la posición de los partidos políticos tiene un peso decisivo en la formación de la opinión de los ciudadanos, es perfectamente imaginable la suscripción de acuerdos entre diferentes formaciones en virtud de los cuales el apoyo hoy a una determinada consulta pueda ser cobrado en futuras votaciones parlamentarias o populares.

En tercer lugar, la deliberación cobra sentido como factor epistemológico cuando parte de la fidedigna consideración de los intereses de todos aquellos afectados por la medida discutida. En sede parlamentaria, sin embargo, es dudoso que este sea siempre el faro de los representantes. No es exagerado afirmar que en muchas ocasiones los debates giran más en torno a los intereses de los propios interlocutores –o de sus formaciones políticas– que a los de los ciudadanos. De hecho, en muchos estados de los Estados Unidos la instauración de mecanismos de democracia semidirecta a comienzos del siglo XX fue fruto de la constatación de que las Asambleas estaban controladas por los intereses particulares de bancos y compañías de ferrocarril (Haskell, 2001, p. 23).

En cuarto y último lugar, no debe desconocerse que la presencia del referéndum en el sistema político puede provocar una mayor tendencia a la deliberación y el acuerdo. La mejor experiencia al respecto es ofrecida por el caso suizo. En efecto, en la federación helvética la amplia disponibilidad de mecanismos de democracia semidirecta a través de los que poder controlar las decisiones parlamentarias ha provocado que los partidos políticos tiendan a forjar acuerdos de amplio espectro para evitar su cuestionamiento popular¹². Neidhart empleó, en este sentido, la imagen de la espada de Damocles pendiendo sobre toda la legislación aprobada por el Parlamento suizo¹³, forzando a construir mecanismos pre-parlamentarios para aminorar en lo posible el riesgo de que se active el veredicto ciudadano¹⁴.

Al margen de los cuatro matices apuntados, no puede desconocerse la existencia de ventajas estructurales del proceso parlamentario en lo relativo a la deliberación dialógica. En efecto, cuando fijamos la mirada en la concreta medida

¹² En palabras de Anduiza Perea (1993, p. 301), la tupida red de instrumentos referendarios implica «un alto riesgo para el resultado de los acuerdos formados por coaliciones mínimas ganadoras, por lo que las élites intentarán llegar a acuerdos que incluyan a la mayor parte de los partidos, organizaciones y agrupaciones, es decir, formar coaliciones amplias que permitan enfrentarse a la celebración de un referéndum con un aceptable grado de seguridad en cuanto al resultado». Véase también a este respecto Moeckli (2018, p. 338).

¹³ Extraigo la referencia de Kriesi (1995, p. 89).

¹⁴ En este sentido destacan las consultas con diversos actores políticos, económicos y sociales, que han encontrado incluso consagración a nivel constitucional (artículo 147 de la Constitución de la Confederación Helvética: «Los cantones, los partidos políticos y los colectivos interesados están invitados a pronunciarse sobre los actos legislativos importantes y sobre otros proyectos de gran alcance durante los trabajos preparatorios, así como sobre los tratados internacionales importantes»). Un interesante estudio sobre estas consultas se encuentra en Sánchez Ferriz (2015, pp. 353-376).

discutida, un referéndum solo permite posicionarse a favor o en contra, sin que sea posible articular terceras opciones de carácter intermedio. El foro parlamentario, sin embargo, ofrece a través de las enmiendas la posibilidad de llegar a posiciones mixtas donde todas las partes logren satisfacer de algún modo sus aspiraciones.

Además, el Parlamento genera un contacto cotidiano entre todos los representantes a él enviados, lo que garantiza no solo un mayor entendimiento hacia las posiciones ajenas, sino también un clima de transacción basado en la certeza de que los favores podrán ser devueltos el día de mañana en cualquiera de las múltiples votaciones –formales o sustantivas– que el sistema demandará. En el referéndum, como recuerda Chambers, ocurre todo lo contrario. Este mecanismo genera la percepción de que el ganador goza de una muy intensa autoridad, siendo su posición prácticamente inamovible en el corto y medio plazo (2001, p. 242). Ello lleva a los participantes a hacer todo lo posible por lograr la primacía, desconociendo todo incentivo de acuerdo y cooperación.

Así las cosas, no resulta irrazonable afirmar que desde un punto de vista dialógico el procedimiento parlamentario ofrece mayores virtudes que el referendario. Ello le otorgaría, en consecuencia, una posición más vigorosa en la faceta instrumental aquí considerada. Sin embargo, como ya se ha señalado con anterioridad, la cuestión epistemológica conecta también con la capacidad de participación de los afectados por la cuestión. Con toda lógica, se considera que la posibilidad de que todos los ciudadanos implicados puedan hacer oír su posición genera una mayor tendencia a la imparcialidad, y con ello a la obtención de resultados correctos o satisfactorios. Pues bien, en este ámbito la victoria del referéndum no es discutible, toda vez que otorga una capacidad universal de participación directa.

¿Es, por tanto, preferible el foro parlamentario o el referéndum? La respuesta está lejos de resultar clara. En la faceta intrínseca y en el componente participativo de la instrumental el referéndum parece obtener ventaja. No ocurre lo mismo con el ámbito deliberativo-dialógico, donde el mecanismo parlamentario ofrece unas posibilidades desconocidas para una consulta popular directa. A partir de aquí la conclusión reside en una zona de grises donde la mayor o menor importancia que otorguemos a cada campo resultará decisiva. A nuestros fines es suficiente con destacar el hecho evidente de que todos aquellos análisis simplistas que menosprecian las virtudes del referéndum permiten mucho margen de discusión.

2.2. Referéndum sustitutivo vs. referéndum complementario

Otro error muy frecuente en las críticas a los referendos como mecanismos de decisión es la ausencia de distinción entre sus muy diferentes configuraciones. Esta carencia, como veremos, ha estado también presente en los comentarios en torno al referéndum rumano.

En efecto, el referéndum puede asumir posiciones muy diversas, sin que sean predicables los mismos déficits de cada una de ellas. En lo que ahora interesa, vamos a distinguir dos grandes modalidades: el referéndum sustitutivo y el complementario¹⁵. El primero puede ser definido como aquel en el que los ciudadanos se pronuncian sobre una determinada cuestión operando un *bypass* completo a las instituciones representativas. Dicho de otro modo, los electores son capaces por sí mismos de llevar un determinado asunto al veredicto de las urnas sin necesidad –ni posibilidad– de que el Parlamento actúe en modo alguno. Por el contrario, hablamos de

¹⁵ La nomenclatura la tomo de un estudio clásico de Eule (1990, p. 1525).

referéndum complementario cuando la votación popular no viene más que a ratificar o vetar una previa decisión adoptada por las autoridades representativas.

Encontramos un buen ejemplo de referéndum sustitutivo en las iniciativas directas y los referendos populares presentes en muchos estados de los Estados Unidos¹⁶ y en todos los cantones suizos. En ambos sistemas los ciudadanos ostentan la capacidad de activar la convocatoria de una consulta, sin intervención parlamentaria alguna, a través de la recogida de un determinado número de firmas. También puede calificarse de sustitutivo el referéndum abrogativo italiano, en el que basta con recabar 500.000 firmas para que se active una votación sobre la derogación de una norma legal en vigor. En España, como es sabido, una enmienda del profesor Solé Tura condujo a la supresión de un mecanismo similar al italiano contemplado en el artículo 85 del Anteproyecto de Constitución creado por la ponencia¹⁷.

El ejemplo más habitual de referéndum complementario se encuentra en el ámbito de la reforma constitucional. Muchos países, entre los que podemos situar a Francia, Italia o España, exigen que la revisión de su texto supremo pase, tras la aprobación parlamentaria, por una vinculante intervención del cuerpo electoral.

Así pues, la diferencia entre las modalidades expuestas pasa por la presencia o ausencia del Parlamento en el proceso decisorio. Mientras que en el referéndum sustitutivo los ciudadanos lograrían alterar el ordenamiento jurídico sin necesidad de aprobación por parte de sus representantes, en el referéndum complementario el cuerpo electoral ejerce un control sobre el Parlamento limitado a la ratificación o el rechazo de lo previamente acordado en él. La distinción, como puede fácilmente intuirse, genera consecuencias de calado en el asunto aquí tratado. Carece de sentido afirmar la inconveniencia de emplear el referéndum para determinadas temáticas cuando la intervención ciudadana es meramente complementaria de la actividad parlamentaria. En efecto, las críticas deberían centrarse en el empleo *exclusivo* de la institución referendaria como mecanismo para forjar decisiones en aspectos especialmente sensibles o complejos de la realidad social. En el supuesto de que se produzca un referéndum complementario ninguna de las virtudes deliberativas que aporta el foro parlamentario habrán sido obviadas. De hecho, la medida finalmente adoptada aglutinará tales virtudes con las mayores credenciales participativas que ofrece la democracia semidirecta.

En el supuesto rumano se han obviado estas reflexiones. ¿Qué sentido tiene hablar de error en el sometimiento al electorado de una cuestión que afecta a los intereses del colectivo LGTBI cuando ha sido el Parlamento quien ha tramitado, debatido y votado previamente sobre el asunto? De hecho, aquellos que achacan al referéndum un mayor riesgo de lesión de los intereses de grupos sociales desfavorecidos tienen difícil explicar cómo una medida excluyente como la prohibición constitucional de los matrimonios entre personas del mismo sexo logró reunir una mayoría parlamentaria extraordinaria (dos tercios de ambas Cámaras) mientras que entre la ciudadanía rumana despertó simplemente indiferencia. No parece que los

¹⁶ Los estados que contemplan algún tipo de referéndum sustitutivo son: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Florida, Idaho, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Ohio, Oklahoma, Oregon, Utah, Washington y Wyoming.

¹⁷ El primer apartado del proyectado artículo 85 decía: «La aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y *la derogación de leyes en vigor*, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos». La iniciativa de este referéndum derogatorio se confería, además de al Gobierno, a las Cámaras y a tres Asambleas autonómicas, a 750.000 electores. El texto del anteproyecto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, de 5 de enero de 1978.

ciudadanos sean tan egoístas ni los representantes parlamentarios tan reflexivos como algunas corrientes elitistas tratan de hacernos ver.

En definitiva, si de la comparación entre el foro parlamentario y el referéndum como mecanismos de decisión extrajáramos una clara inferioridad del segundo, la limitación de su empleo en determinados asuntos debería partir del hecho de que no siempre que intervenga el electorado ello supondrá dejar de lado las bondades que nos ofrece el Parlamento. Dicho de otro modo, deberíamos hablar de limitación del referéndum *sustitutivo*, y no del referéndum *in genere*.

3. Las dificultades que plantea el referéndum complementario constitucional

Otra reflexión que podemos extraer del episodio rumano tiene que ver con el posicionamiento frente a los referendos complementarios de reforma constitucional. Y ello en tres aspectos esenciales: i) su conveniencia; ii) la dificultad del control judicial de las reformas ratificadas en referéndum; y iii) las bondades al respecto del control previo. Veamos cada una de ellas.

3.1. La conveniencia de los referendos complementarios constitucionales

Es posible que de la ejecución de la comparativa intrínseca e instrumental entre el procedimiento parlamentario y el referendario alguien pretenda deducir la necesidad de construir todo el edificio político-constitucional en torno al Parlamento, vetando el empleo del referéndum por considerarlo un instrumento muy inferior en sus capacidades y virtudes. Un juicio tal, en mi opinión, significaría ignorar las indiscutibles victorias parciales que el referéndum obtiene en la comparación en el eje intrínseco y en el componente participativo del eje instrumental. Pese a todo, si se parte de la importancia de la deliberación dialógica en democracia, estas valoraciones deben ser respetadas como razonables.

Ello conduciría, pues, a eliminar toda posibilidad de apelar al electorado de manera directa, especialmente si ello sirve para circunvalar la actuación parlamentaria. Pero ¿habría de sobrevivir la institución como parte imprescindible del proceso de reforma constitucional? En nuestra opinión, sí. Aunque no se asuman las consideraciones del poder de reforma constitucional como poder constituyente sino constituido, y por tanto se afirme que el pueblo no participa en el proceso en tanto soberano sino en tanto cuerpo electoral –sometido a normas y límites– su intervención resulta imprescindible por varios motivos.

En primer lugar, por una cuestión básica de coherencia con el modo en que normalmente son elaborados los textos constitucionales. Carece de sentido que una norma que ha sido creada con la participación del pueblo a través de referéndum pueda modificarse dejando a éste a un lado. Como expone Cebrián, «es difícilmente justificable que se dé por supuesto el requisito de la participación popular en referéndum para aprobar una Constitución y no se dé igualmente por supuesta la necesidad de tal participación para introducir cambios en esa Constitución» (2017, p. 93).

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, por la importancia de la operación en sí misma. Estamos hablando de la modificación de la norma suprema, aquella que determina los límites que deberán respetar los poderes públicos, incluso aunque sus titulares ostenten legitimidad democrática directa. Una norma que establece los derechos y libertades esenciales de todos los ciudadanos, sin los que

la democracia no sería tal. No parece razonable poder operar cambios en un texto tan relevante sin que los ciudadanos puedan emitir su opinión al respecto.

Finalmente, por constituir un mecanismo de control de la acción de los representantes. En efecto, como señala De Vega, precisamente por entender el poder de reforma como un poder sujeto a límites, no soberano, tiene sentido permitir que el pueblo diga la última palabra. Empleando los acertados términos del maestro, «el fundamento y la grandeza de la institución radica en la pretensión de evitar que la voluntad del pueblo, expresada a través de las Asambleas, pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única voluntad». En consecuencia, «el referéndum aparece como institución de garantía y protección de las minorías, que se inserta en el juego de los *checks and balances*, de los frenos y contrapesos, en que descansa el Estado constitucional representativo» (2011, p. 119). El mecanismo referendario sirve, pues, como obstáculo ante un Parlamento que pueda sentir la tentación de considerarse soberano en su acción de reforma¹⁸.

Si asumimos estos argumentos como válidos, carece de sentido criticar que un referéndum de reforma constitucional pueda pronunciarse sobre cuestiones determinadas, por más que afecten a intereses de determinados grupos. Esto es lo que ha ocurrido en Rumanía. Se censura el empleo del referéndum para decidir sobre los derechos del colectivo LGTBI, pero se hace olvidando que la consulta constituye un elemento imprescindible dentro del proceso de modificación constitucional. Así pues, por más oportuno que se considere reducir el empleo del referéndum en el sistema político por sus déficits frente al procedimiento parlamentario, cuando hablamos de reformar el texto constitucional deben considerarse todos aquellos argumentos que defienden su importancia a la hora de emprender una operación de tan elevado alcance.

3.2. La dificultad del control judicial de las reformas ratificadas en referéndum

Aunque se parta de la necesaria distinción entre poder constituyente y poder de reforma, y por tanto de la necesaria sujeción del segundo a límites jurídicos, lo cierto es que la implementación de un control judicial sobre una modificación del texto supremo ratificada en referéndum supone dificultades de gran importancia.

Cambiar las disposiciones constitucionales es una operación compleja cuya realización, por imperativo de la propia Constitución, exige la superación de una serie de requisitos procedimentales, normalmente más rigurosos que aquellos previstos para la aprobación o modificación de un texto meramente legal. Parece ineludible, para poder hablar de carácter normativo de la Constitución, la articulación de un mecanismo jurisdiccional encargado del control del cumplimiento de tales exigencias. De lo contrario, como decía De Vega, «la problemática de la reforma (...) quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional» (2011, p. 296). Por ello, parece razonable entender que la facultad de que el órgano de justicia constitucional verifique el

¹⁸ Empleando las palabras de Carré de Malberg (2014, p. 302): «parece claro que la ley constitucional debe ser considerada jurídicamente como una obra del Pueblo; y así, va de suyo que ni la iniciativa ni la conclusión de su reforma dependería de la voluntad exclusiva de las mayorías de las dos Cámaras, por más que estuvieran de acuerdo para emprender y llevar a cabo esta reforma». Sobre esta base, Sáenz Royo (2018, p. 151) sostiene que «si bien el carácter obligatorio del referéndum constitucional puede ser en teoría excluido, resulta poco coherente con la teoría del poder constituyente y con el fundamento último de todo régimen democrático el no reconocimiento (...) del referéndum facultativo a iniciativa popular sobre cualquier reforma constitucional aprobada por el Parlamento».

cumplimiento del procedimiento exigido para la reforma se encuentra implícita en sus atribuciones.

La participación del electorado en el procedimiento de reforma, sin embargo, complica con creces la situación. Aunque éste no interviene en calidad de poder constituyente, sino de poder constituido –no otra cosa puede afirmarse bajo la vigencia de la Constitución–, es evidente que el control judicial deviene extraordinariamente complicado en términos políticos. Precisamente por la errónea percepción de que el pueblo es siempre sujeto soberano –entiéndase, ilimitado–, la anulación de una reforma constitucional aprobada por los ciudadanos plantea muchos problemas desde la perspectiva práctica.

Pero, además de tal complejidad práctica, emerge una teórica. La norma de reforma habrá sido aprobada por dos instancias con gran legitimidad –Parlamento y electorado–, mientras que el control será ejecutado por un órgano que, por lo general, no es elegido directamente por los ciudadanos. Esto nos evoca el clásico problema de la dificultad contra-mayoritaria de la que hablaba Bickel (1986, p. 16), elevado a su máxima expresión. La combinación de ambos tipos de dificultades puede llevar al órgano de justicia constitucional a limitar su intervención a aquellos vicios procedimentales más graves, quedando sin consecuencias los más leves o moderados.

Mismos problemas plantea el control cuando se enfoca desde una perspectiva sustantiva y no formal. Algunos ordenamientos constitucionales, como sabemos, disponen una serie de límites materiales a la reforma. Francia e Italia, por ejemplo, impiden alterar «la forma republicana de Gobierno». Alemania prohíbe que la reforma afecte a la organización del Estado en Länder, al principio de participación de éstos en la creación legislativa, o a principios como el de dignidad humana. Rumanía, como expusimos *supra*, declara intocables el carácter independiente, unitario e indivisible del Estado rumano, la forma republicana de gobierno, la integridad territorial, la independencia de la justicia, el pluralismo político o la lengua oficial.

Pues bien, ¿qué ocurre si un país con cláusulas de intangibilidad, con la participación directa de su electorado, aprueba una reforma constitucional que transgrede tales límites? Es habitual escuchar que en este supuesto el órgano de justicia constitucional nada podría hacer, pues la norma aprobada pasa a integrar el marco constitucional que debe aplicar tal órgano¹⁹. En mi opinión estas apreciaciones no son acertadas, pues lo que se trata de dirimir, precisamente, es si la norma aprobada ha logrado o no integrarse legítimamente en el cuerpo constitucional. El poder de reforma ha sido habilitado para modificar la Constitución, pero respetando una serie de límites. La previsión de éstos resultaría absurda si se permitiera que la norma de reforma alcanzara el estatus constitucional cuando se han superado los marcos de la habilitación. Nos encontraríamos ante un supuesto de *ultra vires* que bien justifica la intervención de la justicia constitucional.

Sin embargo, aunque el obstáculo anteriormente señalado se considerara solventado por los argumentos ofrecidos, la práctica jurídica plantea otros de no menor importancia. En efecto, los límites materiales a la reforma suelen estar planteados en términos muy amplios y abstractos, lo que dificulta el control judicial por motivos evidentes. Cuando la obra de un legislador democrático resulta judicialmente anulada por transgredir un límite constitucional de gran precisión –piénsese en una ley que permite la detención de personas durante semanas, excediendo las 72 horas previstas a nivel constitucional– no se plantea ningún

¹⁹ En esta línea, entre otros, Requejo Pagés (1998, pp. 102-104) o Torres del Moral (1992, p. 202).

conflicto en términos democráticos. Por el contrario, cuando la anulación se apoya en cláusulas de gran indeterminación como pueden ser el principio de dignidad humana, los valores democráticos o la integridad del Estado, el hecho de que un órgano judicial corte el paso a instancias de mayor legitimidad democrática puede resultar muy conflictivo²⁰.

Por todo lo expuesto, es altamente probable que la justicia constitucional decida no implicarse demasiado en una operación de control que tenga por objeto una norma de reforma constitucional ratificada por los ciudadanos en referéndum. El riesgo de que emerjan tensiones sociopolíticas de gran magnitud es especialmente elevado.

3.3. Las bondades del control previo en la reforma constitucional

El principal riesgo de lo inmediatamente expuesto es que las autoridades representativas acudan al referéndum constitucional como elemento de blindaje frente a reformas constitucionales de dudoso encaje con los límites procedimentales o sustantivos previstos. Así ocurrió en la Francia de 1962, donde el General De Gaulle procedió a reformar la Constitución –para instaurar la elección por sufragio universal del Jefe del Estado– a través de un simple referéndum, obviando la necesaria participación de las Cámaras que exige el texto de 1958. El Consejo Constitucional no pudo sino declararse incompetente para juzgar la norma de reforma²¹, pues lo contrario hubiera supuesto el suicidio de la institución, todavía con muy escaso arraigo.

La mejor solución a este problema pasa por la instauración de un mecanismo de control judicial previo como el existente en Rumanía. El órgano de justicia constitucional debería tener la capacidad de verificar la propuesta de reforma antes de que el cuerpo electoral se pronuncie en referéndum. Con ello se evitaría su sometimiento a niveles insoportables de tensión política y, además, se sortearían los reparos de aquellos que insisten en que una norma de reforma no puede verificarse por integrar, desde su aprobación, el canon constitucional.

Pedro Cruz Villalón ha entendido que el control previo implica escoger «un mal menor». Y ello por dos motivos: i) «por lo que tiene de interferencia en el proceso legislativo por parte de un órgano extraño al mismo»; y ii) «por sus posibilidades de actuar más desembarazadamente que cuando se ejerce sobre el Derecho existente» (1981, p. 8). El primer apunte es cierto. La justicia constitucional pasaría a intervenir en el momento que media entre las dos fases que tendría el procedimiento legislativo: la aprobación por el Parlamento y la celebración del referéndum. No obstante, ello no debería ser un problema si se logra paliar el segundo elemento. La participación del órgano judicial en mitad del procedimiento solo debería ser vista como problemática cuando se produce una extralimitación, es decir, cuando se actúa en un sentido más político que técnico-jurídico.

A ello se refirió el propio Tribunal Constitucional rumano en las dos decisiones que hubo de tomar sobre la propuesta de reforma constitucional que motiva estas líneas. En aquellas resoluciones el Alto Tribunal insistió en que no le corresponde a él «examinar la oportunidad de la propuesta de revisión de la Constitución, tarea ésta encomendada al Parlamento como órgano representativo supremo y a los ciudadanos, que pueden hablar directamente a través del referéndum que constituye

²⁰ En el mismo sentido se pronuncian Ferreres Comella (2012, p. 45) y Gargarella (2012, p. 98).

²¹ Decisión núm. 62-20 DC, de 6 de noviembre de 1962.

la etapa final del proceso». Su papel, pues, se limita a la estricta verificación del cumplimiento de los límites dispuestos en la Constitución.

Nótese, además, que la intervención del órgano judicial no se produce en el vacío, sino tras la aprobación de la reforma por el Parlamento. El hecho de que un órgano con legitimidad democrática directa haya expresado ya su opinión debería llevar a los jueces a adoptar la siempre exigible presunción de constitucionalidad de las leyes. Ello obliga a modular de algún modo su control, no pudiendo tumbar la reforma aprobada si no existen motivos constitucionales de cierto peso.

En resumen, y sin poder entrar aquí a discutir si la intervención del Tribunal Constitucional fue o no acertada en el caso del intento de prohibición de los matrimonios homosexuales, la estructura de control previo diseñada en Rumanía en el proceso de reforma constitucional debe verse en términos positivos, pues permite evitar las dificultades antes reseñadas.

4. A modo de conclusión

La experiencia rumana en torno al intento de prohibición constitucional de los matrimonios homosexuales nos ha permitido reflexionar sobre las críticas que habitualmente recibe el referéndum como instrumento para decidir sobre aspectos sensibles o complejos. Hemos podido comprobar que, sin mayores precisiones, tales críticas plantean numerosas contradicciones e interrogantes. En efecto, el análisis comparativo del referéndum y del foro parlamentario como mecanismos de decisión no arroja resultados inequívocos en favor del segundo. Las virtudes del referéndum en el campo participativo le otorgan una buena posición no sólo en las variables de legitimidad intrínseca sino también en lo relativo a uno de los dos ejes analizados en el aspecto epistemológico.

Igualmente, resulta evidente la posibilidad de encajar el referéndum en el sistema político de maneras muy diversas. Carece de sentido criticar la institución como cauce para decidir determinadas cuestiones si la participación de los electores resulta simplemente complementaria de la actividad de las autoridades representativas, tal y como ocurría en el supuesto rumano.

Finalmente, hemos reiterado la necesidad de contar con la institución referendaria como paso ineludible dentro del procedimiento de reforma constitucional, siendo en todo caso conscientes de las dificultades prácticas y teóricas que la intervención ciudadana genera de cara a una ulterior revisión por parte de la justicia constitucional. Para sortear tales dificultades hemos loado la figura del control preventivo previsto en el ordenamiento constitucional rumano.

Bibliografía

- Aguiar de Luque, L. (1986). Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales. *Revista de Derecho Público*, 102, pp. 5-16.
- Anduiza Perea, E. (1993). Consociacionalismo y democracia directa en Suiza: el referéndum sobre la adhesión al Espacio Económico Europeo. *Revista de Estudios Políticos*, 85, pp. 291-311.

- Aragón Reyes, M. (2016). Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En P. Biglino Campos (coord.), *Partidos políticos, y mediaciones de la democracia directa* (pp. 19-34). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beitz, C. (1989). *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Carré de Malberg, R. (2014/1931). Consideraciones teóricas a propósito de la relación del referéndum con el parlamentarismo. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 21, pp. 291-305.
- Cebrián Zazurca, E. (2017). Los referéndums de reforma de la Constitución española: un análisis crítico y una propuesta de modificación. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (eds.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa* (pp. 77-102). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Chambers, S. (2001). Constitutional Referendums and Democratic Deliberation. En M. Mendelsohn y A. Parkin (eds.), *Referendum Democracy* (pp. 231-255.). Londres: Palgrave Macmillan.
- Cruz Villalón, P. (1981). El control previo de constitucionalidad. *Revista de Derecho Público*, 82, pp. 5-21.
- De Carreras, F. (2017). ¿Democracia directa versus democracia representativa?. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa* (pp. 27-50). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De Vega, P. (2011). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Eule, J. (1990). Judicial Review of Direct Democracy. *Yale Law Review*, 99(7), pp. 1503-1590.
- Ferreres Comella, V. (2012). *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edición reimpresa.
- Font, J. y Gómez Fortes, B. (2014). *¿Cómo votamos en los referéndums?*. Madrid: Catarata.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Habermas, J. (1998). *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta.
- Haskell, J. (2001). *Direct Democracy or Representative Government? Dispelling the Populist Myth*. Boulder: Westview Press.
- Kriesi, H. (1995). *Le système politique suisse*. París: Economica.
- Laporta, F. J. (31 octubre, 2016). Contra el referéndum. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2016/10/25/opinion/1477422120_019037.html
- Moeckli, D. (2018). Referendums: Tyranny of the Majority?. *Swiss Political Science Review*, 24(3), pp. 333-341.
- Montesquieu (2003). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Nino, C. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, pp. 79-88.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Requejo Pagés, J. L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sáenz Royo, E. (2017). Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del derecho comparado. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa* (pp. 159-184). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Sáenz Royo, E. (2018). *El referéndum en España*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Ferriz, R. (2015). Un mecanismo de integración federal y ciudadana: las consultas 'prenormativas' del ordenamiento constitucional suizo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, pp. 353-376.
- Simón Cosano, P. (6 octubre, 2016). Críticas a los referendums, las justas. *Politikon*. Recuperado de <https://politikon.es/2016/10/06/criticas-a-los-referendums-las-justas/>
- Tierney, S. (2012). *Constitutional Referendums: The Theory of Practice of Republican Deliberation*. New York: Oxford University Press.
- Torres Del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español*, I. 3ª edición. Madrid: Universidad Complutense.

Violencia y delincuencia en México: el uso político del miedo*

Violence and crime in Mexico: The political use of fear

Araceli Mendieta Ramírez

Universidad Autónoma del Estado de México

ORCID ID 0000-0002-4507-237X

mendieta.araceli@gmail.com

Cita recomendada:

Mendieta, A. (2019). Violencia y delincuencia en México: el uso político del miedo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 182-206.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5011>

Recibido / received: 01/03/2018
Aceptado / accepted: 10/05/2019

Resumen

Se trata de una discusión sobre la pluralidad de las violencias, entendidas como una construcción cultural. Nos referimos principalmente a dos dimensiones de la violencia: directa y estructural. La primera dimensión suele ser la más notoria, porque implica la acción intencionada de daño entre dos o más sujetos, mientras la segunda es más silenciosa e invisible, porque ha sido normalizada y preservada en los sistemas económicos, políticos y culturales, como en el caso de la desigualdad con efectos en las desventajas heredadas de ciertos sectores de la población. Ambas, dimensiones, suelen tratarse de forma independiente, pero son insolubles, se entrecruzan y generan una pluralidad de formas y efectos que las políticas públicas no han logrado mitigar; en consecuencia, la degradación social es progresiva en los territorios. En México, la violencia directa y su manifestación en la delincuencia, ha sido una justificación para el uso político del miedo, a fin de imponer agendas políticas, persuadir a los ciudadanos y legitimar acciones de seguridad; todo ello, sin lograr resarcir las manifestaciones de las violencias, ni la delincuencia.

Palabras clave

Violencia estructural, violencia directa, miedo, territorio, prevención.

* El presente artículo consiste en una reflexión sobre la fusión de las violencias en el territorio desde la antropología de la violencia, a partir de la recuperación de información de otros autores especialistas en el tema y fuentes que han documentado casos de violencia directa en diversas partes de México.

Abstract

It is a discussion about the plurality of violence, understood as a cultural construct. We are mainly talking about two dimensions of violence: direct and structural. The first dimension is usually the most notorious, because it implies the intentional action of harm between two or more subjects, while the second is more silent and invisible, because it has been standardized and preserved in economic, political and cultural systems, as in the case of inequality with effects on the inherited disadvantages of certain sections of the population. Both dimensions are usually treated independently, but are indissoluble, intersect and generate a plurality of forms and effects that public policies have failed to mitigate; consequently, social degradation is progressive in the territories. In Mexico, direct violence and its manifestation in crime has been a justification for the political use of fear, in order to impose political agendas, persuade citizens and legitimize security actions; all this, without being able to compensate the manifestations of the violence, not the delinquency.

Keywords

Structural violence, direct violence, fear, territory, prevention.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La reproducción e institucionalización de la violencia. 3. Violencia y territorio. 4. La violencia invisibilizada, normalizada y justificada. 5. El miedo colectivo y sus usos políticos. 6. La panacea de la violencia de estado. 7. ¿Prevención o precaución del delito? 8. Conclusiones.

1. Introducción

En la actualidad, la violencia es parte de las preocupaciones de las Ciencias Sociales, las características de la violencia en cada territorio han despertado viejos debates y han abierto nuevas polémicas y enfoques. Uno de los debates de interés para estas líneas es justamente la pluralidad de las violencias (Arendth, 2008; Gledhill, 2016), por ejemplo, la violencia directa que es estimada regularmente en las estadísticas delincuenciales y la violencia estructural, manifiesta en las profundas brechas de desigualdad socioterritorial.

La violencia puede definirse como la acción dirigida e intencionada de dañar a otra u otras personas (Arendth, 2008); algunos especialistas han realizado complejas categorías sobre la violencia, pero para esta discusión sólo nos referimos a la violencia directa y la violencia estructural. Ya el famoso antropólogo británico John Gledhill (2016) ha planteado que la única separación posible es la abstracta, porque en la realidad están totalmente fusionadas. Mientras la violencia directa es más tangible, la violencia estructural es más difícil de reconocer porque ha sido institucionalizada, en los sistemas económicos, políticos, sociales y culturales, para mantener el poder de las élites sobre la población.

En México, ambas dimensiones de la violencia son graves; sin embargo, comúnmente se tratan por separado. Mientras la violencia directa se mide en los territorios en función de los índices delincuenciales, a partir de los delitos denunciados, la presencia de crimen organizado o narcotráfico. La violencia estructural es normalizada y justificada en las brechas de desigualdad socioterritorial y corresponde al orden de las políticas sociales.

En ambas dimensiones sigue habiendo un lado oscuro; con respecto a los índices delincuenciales, quedan fuera de las mediciones todos aquellos delitos que no son denunciados, ya sea por la falta de capacidades de los sistemas de seguridad y de justicia, por corrupción o porque existen formas de violencia directa que no son identificadas como delito y no son incluidas dentro de las estadísticas, por ejemplo: el acoso sexual y emocional, ataque verbal, violencia psicológica y simbólica o negligencia, entre otros, que llegan a provocar severos daños.

La violencia estructural es más silenciosa e invisible porque es violencia cotidiana que hemos normalizado, pero se caracteriza por reproducir diferencias de poder como en el racismo, clasismo, desigualdad de género, entre otras, como parte del *modus vivendi*. No obstante, ignorar esta dimensión de la violencia implica que se mantiene y amalgama con otras violencias, y progresivamente se intensifica al mismo tiempo que la violencia directa, de tal forma que, las medidas enfocadas a resarcir sus manifestaciones, como: las políticas públicas, el endurecimiento de las penas y la militarización del país; no logran disminuir los riesgos en los territorios.

En este orden de ideas, el presente documento tiene la finalidad de mostrar como ambas dimensiones de la violencia se fusionan, entrecruzan, perpetúan e intensifican; simultáneamente, el tejido social se fragmenta en los territorios con altos índices de delincuencia, por la incertidumbre, el miedo y la desconfianza. Ante la espacialización de la violencia, los gobiernos han realizado un uso político de las emociones como dispositivo de control para mantener sus círculos de poder y como medida disciplinaria ante sus detractores.

2. La reproducción e institucionalización de la violencia

Es un hecho que la violencia ha acompañado los procesos históricos de diferentes culturas, y que en cada lugar y tiempo la apreciación de las acciones violentas ha sido distinta; mientras culturas como la de los griegos llegaron a glorificar las acciones violentas por considerarlas una manifestación de la fuerza física (Arendt, 2008, pp. 96-101), en las culturas contemporáneas, la violencia ha llegado a ser un indicador de la crisis social y moral (López, Kessler, Urresti *et al*, 2008, p. 135) en los territorios.

A pesar de la larga trayectoria de la violencia en las sociedades, es necesario precisar que no es inherente a la naturaleza del hombre, pero quizá sí es inherente a la naturaleza de la sociedad, debido a que es instrumental y cada sociedad ha creado herramientas para potenciarla e intensificarla (Arendt, 2008, pp. 63, 70-73, 107).

En términos de la renombrada filósofa política Hannah Arendt, la violencia ha sido utilizada para mantener el poder, pero debe distinguirse porque es capaz de destruir al poder; textualmente explica: «la violencia aparece donde el poder está en peligro pero, confiada a su propio impulso, acaba por desaparecer el poder (Arendt, 2008, p. 77)». En esta perspectiva, la violencia es una manifestación del poder y su uso alcanza a regímenes políticos, grupos, organizaciones (sindicales, criminales), redes de narcotráfico, entre otros.

El empleo de la violencia por parte del estado, ha sido reconocido por Max Weber (1919) como un tipo de violencia legítima y posee sus propios instrumentos, como: la militarización del país, el sistema penitenciario, la maquinaria judicial, la tortura, la desaparición forzada, entre otros. Gledhill ha planteado todo un análisis de la violencia pública y privada en México y Brasil, la primera tiene que ver con esa violencia del Estado.

Para Arendt, la violencia es instrumental, culturalmente aprendida, reproducida e institucionalizada y se distingue por la intención de provocar daño (Arendt, 2008). A menudo la violencia es confundida con la agresividad, pero son de naturaleza distinta, la agresión es parte de los instintos, inherente a la naturaleza humana (Baños, 2005) y la violencia es cultural, está marcada por la intencionalidad, se aprende, se permite y se reproduce en sociedad, incluso se intensifica o potencia colectivamente, aunque se exprese individualmente (Arendt, 2008).

Desde la antropología física, Agustín Axel Baños Nocedal, contribuye a clarificar la diferencia entre violencia y agresividad, mientras la agresividad «es una característica comportamental adaptativa presente en todas o casi todas las especies animales» (Baños, 2005, p. 42), forma parte del instinto de conservación y no hay una intención de dañar, la violencia es aprendida e implica la intención de daño. En la perspectiva de Baños, cuando una persona es atacada y reacciona defendiéndose o huyendo, lo que opera es su agresividad, mientras que en el atacante es la violencia (Baños, 2005).

Algunos especialistas en el estudio de la violencia en diversas disciplinas de las ciencias sociales, como Baños (2005), Feixa y Fernández (2004), Gledhill (2010, 2016) Recasens (2005-2006) y Tortosa (2008), coinciden en que la violencia permitida, justificada, normalizada e invisibilizada, favorece la reproducción, persistencia e intensidad de la violencia, y al mismo tiempo, la vulnerabilidad y sometimiento de los oprimidos.

La pluralidad de las violencias ha llevado a una diversidad de clasificaciones, entre las que podemos mencionar las de Andrés Recasens Salvo, quien identifica cuatro esferas: política (administrada por las autoridades), estructural (institucional, sistémica), simbólica (existe una legitimación de la desigualdad) y cotidiana («pequeñas brutalidades») (Recasens, 2005-2006); de acuerdo al nivel en que se presenta, puede ser: familia, escuela, comunidad (o barrio), ciudad, país o región (Tortosa, 2008).

La pluralidad de las violencias y de las apreciaciones sobre la violencia, hace necesario establecer un punto de partida. Para el caso del presente análisis, iniciaremos distinguiendo entre dos dimensiones fundamentales (Bufacchi, 2015; Gledhill, 2016): la violencia directa y la violencia estructural. Se trata de una separación abstracta, únicamente a nivel conceptual porque que en la realidad están mutuamente influenciadas, además de que dentro de cada dimensión podríamos continuar haciendo categorías.

La dimensión estructural de la violencia, «tiene que ver con la “maquinaria de opresión” engastada en los órdenes sociales, lo que incluye el racismo y la desigualdad de género» (Farmer *et al*, 2004, p. 307 citado en Gledhill, 2016, p. 13), y se refiere a la construcción de la violencia dentro de una estructura y se distingue por una desigualdad de poder y de oportunidades entre las élites y los oprimidos.

Arendt (2008) plantea que la violencia se ha institucionalizado y de esta manera se reproduce y se perpetúa en la sociedad y esto ha sido por medio de la violencia estructural. En esta misma dimensión, Vittorio Bufacchi identifica la violencia estructural o institucional, como «...más mortal y destructiva que la violencia directa» (Bufacchi, 2015, p. 22), porque tiene efectos en la desigualdad de poder y de oportunidades para los miembros de una sociedad.

La desigualdad es el ejemplo más claro de violencia estructural, porque la población afectada acumula desventajas de generación, en generación. La

desigualdad tiene múltiples manifestaciones y entre estas, esta la desigualdad socioterritorial, donde puede verse territorios ganadores y perdedores, es decir, entre los territorios que han logrado beneficiarse de los sistemas, económico y político, imperantes y aquellos que se han mantenido excluidos del llamado «desarrollo nacional».

Con respecto a la dimensión de la violencia directa, se refiere a la violencia ejercida contra una persona o personas (Bufacchi, 2015, p. 22). En esta dimensión podríamos agregar una serie de categorías como la violencia juvenil, de género, sexual, étnica, intrafamiliar, terrorista, corporal y psíquica.

Una perspectiva muy interesante es la de John Gledhill, quien considera que existe una influencia bidireccional entre ambas dimensiones de la violencia y verlas por separado, como si existieran aisladas sólo nos conduce a perspectivas fragmentadas e incompletas de la violencia y oscurece su análisis. Para el caso de esta reflexión, la preocupación por la violencia estructural y directa, es el hilo conductor para abordar tres escenarios relacionados: la violencia invisibilizada (que imposibilita el reconocimiento de las víctimas y el acceso a la justicia), el uso político del miedo y la intensidad de la violencia.

3. Violencia y territorio

El análisis de la relación entre violencia y territorio es obligado, porque la dimensión sociogeográfica es el espacio donde converge la construcción material y simbólica de los pueblos; pero, también es el *locus* donde se amalgama la violencia estructural y la violencia directa. Algunos investigadores ya han planteado la importancia de hablar de la espacialización de la violencia o la geografía del miedo, como Fabián González Luna, quien identifica en el espacio o territorio «... un instrumento analítico estratégico para vislumbrar y comprender la conflictividad social» (González, 2018, p. 14).

Las capacidades desiguales de los territorios definen las posibilidades de desarrollo humano en la población, porque tienen que ver con el acceso a la educación, al empleo, a servicios de salud y comunicación. En el territorio mexicano podrían identificarse territorios ganadores y perdedores en función de la relación de cada una de las 32 entidades federativas con el sistema económico imperante. Quizá, más allá de las brechas regionales que caracterizan a México, es preciso mencionar que en el país viven 11 millonarios y más de la mitad de la población se encuentra en condiciones de pobreza extrema (Díaz, 2001, p. 17), caracterizada por carencias básicas, imposibilidad para incorporarse al sector formal de la economía, sin opciones educativas, aunado a estigmas de criminalización de clase y raza.

En este escenario de desigualdad, el Índice de Desarrollo Humano (IDH) 2016 (PNUD, 2016) identifica mejores condiciones de vida, empleo y capacidades productivas en entidades como Monterrey, Guadalajara y Ciudad de México. En otro extremo los más altos índices de analfabetismo, pobreza y desempleo, se localizan en entidades como Chiapas, Oaxaca y Guerrero, casualmente son territorios donde vive la mayor parte de la población indígena de México.

El tema de las brechas territoriales es una de las evidencias de la desigualdad, y por lo tanto, de violencia estructural, por ejemplo, en los territorios indígenas se ha vivido despojo de recursos naturales, desempleo y expulsión de la población a otras entidades, a la frontera norte e incluso a Estados Unidos y Canadá. En este sentido, el territorio es un escenario de las relaciones sociogeográficas entre lo local y lo global

(Gledhill, 2016), y al mismo tiempo, es una unidad de análisis a partir de la cual podemos observar la pluralidad de «violencias» y explorar como se entrecruzan las dimensiones de violencia estructural y directa, para identificar el nivel de riesgo y criminogénesis (causas de los delitos) en los territorios.

En esta perspectiva del territorio, la violencia es localizada y tiene múltiples expresiones. El riesgo en los territorios comúnmente se mide en los actos delictivos; pero en este punto, es conveniente distinguir el delito y la violencia. El delito es un acto que trasgrede la ley y no en todos los casos es cometido con violencia, mientras la violencia no se limita al uso de la fuerza, sino a la posibilidad o amenaza de usarla (Fernandiz y Feixa, 2004). Por lo tanto, el uso de la violencia no es exclusivo de los actos delictivos, ni en todos los actos delictivos se emplea la violencia.

Con respecto a los actos delictivos, el reconocido criminólogo mexicano Sergio García Ramírez¹, insiste en la gravedad de la relación entre delito y violencia, porque no sólo presenciamos el aumento de los actos delictivos, sino también el aumento de la intensidad de la violencia. La criminodinámica o forma en la que se comete el delito, indica que la intensidad de la violencia cada vez es mayor, así como los índices de delitos y las víctimas.

Quizá un hito en la historia de la violencia directa en México, fue el año 2006, cuando se declara la guerra contra el narcotráfico, en ese período los actos violentos asociados a estos grupos se caracterizaron por ser cada vez más sanguinarios y crueles, porque no bastó con quitarle la vida a las víctimas, sino que también los deshumanizaron, los despojaron de toda dignidad humana, Carlos Sandoval García expone en detalle este hecho:

Felipe Calderón (2006-2012) llega a la presidencia de México [...] emplea las fuerzas armadas (el ejército, la fuerza aérea y la marina) en la lucha contra el crimen organizado [...] La cifra oficial de personas desaparecidas durante el sexenio de Calderón fue de 24 091, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) [...] lo cierto es que la incautación de sustancias ilícitas y la persecución de líderes de los carteles no son suficientes para provocar cambios en el comercio de sustancias ilícitas y en la violencia ejercida por el crimen organizado (Sandoval, 2015, pp. 41-42, 46).

Respecto a los altos niveles de violencia en México, John Gledhill sostiene que el aumento de violencia tiene que ver con el crecimiento de la economía de la droga, junto con una serie de actividades ilegales vinculadas a este mercado:

Los niveles de violencia aumentaron en la medida en que una serie de carteles rivales competían por el control de las rutas de trasbordo, las zonas de producción de marihuana y adormidera, y las instalaciones de procesamiento de cocaína y de fabricación de metanfetamina. Se escindieron cárteles más pequeños de las originarias organizaciones madre (Gledhill, 2016, p. 149).

Gledhill ha identificado que a partir de la lucha contra el narcotráfico (2010, 2016), en 2006, los gobiernos han usado el miedo para amenazar, persuadir y coaccionar a los ciudadanos, con el propósito de legitimar administraciones de gobierno, prometiendo seguridad, a pesar de que existan casos documentados del empleo de violencia política y alianzas entre actores políticos y crimen organizado para controlar ámbitos locales:

¹ Entrevista al criminólogo Sergio García Ramírez, recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=jx60H9yrlKk> (fecha de consulta: 7 de junio de 2017).

[...] combinando el apoyo material a las campañas electorales de los políticos con amenazas al electorado y actos esporádicos de violencia política contra determinados candidatos concretos, primero la Familia Michoacana y luego –de manera todavía más exhaustiva– los Caballeros Templarios llegan a adquirir el poder no sólo de determinar quién ganaba las elecciones locales, sino incluso qué candidatos se les permitía presentarse a ellas (Gledhill, 2016, p. 223).

Durante el período del Presidente Enrique Peña Nieto 2012-2018, el incremento en la tasa de prevalencia delictiva siguió y en algunas entidades alcanzó hasta un 50% de 2012 a 2017, como en el Estado de México que en 2012 tenía una tasa total de prevalencia de 30920 y en 2017 llega a 47648, cifras de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE, 2012, 2017). Las tasas más altas de prevalencia delictiva, cuyo aumento va del 58% al 21% en este periodo, se localizan en las siguientes entidades: Guerrero, Estado de México, Tabasco, Tlaxcala, Chiapas, Yucatán, Campeche, Baja California, Morelos, Aguascalientes, Colima y Jalisco.

Ante la delincuencia y la violencia, la población recurre a estrategias de disuasión del delito tales como: la compra de equipo, armamento e infraestructura militar; cámaras de seguridad y vigilancia, circuito cerrado de televisión (CCTV), además de los gastos más altos en seguridad privada. Estos consumos no están al alcance de toda la población (Valenzuela, 2016, pp. 30-35) dadas las condiciones de desigualdad del país.

El acceso a las tecnologías de vigilancia y seguridad y a equipo militar no son recursos exclusivos del estado, el crimen organizado también cuenta con la más alta tecnología y equipamiento, a un punto en que las fuerzas desiguales entre la seguridad pública y el crimen organizado, elevan la balanza hacia impunidad. La violencia inusitada e incontrolable del crimen organizado ha sido motivo para legalizar la nueva Ley de seguridad interior, que permite la militarización del país y el control del orden por vías represivas.

La imagen de la violencia y el crimen se ha vuelto cotidiana, normalizada por los medios de comunicación, debido a la cantidad de contenidos violentos y las formas en que se proyecta la intención de daño, furia y sometimiento del otro, de manera insensible; o bien, mostrando un tipo de violencia justiciera e inclusive heroica.

Los medios de comunicación han sido cómplices de la deshumanización, cuando contemplan y transmiten actos de violencia y crimen sin siquiera intervenir. Con el uso de las nuevas tecnologías, los medios de comunicación tradicionales perdieron el control de la opinión pública, y se desató otro tipo de violencia, las imágenes de la violencia del crimen organizado y también violencia del estado.

Pareciera que las imágenes de la violencia son cada vez más atroces, como en el caso de los ajustes de cuentas que involucran a los cárteles de la droga, las fosas comunes, los desmembramientos que entran dentro de una larga lista de usos intencionales de la fuerza. Por otro lado, los mensajes de las narcomantas que circulan libremente en las redes sociales y *youtube*, se han tornado parte de un proceso comunicativo, de acuerdo con Gledhill:

En la guerra que libra el narcotráfico del siglo XXI, la violencia ha adquirido un carácter comunicativo: se utilizan cadáveres decapitados y desmembrados, junto con pancartas colgadas en los puentes, para enviar mensajes al enemigo y a la población en general (Gledhill, 2016, p. 221).

Con la intensificación de la violencia, también ha habido una intensificación de las tecnologías de vigilancia y la violencia también ha tenido un amplio uso en los medios de comunicación para entretenimiento de las masas, condición que ha contribuido a su normalización.

Las tecnologías de vigilancia y comunicación no son exclusivas del Estado, también son empleadas por las organizaciones criminales para propagar el terror entre sus enemigos y también entre la población, como una muestra de su poder. Estos dispositivos proyectan imágenes y mensajes de terror, que provocan miedo y pánico social, emociones que a su vez son usadas por los partidos políticos y gobernantes para persuadir a los ciudadanos e imponer agendas políticas. Quizás sobra decir, que la difusión masiva de escenas sangrientas tiene libre acceso en México y alcanza miles de reproducciones en minutos.

4. La violencia invisibilizada, normalizada y justificada

La violencia cotidiana y la delincuencia han contribuido a la normalización de la violencia, al debilitamiento de los vínculos sociales; pero también provocan miedo y pánico social. En la dimensión de la violencia estructural hay sectores de la población que han sido señalados como doblemente vulnerables. Solo por su condición de raza o clase social ya heredan una condición de sometidos. En el caso de las mujeres, también se ha llegado a identificar una triple vulnerabilidad, en función de su clase, raza y género.

Y es que en territorios donde hay delincuencia y pobreza predominan los delitos como secuestro, trata de personas y múltiples violaciones a los derechos humanos. En ocasiones, la característica de los delitos impide la denuncia. Los sectores más vulnerables siguen siendo los más pobres, como: los migrantes, los pueblos originarios, campesinos y población en condiciones de pobreza extrema (Gómez y Almanza, 2016, p. 150). Carlos Sandoval Gómez, menciona algunos ejemplos:

[...] las estadísticas oficiales de violaciones de derechos humanos están lejos de registrar la mayoría de los casos y la impunidad suele ser una tendencia recurrente. La desaparición de los 42 normalistas de Ayotzinapa rememora el asesinato de los 72 migrantes de San Fernando Tamaulipas y otros cientos o miles de homicidios ocurridos en México en los últimos casi 10 años (Sandoval, 2015, p. 48).

Si bien, la violencia estructural ha sido ignorada, normalizada e incluso justificada a través de la historia y la costumbre, también hay casos de violencia directa que sufren diversos sectores de la población, como pasa con los migrantes indocumentados, quizá sea de las menos evidentes debido a las escasas estadísticas y los números no llegan a reflejar la vulnerabilidad en los territorios de paso de los migrantes; no obstante, algunas etnografías han mostrado evidencias de como el crimen organizado se vale de la vulnerabilidad de sus víctimas, «...aprovechan la fragilidad jurídica y la exclusión cívica de los inmigrantes que no tienen documentos para poder someterlos a unas condiciones semejantes a la esclavitud» (Izcara y Andrade, 2016, p. 12).

Alrededor de la población migrante centroamericana indocumentada, se ha creado todo un mercado ilegal favorecido por la clandestinidad de los lugares de tránsito, la impunidad, la criminalización de la condición indocumentada del migrante,

la incapacidad de las instituciones para reconocer a los migrantes como víctimas y su condición que ya es objeto de sospecha en algunos territorios de paso.

Entre la larga lista de abusos y violencia contra los migrantes indocumentados, las investigaciones exponen los siguientes: el pago por derecho de paso, palizas, mutilaciones, asesinatos, secuestro, prostitución, pornografía y trata de personas (Casillas, 2016). Los territorios huésped y los territorios de tránsito de migrantes son lugares de alto riesgo por la violencia y delincuencia que existe.

En el caso de población en condiciones de pobreza extrema, niños y jóvenes son vulnerables, víctimas y reclutados por el crimen organizado, narcotraficantes o redes de trata de personas, algunas transgresiones han sido difundidas por las redes sociales, a través de testimonios anónimos de las víctimas que logran escapar. En estas situaciones, puede verse la combinación de la dimensión estructural y directa de la violencia, debido a que los delitos contra los jóvenes son favorecidos por las condiciones de desigualdad y precariedad de los territorios.

La situación de los jóvenes en México no es nada sencilla, en los análisis de la OCDE, ya plantea que todos nacemos iguales, pero no todos nacemos con las mismas oportunidades, y es que de acuerdo con estimaciones del *Education at a Glance* de 2018, en 2017 sólo el 17 % del grupo de edad entre 25 a 64 años, lograron estudiar la universidad, 13 % de la población no tuvo acceso a la educación y el 17 % sólo logro estudiar la primaria (OCDE, 2018, p. 54).

En los territorios de alto riesgo donde la población no tiene oportunidades de estudiar, trabajar, ni de acceso a la justicia, los pobres son criminalizados y en general se encuentran en riesgo de ser secuestrados y reclutados por organizaciones delictivas. De acuerdo con datos de la Secretaría de Gobernación, de 37435 desaparecidos, 6 de cada 10 son jóvenes (Martínez, 2018).

Martín Barbero considera que la criminalización de los jóvenes es parte de la justificación de la sociedad, para evadir la responsabilidad de otros grupos de edad y de las instituciones:

... la preocupación de la sociedad no es tanto por las transformaciones y trastornos que la juventud está viviendo, sino más bien por su participación como agente de la inseguridad que vivimos y por el cuestionamiento que explosivamente hace la juventud de las mentiras que esta sociedad se mete a sí misma para seguir creyendo en una normalidad social que el descontento político, la desmoralización y la agresividad expresiva de los jóvenes están desenmascarando (Barbero 1998, p. 23 citado en Reguillo, 2000, p. 46).

Alfonso Valenzuela (2016), expone los riesgos de violencia juvenil en entidades como Morelos y Diego Molina Rodríguez (2012), la influencia de la narcocultura en Sinaloa, ambos identifican la influencia de la violencia global y la falta de opciones para el futuro en el caso de los jóvenes herederos de la pobreza. Sobre la influencia de la narcocultura en los niños y adolescentes de Sinaloa, Diego Molina señala dos condiciones de riesgo que involucran a los adolescentes con la violencia: los narco juniors y los jóvenes sin oportunidad que son vulnerables a la captación del narco:

Los jóvenes no encuentran respuestas a sus inquietudes educativas, no consiguen empleos dignos y bien remunerados y ven que permanentemente la impunidad es un rasgo social que protege los comportamientos delictivos; hay una desmedida introducción de armas de fuego al territorio sinaloense y proliferan las tienditas para narcomenudeo (Molina, 2012, p. 154).

En sus acercamientos a las culturas juveniles, Molina (2012) y Rossana Reguillo (2008) coinciden en que las expresiones de violencia juvenil son formas de manifestar el malestar contemporáneo ante la carencia o insuficiencia de lenguajes para expresarlo y ante la falta de oportunidades que existen en ciertos contextos. Rossana Reguillo considera que la juventud es un proceso clave para comprender los lenguajes de la violencia y en esta etapa los jóvenes están más vulnerables por: la precariedad estructural, la precariedad del yo, la ausencia o debilidad de políticas sociales que favorecen la exclusión y el quiebre o crisis de las instituciones (Reguillo, 2008, p. 139).

Reguillo (2008), Molina (2012), Saravi (2015) y Valenzuela (2016), apuntan a la desigualdad y la falta de oportunidades como las causas de los bajos niveles de acceso a la educación superior y al acceso al mercado laboral informal; condiciones, que han dejado poco margen al funcionamiento social de los jóvenes y de alguna manera los empujan a la migración, a ser captados por el crimen organizado, el narcotráfico, en un entramado complejo, sistémico y multidimensional de marginación, riesgo y vulnerabilidad (Reguillo, 2009, p. 41), se trata de juventudes fragmentadas, marcadas por la vulnerabilidad y la desventaja durante la transición a la adultez (Saravi, 2015, p. 14).

Aunado a la incertidumbre por el futuro y la violencia de los territorios, existe descontento, frustración y miedo por los riesgos ante la violencia y delincuencia. En la apreciación de John Gledhill, el miedo es una limitación para lograr el desarrollo humano de las poblaciones que viven en entornos violentos (Gledhill, 2016) y «la seguridad es un derecho fundamental» (García, 2017, p. 9); en consecuencia, la violencia local afecta el desarrollo pleno del potencial de todos los grupos de edad.

Sobre la violencia juvenil los jóvenes pueden ser víctimas y protagonistas; sin embargo, la violencia juvenil tiene múltiples ángulos: los delitos cuyas víctimas y victimarios son los jóvenes; la reproducción y normalización de la violencia en la escuela; la falta de sentido de pertenencia a la familia y a la comunidad (la erosión del «nosotros»), la creciente sensibilidad e incertidumbre y finalmente, el empleo de la violencia para sentirse capaces de protegerse.

Como vemos en este apartado, ante el tsunami de violencias nadie está a salvo, los feminicidios también son todo un tema y cada vez surgen nuevos actores y escenarios. Y los efectos de la violencia en los sistemas socioterritoriales van en dos direcciones opuestas: una es la destrucción de la cohesión social y debilidad de los vínculos en las comunidades locales, y en el otro extremo, surgen nuevas formas de cohesión ante la amenaza que representa la violencia y cada vez existen más grupos de civiles decididos a defender sus territorios, como en el caso de Cherán, un pueblo purépecha, en Michoacán, una de las entidades más violentas del país, se levantó en armas el 15 de abril de 2011 para luchar por su autogobierno y desde entonces ha disminuido la violencia.

Otros ejemplos de organización colectiva para hacer frente a la delincuencia y la inseguridad, son la creación de viviendas dentro de sistemas cerrados, como las privadas, los condominios y unidades habitacionales amuralladas, empleo de seguridad privada para controlar los accesos, uso de tecnologías de vigilancia y el pago a elementos de seguridad pública para cuidar barrios y colonias.

5. El miedo colectivo y sus usos políticos

El interés en el estudio de las emociones, como categoría de análisis en las ciencias sociales, ha sido expuesto desde distintas disciplinas como la psicología, la antropología, la economía, la filosofía y la ciencia política. Descartes fue el primero en identificar las emociones (Elster, 2007, p. 168), a partir de la perspectiva primero de la elección racional y luego de la filosofía, John Elster explica que las emociones influyen en las acciones y elecciones de los individuos, porque no siempre tienen información completa y eligen en función de sus creencias (Elster, 2007).

Tanto desde la economía (Elster, 2007), como desde la psicología (Barrera, 2010), las emociones implican cambios fisiológicos, guías para la acción individual (impulsos) y colectiva, en valencias que fluctúan entre respuestas positivas y negativas. Elster ha asociado las elecciones con las emociones y la acción y reconoce que las emociones están influidas por la cultura.

Para la antropología, y en especial para la antropología política, las emociones sirven para explicar el simbolismo político y diversas formas de control tanto de sociedades «primitivas», como de modernos sistemas políticos (Cohen, 1979). A partir del interés de antropólogos políticos como Abner Cohen, Marc J. Swartz, Victor Turner y Arthur Tunden, surge toda una tendencia teórica sobre la relación del poder, el conflicto y los símbolos.

Parte del legado teórico de la Escuela de Manchester de la que viene Max Gluckman, Abner Cohen, Marc J. Swartz, Victor Turner, Arthur Tunden y también John Gledhill, existe dimensión política en todas relaciones no políticas, además de que lo político puede explicarse en su contexto sistémico para conocer el sentido de las acciones (Gledhill, 2000). Con estos planteamientos podemos ilustrar la dimensión política de la violencia estructural y el simbolismo político se vuelve relevante para comprender las emociones vinculadas a la hechicería, brujería, creencias animistas y en el caso de que nos ocupa, las emociones relacionadas con la violencia y la delincuencia.

Más tarde, otro antropólogo político Marc Abélès analiza dimensiones simbólicas de poder en la vida cotidiana que llega a relacionar con la macroestructura política a través del análisis de las ceremonias políticas y los ritos políticos (Gledhill, 2000) y estudia e interpreta los mensajes de la elite política y las emociones que provocan los actores políticos, a través, del manejo del simbolismo político como fuerza legitimadora ante los ciudadanos.

La violencia y las creencias sobre la violencia provocan una serie de emociones que oscilan entre el miedo, pánico social y miedo colectivo, que los actores políticos han utilizado para generar empatía, recuperar la credibilidad perdida de los electores y ciudadanos, mediante medidas encaminadas a terminar con la violencia y la delincuencia; no obstante, el miedo también es una idea política, en cuanto ha sido empleado como un dispositivo de control y disciplinamiento, para mantener cierto orden, como describe Fabián González Luna:

El miedo representa un factor primordial de control social y de legitimización de las formas de poder establecido, que además coadyuvan al fortalecimiento de políticas de intervención militar y policial que son recursos materiales e ideológicos que imponen y garantizan el orden social... Existe una morfología del miedo en la ciudad, es decir hay zonas, lugares específicos que en la representación social se elaboran como “espacios de miedo” (González, 2018, p. 198).

Ya en otros lugares y momentos se han realizado análisis sobre el uso del miedo como un dispositivo de control y poder en los territorios donde hay altos niveles de inseguridad, donde «...el miedo se vive como una realidad cotidiana en cada uno de los espacios de reproducción social y se representa como una ausencia de seguridad en cada instancia de una vida vivida como una experiencia angustiosa» (Useche, 2008, p.1).

Una perspectiva de la psicología, define al miedo como reacción física:

El miedo [...] se activa mediante un estímulo amenazante produce una hormona llamada vasopresina, la cual desencadena, además del miedo, también ansiedad, y dispone a la persona para la lucha, la huida y la evasión del dolor, y todas las funciones de conservación del individuo y de la especie (Barrera, 2010, p. 6) .

Para Juan Antonio Barrera Méndez, el miedo es una emoción primaria que tiene funciones biológicas y adaptativas, sirve para alertarnos del riesgo real o supuesto, presente o futuro y se manifiesta tanto en animales como en el ser humano. El pánico es una forma extrema de miedo, ante la intensificación de peligro, con frecuencia es colectivo y contagioso y el miedo colectivo tiene que ver con el miedo compartido por parte de un grupo o una sociedad (Barrera, 2010, p. 8).

Entonces podemos decir que el miedo es una emoción producida por la conciencia de riesgo o las creencias que desencadenan emociones, algunos ejemplos los tenemos en la cultura y en la ficción que llegan a provocar perturbaciones emocionales (Elster, 2007, p. 165).

El pánico es una expresión del miedo ante una amenaza de riesgo y plantea que «en realidad las personas responden de manera emocional a las circunstancias que se encuentran en su entorno, especialmente si está involucrado el poderoso sentimiento del miedo...» (Valenzuela, 2016, p. 63).

El miedo y la esperanza son emociones sostenidas en la creencia de posibilidades «estas emociones son generadas por la idea de cosas buenas o malas que pueden o no ocurrir en el futuro» (Elster, 2007, p. 169), mientras la desilusión «es la emoción que se produce cuando un suceso positivo esperado no se materializa» (Elster, 2007, p. 169).

De esta manera, el miedo, el pánico y el miedo colectivo se refieren a distintas intensidades de temor y unidades de análisis (individual, grupal y colectivo) y sirven de guía para la acción en las relaciones sociales, de tal manera, que el estudio de las emociones suele utilizarse en las mediciones de desempeño económico y la felicidad.

Como ya hemos propuesto, el miedo también fluctúa entre valores positivos y negativos, de acuerdo con los planteamientos de los autores mencionados, el miedo positivo puede ser un mecanismo adaptativo, pero el miedo negativo, puede limitar el pleno desarrollo del potencial humano, como lo explica Gledhill a partir de su referencia al concepto de seguridad humana propuesto por el PNUD, y señala lo siguiente:

Al vincular los temas de violencia y conflicto a la privación producida por la pobreza, el paradigma de la seguridad humana propone un enfoque holístico de la búsqueda de soluciones, argumentando que las personas sólo pueden realizar su potencial como seres humanos si se las libera tanto del temor como de la necesidad. No es posible resolver los problemas de seguridad personal dándole a una persona un puesto de trabajo si esa persona va a morir prematuramente por desnutrición o de una enfermedad que no puede curarse por falta de hospitales, o si es probable que esa

persona sea asesinada en su camino del trabajo a casa por criminales, por paramilitares o por un miembro de la policía local o del ejército (Gledhill, 2016, p. 23).

En esta reflexión de Gledhill ilustra una clara relación entre la dimensión estructural y directa de la violencia, y en esta línea argumentativa, el autor plantea la constante violación al derecho de seguridad humana en grandes sectores de la humanidad. Y el temor o miedo, como unidad de análisis, también puede servir para explicar las diferencias con respecto al desarrollo humano, en términos del PNUD.

Los especialistas en el estudio de la violencia hallan que en territorios con altos niveles de riesgo, también hay niveles proporcionales de miedo colectivo y pánico social, Ferrandiz y Feixa (2004), González (2018), Molina (2012), Recansens (2005-2006), Reguillo (2000, 2003 y 2008) y Valenzuela (2016), en estos territorios, los jóvenes sólo tienen dos opciones el uso de armas o aislarse.

El miedo induce a huir o a pelear (Elster, 2007) y quizá esta sea una alternativa para explicar la reproducción y normalización de la violencia en territorios de alto riesgo, porque las distintas manifestaciones de violencia inducen a la gente hacia el individualismo, aislamiento, migración, anomia social e incluso al suicidio o al uso de la violencia como recurso de defensa.

En la perspectiva de algunos especialistas, las personas que sienten miedo pueden ser fácilmente influidas a seguir las reglas de las autoridades locales (Barrera, 2010), o en este caso a aceptar las disposiciones de los gobernantes, sin cuestionar, como en situaciones de terrorismo, delincuencia, crisis política y económica. En territorios con altos niveles de violencia, los ciudadanos viven en un estrés permanentemente porque tienen conciencia de que pueden ser víctimas potenciales de algún delito hasta en sus propios hogares. Uno de los trabajos académicos que analiza esta relación, es el de Alfonso Valenzuela, quien explica el miedo como un dispositivo de control político:

[...] el miedo ha adquirido una dimensión política fundamental en las últimas décadas, especialmente a partir de la guerra contra el narcotráfico. En última instancia, el miedo se ha convertido en una herramienta para imponer una agenda económica ortodoxa a una sociedad paralizada por la violencia y que, no obstante, da aún muestras de solidaridad, resiliencia e indignación ante las injusticias y las violencias del Estado (Valenzuela, 2016, p. 21).

El miedo como sentimiento de vulnerabilidad colectiva ante la violencia y la delincuencia, ha sido manejado hábilmente por los gobiernos y durante los procesos electorales, para legitimar campañas, candidatos y partidos políticos y para imponer nuevas agendas políticas como la militarización del país, como ha pasado con la nueva Ley de Seguridad Interior², vigente a partir del 21 de diciembre de 2017, que habilita la intervención de las fuerzas armadas para controlar o reducir las amenazas en las entidades, municipios, zonas o áreas geográficas del país, a partir de la defensa, seguridad y protección de la población.

Podría ser ilustrativo mencionar que el uso de la violencia del estado ha tenido que ver con la deslegitimación de los gobiernos mexicanos y la sospecha de fraude electoral, como en las elecciones de 2006. Haciendo un poco más de historia, en los procesos electorales federales posrevolucionarios y hasta las elecciones del 1 de julio de 2012, ha habido incidencias, quejas documentadas con respecto a la transparencia

² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Seguridad Interior: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSInt_211217.pdf

del proceso electoral, altos niveles de abstencionismo y coerción, así como acontecimientos que ponían en tela de juicio la legitimidad de los gobiernos.

Lo más común ha sido que en los procesos electorales los candidatos utilicen las emociones buscando la empatía de los electores, dice John Gledhill, como una “cultura esotérica” de liderazgo político, que impacta creando una seudorealidad, a modo de estrategia para movilizar a los electores y maximizar votos (Gledhill, 2000, p. 24); mientras, en el siguiente peldaño, entre los gobernantes, ha predominado el lema de “mano dura”, como amenaza del uso de la violencia del estado contra los infractores o detractores de los gobiernos.

En la apreciación de Gledhill (2010, 2016), los esfuerzos de los actores políticos son intentos sofisticados y neoliberales de recuperar la credibilidad, combinando la ayuda con la violencia represiva. Con esta tendencia, se han intensificado los programas de transferencia condicionada al tiempo que las estadísticas de desaparición forzada aumentan, así como la incidencia delictiva, la represión policial y la securización con apariencia de pacificación.

Marc Abélès, también reconoce como los actores políticos se valen de múltiples medios para enviar mensajes a los ciudadanos y expone los ritos políticos, a través de los cuales, los gobernantes reafirman pacíficamente su autoridad. En México esos mensajes que envían los gobernantes han sido más que evidentes en los altos gastos en publicidad. Entre los ritos políticos más comunes está la entrega de apoyos asistenciales a población vulnerable en ceremonias públicas y transmisiones en distintos medios publicitarios. Agregaremos la apropiación de símbolos populares y culturales para uso político, que ya menciona Gledhill, como la apropiación de la imagen del célebre revolucionario Emiliano Zapata:

[...] para comprender el poder emotivo de los rituales políticos, donde las multitudes son arrastradas por los símbolos implicados mientras se muestran totalmente cónicas respecto al papel de las figuras públicas civiles, o militares que ofician la ceremonia. El poder emotivo de la figura de Emiliano Zapata para los mexicanos de clase baja radica en la autenticidad de su «representación» del pueblo. Como líder popular traicionado y asesinado por la elite política de la sociedad posrevolucionaria, Zapata no es simplemente alguien que no se «vendió» al pueblo, sino que representa su traición colectiva (Powell 1996, 52-53, citado en Gledhill, 2010, p. 227).

Los gobiernos usurpadores del papel de revolucionarios, por un lado, explotan las emociones que despiertan figuras como la de Emiliano Zapata, mientras en sus acciones protegen el despojo a los campesinos y pueblos originarios para favorecer a las empresas privadas, como en el caso del monopolio del estado en la industria energética durante la administración presidencial de Enrique Peña Nieto y que ilustra con detalle Gledhill (Gledhill, 2016, p. 256).

El manejo de las emociones ha sido fuente de poder de las elites políticas y los gobiernos del «partido oficial» han sostenido sus estructuras políticas en una maquinaria de opresión, que no sólo ha servido para asegurar la violencia estructural, a través de políticas asistenciales, también han usado la violencia del estado para pacificar a los sectores de la población que representan riesgo para los intereses neoliberales, promoviendo el miedo para imponer líderes y autoridades.

Los gobernantes no sólo se han caracterizado por el combate contra los actores de la violencia, también han fabricado algunos de estos actores y han sido actores de la violencia, para asegurar el control de los territorios. La securización, ha consistido en la criminalización de movimientos sociales, ecologistas, periodistas u

oposición, que ha desplegado una especie de terrorismo de estado, como en el caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, Chiapas, 1994.

Respecto a las propuestas relativas al endurecimiento de las penas, quizá también se ha dejado un poco ambiguo el tema de la prevención del delito, olvidando aquel viejo lema de los penitenciaristas de «más vale prevenir que readaptar», y no sólo es relevante por los altos costos económicos, sociales y humanos que implican las violencias en los territorios; sino, porque la prevención es el puente entre la violencia directa y la violencia estructural.

El endurecimiento de las penas solo representa el camino a un callejón sin salida, sobre todo si consideramos que el miedo paraliza a las víctimas, el estado está deslegitimado, y las víctimas no son reconocidas como causa del delito, sino como consecuencia. Asimismo, la corrupción y la impunidad han mermado las capacidades del sistema de seguridad y de justicia y la sobrepoblación en las instituciones penitenciarias, abre la posibilidad de prelibertades cuando los internos aún no están preparados para reintegrarse funcionalmente en la sociedad. Aunado a lo expuesto, la posición marginal de los preliberados, por su condición de exinternos, llega a ser con frecuencia un factor motivacional de reincidencia delictiva.

En cuanto a la violencia expuesta en los medios de comunicación, es claro que existe una doble hermenéutica, al magnificar lo que se considera una amenaza o riesgo en los territorios (que a menudo tiene que ver con intereses económicos y políticos), esta posibilidad se enuncia en dos proverbios «el miedo es a menudo más grande que el peligro» y «cuanto más miedo, más peligro» (Elster, 2007, p. 58). Elster, atendiendo a los efectos de la comunicación, llama la atención a que las emociones nos pueden conducir a creencias sesgadas, porque impiden recoger información suficiente; quizá habría que agregar que esta “inocente” doble hermenéutica no sólo fomenta el miedo, sino que contribuye a criminalizar a ciertos sectores y a legitimar las acciones de securización o “pacificación” del estado.

6. La panacea de la violencia de estado

Hemos planteado como las violencias han sido un instrumento de poder y de control por parte del crimen organizado, el narcotráfico y del estado. Mientras el uso de la violencia del estado se ha justificado para poner fin a amenazas como la delincuencia, también alcanza a sectores de la población que representan un riesgo a los intereses del estado o del mercado. En el caso del crimen organizado y el narcotráfico que caracterizan ciertos territorios, cada vez representan un conflicto mayor que implica una peligrosa combinación entre falta de oportunidades y explotación, reclutamiento y una multiplicidad de delitos perpetrados contra los más vulnerables. Además, de la inseguridad que representan los delincuentes de cuello blanco. Estos diversos actores de la violencia, han contribuido a la cotidianeidad de la violencia y a su normalización; y mantienen el miedo colectivo.

La violencia de estado no tiene una fecha de nacimiento, porque en términos de los especialistas en el surgimiento del estado, es inherente a la formación de este orden y al mantenimiento de una jerarquía de poder. A pesar de que la violencia de estado no es nueva, en México suele vincularse a la represión de movimientos sociales, a partir de 1970 en Guerrero, 1994 en Chiapas y Michoacán en 2006 (Gledhill, 2016).

Los hechos violentos en los que participaron las fuerzas armadas del estado en Guerrero y Chiapas llegaron a identificarse como crímenes contra la humanidad, genocidios y exterminios que han provocado despojos, desapariciones masivas, expulsiones, pánico social y al mismo tiempo han reproducido formas de violencia y vulnerabilidad de una parte de la población, principalmente de los campesinos, los pueblos originarios y los sectores más empobrecidos.

La violencia ejercida por el estado ha generado desplazamientos de la población tras la amenaza de las fuerzas del estado, desaparición forzada y de alianzas entre las instituciones de seguridad y organizaciones criminales, como describe John Gledhill: «Los militares y la policía no son, sin embargo, los únicos actores en una violencia que tiene un carácter político, y hay quejas cada vez más frecuentes de que el crimen organizado actúa en connivencia con los intereses políticos que dominan el estado» (Gledhill, 2016, p. 168).

El estado vive una crisis de credibilidad relacionada no sólo con la corrupción, la alianza con el capital y con el crimen organizado, sino también con la desaparición forzada y su incapacidad para proteger a los ciudadanos (Gledhill, 2016; Valenzuela, 2016). En este contexto, John Ghedhill rechaza la idea de que el carácter represor del estado tenga el propósito de «restaurar el imperio de la ley» porque este imperio no ha existido nunca y realiza la siguiente consideración:

Las élites mexicanas pretenden volver a imponer la autoridad estatal incorporando en las nuevas estructuras de gobernanza a algunos actores armados que tienen su origen en el mundo del crimen, tratando de asimilar a otros que también pueden hacer algo para reforzar el imperio de la ley a más largo plazo, y criminalizando aquellos movimientos sociales que constituyen potenciales impedimentos al avance inexorable de la acumulación de capital en las zonas rurales de México (Gledhill, 2016, p. 151).

A pesar del infructuoso despliegue de violencia, luchas y graves pérdidas, la respuesta del estado continúa siendo un panóptico, a través de tecnologías de seguridad y vigilancia, inversión en equipo militar; acciones que no han provocado cambios en la tendencia de la violencia, la delincuencia y la presencia de organizaciones criminales.

El caos provocado por la violencia ha abierto la caja de pandora, en términos de Alfonso Valenzuela (2016), el estado no logra controlar al crimen organizado porque además de tecnología y armamento cuenta la complicidad de políticos y cuerpos policiacos de distintos niveles de gobierno.

...el Estado se vuelve cada vez más *represor* (disciplinar) y *controlador* (la gente está dispuesta a renunciar a sus derechos fundamentales con tal de ver controlada la violencia) y, sin embargo, la paradoja radica en el hecho de que existen otros agentes con poderes análogos como grupos paramilitares y/o las organizaciones criminales, que también *reprimen* (a periodistas, políticos, policías o civiles), o bien *controlan* (territorios, economías locales, gobiernos estatales y municipales)³ (Valenzuela, 2016, p. 41).

El empleo de la violencia legal contra los actos de violencia ilegal, no ha bastado para detener el crimen; no obstante, el uso de la violencia se legitima en el riesgo que representa el transgresor. Los panópticos, las tecnologías de seguridad y vigilancia para combatir la delincuencia, sólo han generado más costos económicos

³ Las cursivas son del texto original.

y sociales que han contribuido a profundizar la crisis de legitimidad del estado, en palabras de Gledhill:

México se ha convertido en un país en el que se criminaliza de manera rutinaria a los movimientos sociales genuinamente populares, al tiempo que se encarcela a sus líderes, mientras que aquellos que se dedican a actividades ilegales siguen prosperando bajo la protección de un estado que produce inseguridad en lugar de aliviarla (Gledhill, 2016, p. 197).

El despliegue de violencia del estado no ha disminuido la tendencia del aumento de la violencia y la delincuencia, como muestran las siguientes cifras:

En el nivel nacional en 33.9 % de los hogares al menos una persona sufrió un tipo de delito, en el Estado de México y en el Distrito Federal el índice alcanzó 57.2 % y 40.9 % de los hogares, respectivamente. La tasa de incidencia delictiva por cada cien mil habitantes es una de las mediciones estandarizadas en el nivel internacional, y mientras que el promedio nacional es del orden de 35 139 delitos, en el Distrito Federal se dispara a 49 198 hechos delictivos (Valenzuela, 2016, p. 139).

Las posturas ante la violencia y la delincuencia se encuentran divididas, mientras las clases alta y media claman por mayor castigo para los delincuentes, la población en condiciones de pobreza es criminalizada y el delito perpetrado contra estos no es perseguido. De tal manera, que en los territorios de alto riesgo se vive una especie de anomia y ruptura del tejido social, en estas sociedades cualquier extraño despierta sospechas y desconfianza, acentuando la discriminación y el racismo y xenofobia, como si los pobres fueran los culpables del deterioro social y de la erosión de las instituciones.

Estas posiciones y capacidades de las diferentes clases sociales han contribuido a que México la prevención del delito sea «precaución» y se vuelva una cuestión de clases sociales; la clase alta y media tienen posibilidades para invertir en alarmas, cámaras de video vigilancia y agencias de seguridad privada, la clase baja queda prácticamente desprotegida, sin la protección de la seguridad pública y sin acceso a la justicia.

De acuerdo con información que presenta Alfonso Valenzuela, en la última década, las familias mexicanas incrementaron su gasto en seguridad y vigilancia en 40% y México ocupa el tercer lugar en el mundo en la compra de equipo de seguridad:

En lo colectivo, ante la incapacidad de la seguridad pública por asegurar el orden, las respuestas se han concentrado en la fortificación de los vecindarios, en el cierre de las calles y en la contratación de agencias de seguridad privada ... la seguridad privada se ha erigido como un modelo alternativo a las fuerzas del orden oficiales, como se evidencia en el estudio de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el cual estimaba en 150 mil guardias de seguridad privados contra cien mil elementos de seguridad pública para dicha demarcación (La Jornada, 1998, citado en Valenzuela, 2016, p. 150).

Esta diferencia de acceso en sociedades profundamente desiguales es solo una distinción social más de clase y tiene que ver con esa dimensión estructural de la violencia. Tal parece que los más pobres son los más expuestos, criminalizados, objeto de securización y sin acceso a la justicia. No obstante, estas diferencias no solo se ven entre clases sociales, sino también entre territorios.

En este orden de ideas, la antropóloga Elena Azaola, explica que la destrucción del tejido social ha facilitado la apropiación del espacio al crimen organizado y los territorios se van transformando en tierra de nadie, territorios sin ley

o bajo la ley del más fuerte: «No hay trasgresión donde las normas no han sido apropiadas y dónde la sanción es débil. Se penetra así a un mundo donde todo es posible...» (Azaola, 2008, p. 263). En esta línea, Azaola no solo hace referencia a la delincuencia, sino también a la impunidad.

Un ejemplo de estas alianzas es el Estado de Coahuila, donde se han presentado graves acusaciones de crímenes contra la humanidad, ante la Corte Penal Internacional (Díaz, 2017), porque se han hallado lazos de asociación delictuosa entre organizaciones policiacas y cárteles de la droga. Se trata de poderes intermedios que el mismo estado creó para mantener la paz y el imperio de la ley, pero los poderes intermedios referidos rebasaron el poder de sus jefes y la pregunta qué habría que hacer ahora es ¿Quién sirve a quién?

El agravamiento de las penas se ha planteado reiteradamente como una solución al problema de la violencia y delincuencia desde escenarios políticos; no obstante, el sistema penitenciario en México ya enfrenta graves retos ante el crecimiento de la delincuencia y la sobrepoblación de las instituciones de readaptación. La tasa de encarcelamiento en México es de 196 por 100.000, más alta que la de Brasil (Gledhill, 2016, p. 40).

El problema común que ya presentan las instituciones penitenciarias ante la sobrepoblación y hacinamiento es que cuando los espacios se vuelven insuficientes, trasladan a los internos, y crean programas de «despresurización», a través de los cuales, otorgan beneficios de prelibertad (pueden compurgar una parte de su sentencia extramuros) masivos a «internos de bajo riesgo», cuyos delitos fueron tipificados como no graves. No obstante, en 2017 el sistema penitenciario en México ha mostrado una serie de problemáticas, entre las más fuertes destacan casos de motines en Tamaulipas y Veracruz.

El 7 de junio de 2017 murieron 7 personas y 29 internos se fugaron en posesión de armas de fuego para uso exclusivo del Ejército del Centro de Ejecución de Sanciones de Victoria (González, 2017); el 20 de junio de 2017 la policía federal trasladó 38 internos de alto riesgo del penal de Topo Chico en Veracruz, hacia penales de Guanajuato, Durango, Veracruz, Oaxaca y Michoacán "...con el fin de evitar nuevos incidentes violentos como la masacre registrada el 11 de febrero de 2016, la cual dejó 49 muertos y 34 heridos" (Carrizales, 2017). En el Centro de Readaptación Social de Acapulco, una riña dejó un saldo de 34 muertos y 32 heridos (Flores, 2017) "prisión tiene sobrepoblación de 27 %: hay 2 mil 101, cuenta con lugar para mil 624" (De Dios, 2017).

De escenarios como estos podríamos hacer un largo inventario, contando solo las instituciones penitenciarias en lo que va del año. El externamiento masivo es un tema de alerta porque preliberan a internos para liberar espacio, el 7 de julio de 2017, Miguel Ángel Mancera Espinosa, Jefe de gobierno de la Ciudad de México, informó la posible liberación de 4000 internos de las instituciones penitenciarias de la capital de país (Redacción Proceso, 2017). Cada vez son más las preguntas que las respuestas, y al respecto tendríamos que plantearnos ¿qué nuevos riesgos suponen las liberaciones masivas en territorios caracterizados por la violencia y delincuencia?

La violencia y la delincuencia tienen características particulares en cada territorio, por eso el territorio es fundamental para pensar o repensar el tema de la prevención del delito, el cual constituye el vínculo que conecta las condiciones estructurales y con la violencia directa y la delincuencia.

7. ¿Prevención o precaución del delito?

Como ya vimos, las emociones y la violencia pueden tomar valores positivos y negativos, como la violencia estructural «aceptada», justificada e institucionalizada (invisibilizada, dirigida a «educar» y «corregir») como pasa con la violencia intrafamiliar, aunque a veces llega a ser brutal y sádica.

La distancia entre la violencia «justificada» e «injustificada», supone la existencia de múltiples niveles intermedios de violencia, que implican distintas direcciones y cruces entre la dimensión estructural y directa, en la familia y otros espacios colectivos como la escuela, la calle, el barrio. Estos niveles intermedios de violencia implican distintas dosis de brutalidad. Esto significa que la violencia se mantiene y reproduce, a través de conductas colectivas en la familia, tradiciones culturales, y en los sistemas económicos y políticos.

Además del aumento progresivo de la delincuencia, hay un aumento en la intensidad de la violencia y nuevas formas de trasgresión, como el robo de información, las extorsiones, los asaltos a domicilio, el crecimiento de la delincuencia organizada alrededor de grupos vulnerables, secuestro y trata de personas, homicidio, robo de órganos, masacres, fosas comunes, entre otros. En esta carrera criminal las estrategias de control y prevención del delito no logran avanzar al mismo ritmo que la violencia y la delincuencia.

El estado no ha logrado diseñar políticas de prevención del delito capaces de combatir el origen la violencia y la delincuencia *in situ*, ni siquiera que consigan comprender la pluralidad de las violencias que afectan a los sistemas locales. Las medidas más comunes podrían clasificarse como precaución del delito, porque no atienden el origen la génesis o criminogénesis.

La incapacidad del estado para prevenir el delito, incrementa la posibilidad de que cualquiera pueda ser víctima, en este escenario los ciudadanos responden con acciones de precaución, defensa e incluso castigo. La precaución fomenta la individualización, el aislamiento, la desconfianza, tiene que ver con tomar medidas de seguridad individual, evitar lugares y horarios de riesgo. La defensa tiene que ver con el conjunto de acciones para protección individual o grupal, como portación de armas, uso de tecnologías y seguridad privada para salvaguardarse. Y el castigo, ha sido una medida colectiva que surge de grupos que han decidido recuperar sus territorios y proteger a sus familias y comunidades.

Los programas y acciones calificadas como preventivas desde el gobierno, se refieren comúnmente a la reestructuración de los sistemas policiales y de justicia penal, sin que hasta ahora exista evidencia empírica de la disminución de la violencia y la delincuencia. Quizá, uno de los avances más importantes en este ámbito ha sido la creación de la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia⁴ en 2011 (LGPSVD), a partir de la cual se crea una subsecretaría y un Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.

La LGPSVD establece en su artículo 2º que «la prevención social de la violencia y la delincuencia es el conjunto de políticas públicas, programas y acciones orientadas a reducir los factores de riesgo que favorezcan la generación de la violencia y delincuencia, así como combatir las distintas causas y factores que la generan (LGPSVD, 2012)», el problema es que las instituciones y los diferentes

⁴ Puede consultarse en la siguiente dirección:

http://www.shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/MarcoJuridicoGlobal/Leyes/370_lgpsvd.pdf

niveles de gobierno no han logrado identificar las causas del delito, además colocan a la violencia y la delincuencia en el mismo paquete y cada organización estatal y municipal, sigue entendiendo lo que puede y lo que quiere. Para conectar las causas del delito y combatirlas habría que pensar en políticas diferenciadas, dada la particularidad del fenómeno (amalgama de las violencias) en cada territorio.

Ya el término *prevención* es polisémico, debido a que se utiliza en diversos ámbitos y con variados fines, por ejemplo en lo que respecta a prevención social, prevención comunitaria, prevención del delito (Martínez y Aguilar, 2017, p. 197). A pesar de esta ambigüedad, con base en la ley referida, la prevención no sólo tiene que ver mecanismos para disuadir el delito antes de que suceda sino con combatir las causas, que como hemos planteado involucran a la dimensión de la violencia estructural, presente en la violencia cotidiana.

Existen otras nociones que contribuyen a fundamentar y clarificar esta perspectiva, como la de prevención pre-delictiva recuperada de Irvin Waller «a través de intervenciones que apuntan a la transformación de actitudes, estilos, entornos y patrones de vida individuales y comunitarios, además de la operación y las respuestas institucionales» (Martínez y Aguilar, 2017, p. 197). La prevención del delito tiene que ver con reforzar las anclas sociales de los niños y jóvenes. Ciertos especialistas en el tema se refieren a la prevención temprana de la delincuencia para hacer referencia a que no sólo se trata de disuadir, sino de que el niño construya lazos fuertes con su sociedad, a partir de la familia y el grupo social, «lugares» donde se forma a los ciudadanos.

De acuerdo con David P. Farrington (1999), debemos volver la vista hacia los niños y jóvenes, para arraigarlos y fortalecer el sentido de pertenencia a la sociedad, la cultura y el territorio. Significa, que se sientan identificados con sus grupos sociales desde la primera infancia para que tengan una integración social funcional, de esta forma las personas no tendrán incentivos para transgredir las reglas y podrán contribuir al bien común. Se trata de reconstruir la noción del «nosotros» que se erosionó con las violencias.

La prevención temprana tiene que ver con evitar que los niños sean víctimas y/o infractores, como en las famosas cadenas de violencia, donde la violencia se canaliza hacia el más débil. En esta línea argumentativa, la solución no está en el poder coercitivo del estado, en los sistemas penales de alta seguridad, ni en los mecanismos inhibidores o disuasivos de seguridad pública; la clave es visibilizar el hibridaje entre violencia estructural y la violencia directa en los territorios, a partir de espacios estratégicos, como la familia, la escuela y el grupo social.

La confusión entre prevención del delito y precaución del delito, no es inofensiva, tiene un gran impacto en las instituciones encargadas de la prevención del delito, porque se mantiene el miedo colectivo, pánico social, aislamiento, desconfianza e inseguridad, y al mismo tiempo, se proporciona la justificación perfecta para la intervención represiva del estado, la preservación de élites políticas y la eliminación de amenazas a los intereses del estado. La confusión de términos justifica la falta de capacidades y evade la falla de nuestros gobiernos para combatir la criminogénesis y sobre todo, se culpa a los ciudadanos de sus desventajas heredadas y se legitima la meritocracia.

La inversión del estado en cuerpos de seguridad, armas y tecnología militar, no representa una ventaja cuando se utiliza en contra del pueblo y no se ataca el origen del problema, sino se utiliza para controlar el crimen organizado a favor de las élites políticas. Por lo tanto, la solución no es matar a todos, ni tampoco encerrar a

todos, sino diseñar programas de prevención eficaces que identifiquen la criminogénesis de los territorios, como punto de partida.

La precaución del delito es sólo un privilegio de las clases sociales media y alta, que pueden invertir en seguridad privada y tecnologías de seguridad; mientras los más pobres no sólo son criminalizados, también los más vulnerables a ciertos delitos como: robo de infantes, robo con violencia, violaciones, secuestro, trata de personas, robo de órganos.

La segregación en los territorios de alto riesgo, contribuye a la destrucción de la cohesión y el sentido comunitario. Entre los especialistas en violencia, Valenzuela (2016) propone la reapropiación del territorio y la participación colectiva en la recuperación de espacios comunes, esto lleva a identificar capacidades colectivas que contribuyan a la seguridad de sistemas locales, mediante el control social del espacio.

Para Valenzuela (2016), el papel de la escuela y la cohesión social, se vuelven fundamentales en la prevención del delito y la recuperación del territorio. Un joven protegido, escuchado, que disponga de espacios para ser, hacer, estar, decir, sentir, y canalice su energía en el deporte, desarrolle talentos artísticos y creativos y se nutra del valor de las ideas e intervenciones pedagógicas, tenderá a desarrollar plenamente su potencialidad y competencias para el futuro.

A partir de estas aproximaciones podemos ver al territorio como un elemento integrador e identitario, y su reapropiación como una estrategia para el combate colectivo de actividades ilícitas y delictivas (Valenzuela, 2016). Y a la prevención (de la violencia y la delincuencia) como el prisma que identifica la pluralidad de las violencias, a partir de la lectura del territorio, dada la diversidad de expresiones de las violencias y las desigualdades que caracterizan a México.

8. Conclusiones

A manera de conclusión, reiteramos que la violencia es una construcción social porque las sociedades van enseñándola, reproduciéndola o permitiéndola, a través de los sistemas económicos, políticos y culturales, como en el caso de la violencia intrafamiliar, los patrones se repiten en los hijos como golpeadores y las hijas golpeadas. Y en el caso de las famosas cadenas de violencia, donde la violencia se dirige al más débil.

La violencia es un indicador de la crisis social y moral en el territorio, pero también es producto de la violencia estructural, invisibilizada e institucionalizada. La dificultad para reconocer esta dimensión de la violencia ha contribuido a su reproducción, preservación e intensificación. Y los riesgos de ver la dimensión directa y estructural de forma aislada, implican el diseño de políticas de prevención y control fragmentadas, más parecidas a la precaución del delito y no logran atender la criminogénesis, ni disminuir los niveles de riesgo en los territorios, como ha ocurrido hasta hoy en México.

El incremento de los actos delictivos y la institucionalización de la violencia han contribuido a intensificar la violencia estructural y la violencia directa. Como resultado de las condiciones de violencia y delincuencia, el miedo colectivo y el pánico social han sido dispositivos de control y poder de las élites políticas. El empleo de la violencia de estado ha ocasionado la devastación de territorios y el exterminio de

poblaciones completas, considerando, que las fuerzas militares han sido asociadas a la desaparición forzada, al despojo y represión de la población en lo que va del siglo XX y XXI.

En los territorios de alto riesgo existe una creciente desconfianza hacia el estado y los niveles de violencia y delincuencia fracturan y destruyen la cohesión social. Los delincuentes de cuello blanco, el crimen organizado y el narcotráfico están tomando el control del espacio público y lo están haciendo privado, como un área de la que se posesionan. Así, la gente empieza a perder los espacios públicos por miedo.

La espacialización de la violencia y la delincuencia, solo degrada progresivamente los lazos sociales, las formas de interacción colectiva y sentido de pertenencia. Las organizaciones del estado y gobernantes justifican su insuficiencia de capacidades para atender la desigualdad y la delincuencia, en la criminalización y securización de la población más vulnerable, heredera de las desventajas acumuladas de raza y clase social; de tal forma, que los más pobres cada vez tienen menos alternativas e incentivos en su entorno, para insertarse funcionalmente en la sociedad.

Llevamos sexenios comprobando que la solución ante el aumento de la delincuencia no está en la seguridad pública y endurecimiento de las penas, sino en los lazos que la familia, la escuela y la comunidad forjan entre los sujetos y la sociedad. Estas instituciones son lugares clave en la formación y construcción de sentido de pertenencia, para que los ciudadanos puedan participar funcionalmente en la sociedad.

En este sentido, es pertinente hablar de la prevención temprana de la violencia y predelinquencia, ambas categorías apuntan hacia la necesidad de considerar la amalgama entre la violencia estructural y la violencia directa, las particularidades (causalidades y efectos) en los territorios y la prevención del delito como una forma estratégica de mediación en función del territorio y las violencias localizadas.

La especialización de la población, entendida como segregación y separación entre pobres, clases medias y ricos, así como en zonas de alto riesgo y bajo riesgo, tampoco ha solucionado las violencias, ni la delincuencia. Ya investigaciones sobre el tema han documentado que los infractores también viven en fraccionamientos y comunidades cerradas.

Bibliografía

- Adame Cerón, M. Á. (2014). *Violencias, bullying y juegos de la muerte*. Ciudad de México, México: Ediciones Navarra.
- Arendt, H. (2008). *Sobre la violencia*. Madrid, España: Alianza.
- Azaola, E. (2008). *Crimen, castigo y violencias en México*. Ciudad de México, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).
- Baños Nodedal y A. A. (2005). Antropología de la violencia. En C. Serrano Sánchez, P.O. Hernández Espinoza y F. Ortiz Pedraza (eds.), *Estudios de Antropología Biológica* (pp. 41-61). Ciudad de México, México: UNAM.
- Barrera Méndez, J. A. (2010). El miedo colectivo: el paso de la experiencia individual a la experiencia colectiva. *El Cotidiano*, enero-febrero (159), 5-10. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/325/32512747002.pdf>

- Bufachi, V. (2015). Dos conceptos de violencia. En A. Aguirre, A. Nochebuena y M. García Aguilar (eds.), *Estudios para la no violencia I* (pp. 129-147). Atizapán de Zaragoza, México: Afinita Editorial.
- Carrizales, D. (20 junio, 2017). Otro motín en Topo Chico... ahora por el traslado de reos. *El Universal*. Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/06/20/otro-motin-en-topo-chico-ahora-por-el-traslado-de-reos>
- Casillas R., R. (2016). Violencia y migración en México. Una elaboración conceptual. En S.P. Izcarra Palacios y K.L. Andrade Rubio (eds.), *Migración indocumentada y trata de personas* (pp. 17-71). Ciudad de México, México: Editorial Fontamara.
- Castells, M. (2006). *La era de la información. Fin del milenio, Volumen 3*. Madrid, España: Alianza.
- Cohen, A. (1979). Antropología Política. El análisis del simbolismo en las relaciones de poder (pp. 27-53). En J.R. Llovera (ed.), *Antropología Política*. Barcelona, España: Anagrama.
- De Dios Palma, A. (7 julio, 2017). Deja 28 muertos riña en penal de Acapulco. *El Universal*. Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/07/7/masacran-28-internos-en-el-penal-de-acapulco#imagen-1>
- Díaz, G. L. (8 julio, 2017). Los Moreira, denunciados ante la Corte Penal Internacional. *Proceso*. Recuperado de <http://www.proceso.com.mx/494156/los-moreira-denunciados-ante-la-corte-penal-internacional>
- Díaz-Salazar, R. (2011). *Desigualdades internacionales*. Barcelona, España: Icaria Editorial.
- González Luna, F. (2018). *Geografía de la violencia. Una aproximación conceptual al fundamento espacial de la violencia estructural*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Elster, J. (2007). *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y más tornillos para las ciencias sociales*. Ciudad de México, México: Editorial Gedisa.
- Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (2017), INEGI, México. Recuperado de: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2017/>
- Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (2012), INEGI, México. Recuperado de: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2012/>
- Farrington, D. P. (1999). *Cambridge Study in Delinquent Development [Great Britain], 1961-1981*. Recuperado de: https://library.carleton.ca/sites/default/files/find/data/surveys/pdf_files/csdd-uk-61-81-cbk.pdf
- Ferrandiz Martín, F. y Feixa Pampols, C. (2004). Una mirada antropológica sobre las violencias. *Alteridades*, 14 (27), pp. 159-174.
- Flores Contreras, E. (8 julio, 2017). Informe interno de Fiscalía revela 34 muertos y 32 heridos en el penal de Acapulco. *Proceso*. Recuperado de <http://www.proceso.com.mx/494142/informe-interno-fiscalia-revela-34-muertos-32-heridos-en-penal-acapulco>
- García Ramírez, S. (2017). La Constitución y el sistema penal: setenta y cinco años (1940-2015). En S. García Ramírez y O. Islas De González Mariscal (eds.) *Evolución del sistema penal mexicano, Tres cuartos de siglo* (pp. 3-30.). Ciudad de México, México: UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4770/3.pdf>
- Gledhill, J. (2016). *La nueva guerra contra los pobres. La proporción de inseguridad en Latinoamérica*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Gledhill, J. (2000). *El poder y sus disfraces*. Barcelona, España: Bellaterra.

- González Antonio, H. (5 junio, 2017). Investigan balacera y fuga de 29 reos en el penal de Ciudad Victoria. *Excelsior*. Recuperado de <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/06/15/1170034>
- Izcara Palacios, S. P. y Andrade Rubio, K. L. (2016). Introducción. En S.P. Izcara Palacios y K.L. Andrade Rubio (eds.), *Migración indocumentada y trata de personas* (pp. 9-13). Ciudad de México, México: Editorial Fontamara.
- Redacción Proceso (2 julio, 2017). Mancera alerta por la posible liberación de cuatro mil reos; pide a sociedad que se prepare. *Proceso*. Recuperado de <http://www.proceso.com.mx/494052/mancera-alerta-por-la-posible-liberacion-de-cuatro-mil-reos-pide-a-sociedad-que-se-prepare>
- López, N., Kessler, G., Urresti, M., D'Alessandre, V., Sourrouille, F. y Caderosso M., (2008), La escuela y los adolescentes. Informe sobre tendencias sociales y educativas en América Latina 2008. International Institute for Educational Planning, UNESCO Sede Regional Buenos Aires y Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), España. Recuperado de: www.oei.es/historico/pdfs/siteal2008.pdf/
- Martínez, F. (2 junio, 2018). Hay 37 mil 435 desaparecidos, informa la SG. *La Jornada*. Recuperado de <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2018/06/02/hay-37-mil-435-desaparecidos-informa-la-sg-9863.html>
- Martínez-Solares, V. y Aguilar Sánchez, O. (2017). Prevención de la violencia y el delito en 75 años de análisis de la evolución teórica. En S. García Ramírez y O. Islas de González Mariscal (eds.), *Evolución del sistema penal mexicano, Tres cuartos de siglo* (pp. 3-30). Ciudad de México, México: UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales), México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4770/13.pdf>
- Molina Rodríguez, D. (2012). VI. Contexto y conducta violenta. Los adolescentes en conflicto con la Ley penal. En I.T. Guevara Martínez y A. Mojardín Heráldez, *La violencia en Sinaloa. Materiales para una psicología cultural* (pp. 137-158). Culiacán Rosales, México: Universidad Autónoma de Sinaloa.
- OCDE (2018). *Education at a Glance 2018. OECD Indicators*, París: OECD Publishing. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/eag-2018-en.pdf?expires=1568092035&id=id&accname=quest&checksum=53A47E797BF A8573BDA6207CC508AFA9>
- Pérez Islas, J. A. (2009). Las cuatro transformaciones históricas de la condición juvenil. En M. Urteaga Castro-Pozo (coord.), *Juventudes, culturas, identidades y tribus juveniles en el México contemporáneo. Suplemento de Diario de Campo* (56), pp. 29-35.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2016), *Informe sobre Desarrollo Humano*. Recuperado de <http://www.mx.undp.org/content/dam/mexico/docs/Publicaciones/Publicaciones/ReduccionPobreza/InformesDesarrolloHumano/idhmovilidadsocial2016/PNUD%20IDH2016.pdf> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2017).
- Recasens Salvo, A. (2005-2006). Aproximaciones antropológicas al fenómeno de la violencia, *Revista de Antropología*, 18, pp. 31-58. doi: 10.5354/0719-1472.2012.17969
- Redacción Proceso (2 julio, 2017). Mancera alerta por la posible liberación de cuatro mil reos; pide a sociedad que se prepare. *Proceso*. Recuperado de <http://www.proceso.com.mx/494052/mancera-alerta-por-la-posible-liberacion-de-cuatro-mil-reos-pide-a-sociedad-que-se-prepare>
- Reguillo, R. (2009). Jóvenes imaginados: la disputa por la representación (contra la esencialización). En M. Urteaga Castro-Pozo (coord.), *Juventudes, culturas, identidades y tribus juveniles en el México contemporáneo. Suplemento de Diario de Campo*, octubre-diciembre, 56, pp. 41-48.

- Reguillo, R. (2008). Los dialectos de la violencia. En N. López, G. Kessler, M. Urresti, V. D'Alessandre, F. Sourrouille y M. Caderosso, *La escuela y los adolescentes. Informe sobre tendencias sociales y educativas en América Latina 2008* (pp. 138-139). Buenos Aires, Argentina: International Institute for Educational Planning, UNESCO Sede Regional Buenos Aires y Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), España.
- Reguillo, R. (2003). Las culturas juveniles: un campo de estudio; breve agenda para la discusión. *Revista Brasileira de Educação*, 23, pp. 103-118. doi: 10.1590/S1413-24782003000200008
- Reguillo, R. (2000). *Emergencia de culturas juveniles. Estrategias del desencanto*. Ciudad de México. México: Grupo Editorial Norma.
- Sandoval García, C. (2015). *No más muros: exclusión y migración forzada en Centroamérica*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica (UCR).
- Saraví, A. G. (2015). *Juventudes fragmentadas. Socialización, clase y cultura en la construcción de la desigualdad*. Ciudad de México, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).
- Tortosa, J. M. (2008). La amenaza definitiva a la paz: las armas nucleares. En N. Arteaga Botello, J.G. Arzate Salgado, J.A. Arzuaga Magnoni y G. Díaz Pérez, *Violencia, ciudadanía y desarrollo* (pp. 15-40). Ciudad de México, México: Miguel Ángel Porrúa Editorial.
- Urteaga Castro-Pozo, M. (2009). Juventud y antropología: una exploración de los clásicos en Juventudes, culturas, identidades y tribus en el México contemporáneo. *Suplemento de Diario de Campo*, octubre-diciembre, 56, pp. 13-28.
- Useche Aldana, O. (2008). Miedo, seguridad y resistencias: el miedo como articulación política de la negatividad. *Polis, Revista Latinoamericana*, 19. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/polis/3893#bibliography>
- Valdez, M. (2009). Jóvenes y datos, Panorama de la desigualdad. En: URTEAGA Castro-Pozo, M., *Juventudes, culturas, identidades y tribus juveniles en el México contemporáneo*. *Suplemento de Diario de Campo*, octubre-diciembre (56), pp. 37-39.
- Valenzuela Aguilera, A. (2016). *La construcción espacial del miedo*. Ciudad de México, México: Juan Pablos Editorial y Universidad Autónoma de Morelos.
- Weber, M. (1919). *El político y el científico*. Recuperado de: <http://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf>

Justicia distributiva

Distributive Justice

Fernando Aguiar González

IFS-CSIC

ORCID ID 0000-0001-7787-2075

faguiar@cchs.csic.es

Cita recomendada:

Aguiar González, F. (2019). Justicia distributiva. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 207-219.

doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.5025>

Recibido / received: 06/06/2018
Aceptado / accepted: 20/02/2019

Resumen

En este artículo se realiza un breve recorrido por las teorías de la justicia distributiva más influyentes, partiendo de John Rawls y terminando con los principios propuestos por Martha Nussbaum para el desarrollo de una justicia global. En ese recorrido veremos cómo responden esas teorías a tres preguntas: qué se distribuye, cómo se distribuye y entre quiénes se distribuye. Esto nos permitirá comparar sus fundamentos y sus principios de distribución justa, así como comprender mejor sus límites.

Palabras clave

Bienes primarios, capacidades, comunidad, igualdad, justicia global, principio de diferencia, renta básica, suerte, utilitarismo.

Abstract

This article offers a brief overview of the most influential theories of distributive justice, starting with John Rawls and ending up with Martha Nussbaum's principles for a global justice. Along this way we will see how they answer these three questions: what to distribute, how it is distributed and among whom it is distributed. This will allow us to compare its foundations and principles of fair distribution, as well as to better understand its limits.

Keywords

Basic income, capabilities, community, difference principle, equality, global justice, luck, primary goods, utilitarianism.

Sumario. 1. Introducción. 2. ¿Qué se distribuye y cómo? Rawls, los dos principios de justicia y los bienes primarios. 3. Recursos, utilidades y capacidades: Dworkin, van Parijs, Harsanyi y Sen. 4. Justicia, mercado y derechos: Robert Nozick. 5. ¿Entre quiénes se distribuye? Comunitarismo, cosmopolitismo y fronteras de la justicia.

1. Introducción

El concepto de igualdad es puramente relacional. Podemos afirmar que Antonia es libre pero no podemos decir, sin añadir algo más, que Antonia es igual. ¿Igual con respecto a quién? ¿Igual en qué? La estructura lógica del concepto de igualdad debe responder a la siguiente fórmula: X es igual a Y en Z (Bobbio, 1993). Por lo tanto, hay que preguntarse antes de nada entre quiénes se da esa igualdad: los seres humanos, las mujeres, los hombres, los ciudadanos, los niños o los caballeros de la mesa redonda. Ahora bien, para que el concepto adquiera todo su sentido hay que preguntarse además en qué son iguales las personas entre las que se establece esa relación: ante la ley, en derechos y libertades, en ingresos, en oportunidades, en poder, etc. Cuando la igualdad se relaciona con recursos, beneficios y cargas sociales nos hallamos ante un problema de justicia distributiva. Pues bien, desde un punto de vista normativo, las teorías de la justicia distributiva consisten en el estudio de los principios que establecen cómo deben distribuirse (de forma igualitaria o no), y entre quiénes, los beneficios y las cargas sociales (Lamont y Favor, 2017). Estas teorías se enfrentan, por lo tanto, a tres preguntas:

- a. Qué se distribuye: dinero, derechos, poder, recursos.
- b. Cómo se distribuye: criterios normativos de justicia igualitarios o no igualitarios.
- c. Entre quiénes se distribuye: la humanidad, los hombres, las mujeres, los niños, los ciudadanos, los desfavorecidos, los aristócratas.

A diferencia de la teoría normativa de la justicia, la teoría positiva nos dirá cómo se distribuyen de hecho los recursos en una región, en un país dado o en todo el mundo y entre quiénes se distribuye. Así, por ejemplo, en el año 2015 el uno por ciento de las familias más ricas poseía la mitad de la riqueza privada neta mundial, sin contar lo que pudieran tener en paraísos fiscales (Milanovic, 2018). ¿Eso es justo? A mucha gente no se lo parece, pero a otra mucha sí: sin una teoría normativa de la justicia los datos, pese a su enorme importancia, no sirven para considerar justa o no una distribución dada. Teorías de la justicia, sin embargo, hay muchas y responden de manera diversa a las tres preguntas anteriores, como vamos a ver.

2. ¿Qué se distribuye y cómo? Rawls, los dos principios de justicia y los bienes primarios

La teoría de la justicia de John Rawls ocupa un lugar tan destacado que resultaría un tanto arbitrario no empezar por ella en un texto como éste¹: su respuesta a las tres preguntas anteriores nos dará la pauta para ver cómo responden otras teorías, pues muchas de ellas lo hacen partiendo de la obra de Rawls. De manera sucinta se puede afirmar que en La teoría de la justicia Rawls trata de deducir qué criterios de justicia distributiva adoptaría un individuo racional en un contexto de incertidumbre. Así pues, en relación con la pregunta sobre cómo se distribuye, la teoría de la justicia de Rawls es puramente procedimental. Un criterio de justicia puramente procedimental se puede ejemplificar mediante una apuesta justa (el siguiente ejemplo es del propio

¹ La teoría de Rawls es compleja y ha conocido a la largo de la vida del autor numerosas modificaciones desde 1971, cuando publica *A Theory of Justice*, hasta *Justice as Fairness. A Restatement*, obra de 2001, pasando por *A Theory of Justice. Revised Edition*, publicada en 1999. No podemos señalar aquí todos y cada uno de esos cambios, así que nos atendremos a un Rawls “esencial” perfectamente reconocible que se puede hallar con matices menores en todas sus obras. En el prefacio de la edición revisada Rawls resume las diferencias entre su obra de 1971 y la de 1999.

Rawls): si un grupo de personas acuerda tirar un dado o hacer girar una ruleta como medio para distribuir algo, lo más probable es que el resultado beneficie a unos y perjudique a otros, pero nadie podrá decir que es injusto, aunque sea muy mejorable. ¿Qué procedimiento será entonces el más adecuado para establecer los criterios de justicia?

En primer lugar, habrá que evitar que la elección de los principios sea parcial, pues de esa forma el procedimiento quedaría deslegitimado. Para ello Rawls parte del supuesto de que esos principios se elegirán en una posición original en la que las partes son libres e iguales y, además, desconocen todo sobre sí: el tipo de sociedad en que vivirán, el lugar que ocuparán en ella, su clase social, su sexo, su inteligencia, su raza o cualesquiera otros rasgos personales o sociales que les permitan identificarse con algún interés ajeno a la justicia. Partiendo de esa posición, la teoría de la justicia como equidad o imparcialidad (*justice as fairness*) de John Rawls adopta un procedimiento contractualista de estirpe lockeana, rousseauiana y kantiana: individuos racionales, libres e iguales sobre los que ha caído un grueso velo de ignorancia deben establecer, mediante un contrato social hipotético, la estructura básica de la sociedad en que vivirán:

Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales (Rawls, 1978, p. 23).

Las partes contratantes que se hallan en la posición original deben elegir, pues, una serie de principios que regulen con justicia «el modo en que las instituciones...distribuyen» cargas y beneficios, derechos y deberes (*ibid.*). Esos principios serán generales, pues no deben hacer mención de personas concretas; universales, en la medida en que pueden ser aceptados por cualquier individuo racional, y públicos, ya que servirán para dirimir los conflictos de intereses. Ahora bien, ¿de qué principios se trata?

Puesto que tras el velo de ignorancia nadie sabe cuál será su suerte en la sociedad, todo el mundo tratará de elegir, según Rawls, una concepción general de la justicia que beneficie lo más posible a los menos favorecidos. En otras palabras, con la deducción de los principios en una posición original equitativa en la que se establece un contrato social hipotético, Rawls trata de limitar los efectos del azar en la vida social, es decir, la mala suerte de estar entre los desfavorecidos. Por ello supone que la concepción general de la justicia que elegirían individuos racionales sobre los que cae un velo de ignorancia sería la siguiente:

Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases del respeto mutuo– han de ser distribuidos por igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes fuese ventajosa para los menos favorecidos (Rawls, 1978, p. 341).

En esta breve cita se da respuesta a dos de las tres preguntas que debe resolver una teoría de la justicia: qué se distribuye (bienes sociales primarios)² y entre

² La lista de bienes primarios que propone es Rawls es la siguiente: «(a) En primer lugar, las libertades básicas ofrecidas en una lista, por ejemplo: libertad de pensamiento y libertad de conciencia, libertad de asociación, la libertad definida por la libertad e integridad de la persona, así como por el estado de derecho; finalmente, las libertades políticas; (b) en segundo lugar, la libertad de movimiento y de elección de ocupación, en el marco de oportunidades diversas; (c) en tercer lugar, poder y prerrogativas para ocupar cargos y posiciones de responsabilidad, particularmente aquellos en las principales instituciones

quiénes (los más desfavorecidos). En la de Rawls lo que se distribuye, los bienes sociales primarios, son lo que «las personas necesitan en su estatus como ciudadanos libres e iguales y como miembros normales de una sociedad que cooperan plenamente a lo largo de la vida» (Rawls 1999, p. xiii). Se trata de un concepto de bien social, pues, que entraña una concepción moral del individuo, la cual se plasma en dos «poderes morales»: el de la racionalidad (la capacidad para perseguir una concepción personal del bien) y el de razonabilidad (el sentido de la justicia). De esta forma, cabe entender que los bienes primarios son bienes que personas razonables y racionales quieren de forma universal, más allá de sus preferencias personales (Rawls 1982, p. 314; 1993, p. 302)³.

Los bienes primarios rawlsianos, además del lugar central que ocupan en la teoría, cumplen otras dos funciones relacionadas entre sí. Por un lado, suponen una crítica radical a cualquier teoría que mida el bienestar en términos de utilidades, ya se entiendan como felicidad, satisfacción de deseos, satisfacción de preferencias o de cualquier otra forma subjetiva (Rawls, 1999, pp. 19 y ss). Por otro lado, el concepto de bien primario permite a Rawls ofrecer una métrica objetiva de lo que hay que distribuir⁴.

Pues bien, una vez establecida la concepción general de la justicia, los individuos situados en la posición original descartan una serie de principios que se les presentan y eligen dos, uno para la libertad (principio de igual libertad) y otro, dividido en dos partes, para los demás bienes primarios (principio de diferencia y principio de igualdad de oportunidades):

1. Cada persona ha de tener derecho por igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.
2. Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:
 - a. mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
 - b. que cargos y posiciones estén abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades” (Rawls, 1978, p. 341; 1999, p. 266).

Para evitar conflictos entre ambos principios o entre las dos partes del segundo, Rawls establece una regla de prioridad (lexicográfica) según la cual el primer principio tiene prioridad sobre el segundo y, dentro del segundo, la segunda parte tiene prioridad sobre la primera. En ningún caso se puede violar, por lo tanto, el sistema de libertades en nombre de la igualdad, el bienestar, la eficiencia o cualquier otro valor social. Y del mismo modo, la igualdad de oportunidades no se puede violar

políticas y económicas; (d) en cuarto lugar, renta y riqueza; y (e) finalmente, las condiciones sociales del autorrespeto» (Rawls 1982: 362-363). Igualmente, en *Liberalismo político* Rawls señala que tal lista es flexible y puede incluir otros bienes, como tiempo de ocio y ciertos estados mentales como la ausencia de sufrimiento físico (Rawls 1993, pp. 181-182 (citado por Venezia, 2007, nota 5). Sin embargo, como señala Venezia (2007: nota 5), el propio autor reconoce que se trata de una lista flexible.

³ En la teoría de la justicia original, la de 1971, Rawls considera que los bienes primarios son aquellos que querría cualquier persona racional. A su modo de ver, esto es ambiguo porque parece que los bienes dependen solo de hechos de la psicología humana en vez de entrañar más bien un ideal moral de persona. Rawls se decanta por esto último y por eso opta por la nueva definición, que es la que aparece ya como definitiva en la revisión de 1999. Otra cuestión debatida es si la idea de bienes primarios se deriva de la posición original o no. Con la primera definición es más fácil interpretar que sí, con la segunda es más difícil. Pero este es un debate que va más allá de este artículo (véase Venezia, 2007).

⁴ Un concepto objetivo «proporciona una base para evaluar el nivel de bienestar de una persona que es independiente de los gustos e intereses de la persona en cuestión y, de esa forma, permite la posibilidad de que tal evaluación sea correcta aun cuando entre en conflicto con las preferencias del individuo en cuestión» (Scanlon, 1975, p. 658).

nunca en nombre del principio de diferencia, aunque ello mejorara la suerte de los menos favorecidos.

3. Recursos, utilidades y capacidades: Dworkin, Van Parijs, Harsanyi y Sen

La teoría de Rawls promueve, en última instancia, una sociedad de personas libres, iguales y autónomas que puedan realizar su plan de vida, para lo cual se debe conjurar la mala suerte de nacer en un mundo injusto. En la sociedad rawlsiana esa incertidumbre no desaparecería, pero se reducirían mucho sus consecuencias. Ahora bien, siendo el fin más que loable, el andamiaje ha sido criticado en algunos de sus aspectos por autores cercanos filosóficamente a Rawls, ya sea en el fondo, en la forma o en ambos.

3.1 ¿Qué se distribuye, recursos, un ingreso básico y capacidades?

En una crítica temprana a la obra de Rawls, Ronald Dworkin pone el acento, precisamente, en el problema de la mala suerte. La teoría rawlsiana trata de suavizar los efectos de la mala suerte absoluta (*brute luck*), como la pobreza o la enfermedad, pero no presta la suficiente atención a la suerte opcional (*option luck*), esto es, la que se busca voluntariamente para poder realizar un plan de vida personal. Para remediar ese problema el autor de *Virtud soberana* parte también de una posición original hipotética: unos naufragos que han llegado a una isla desierta construyen la sociedad partiendo de cero. Los «inmigrantes», como los llama Dworkin, establecen un mecanismo de distribución en dos etapas (Dworkin 2003: cap. 2). La primera implica un reparto igualitario de recursos monetarios (una gran cantidad de almejas, igual para todos), es decir, poder de compra. En una segunda etapa la gente participa en una subasta hipotética de todo tipo de recursos que les permitan llevar a cabo su plan racional de vida: la puja, por ejemplo, será mayor si se quiere ser arquitecta que poeta. La subasta finaliza cuando nadie envidia –en sentido económico, no psicológico– los recursos de los demás porque tiene lo que necesita para realizar su plan de vida.

Se trata, pues, de un procedimiento justo porque permite que todo el mundo sea tratado con igual consideración, no se privilegia a nadie. ¿Pero qué ocurre si mi plan de vida fracasa? ¿Qué ocurre si elijo de forma equivocada o, todavía peor, si tengo un accidente en plena madurez y no puedo llevar mi plan a cabo? Para prevenir la mala suerte opcional o la mala suerte absoluta sobrevenida la gente deberá contratar un seguro, pues de atenuar los golpes de la mala suerte es responsable en parte cada cual. Si Ángela, por ejemplo, que es pianista, contrata un seguro para las manos y Emilia, que también lo es, no lo contrata, Ángela no tendrá por qué asumir las consecuencias distributivas de la libre decisión de Emilia. Del mismo modo, si a Emilia no le ocurre accidente alguno en las manos disfrutará de más recursos que Ángela al no tener que pagar el seguro:

La igualdad de trato exige de hecho que una comunidad compense de alguna forma la mala suerte. Pero es preciso que entendamos esa compensación de manera que sea compatible con el adecuado respeto hacia la responsabilidad individual. Esto tiene como objetivo... que la gente afronte equitativamente tanto las decisiones económicas como las contingencias que cercan esas decisiones (Dworkin, 2011, p. 359).

Dworkin considera que ese objetivo sólo se puede lograr mediante mercados regulados de inversión, salarios y consumo en los que la gente asuma los costes que sus decisiones tienen para los demás: tales mercados son « un paso crucial hacia la igualdad » (*ibíd.*). A su vez, la idea del seguro nos obliga a pensar lo que supone para

nuestras vidas la mala suerte sobrevenida y la responsabilidad de protegernos por igual frente a ella, no cargando *ex post* los costes a los otros. Ahora bien, a diferencia del mercado de inversiones, salarios y consumo, el seguro solo puede ser hipotético, una herramienta teórica para situar en el centro de la justicia distributiva la cuestión de la responsabilidad individual, pues ningún mercado real aseguraría a todo el mundo de forma igualitaria.

La teoría de Dworkin ha tenido gran influencia, ya que inaugura una línea de reflexión sobre justicia distributiva –el igualitarismo de la suerte (*luck egalitarianism*)– que, frente a Rawls, pone el acento en la responsabilidad individual, hace del mercado una pieza normativa clave para que las personas asuman esa responsabilidad y no se centra en la distribución de bienes primarios, sino de recursos de carácter general para llevar a cabo el plan de vida deseado.

Philipe van Parijs aboga, en cambio, por una liberación absoluta de la mala suerte social y del mercado. Aunque inicialmente su propuesta surge como una teoría marxista de la justicia, la idea de un ingreso básico garantizado que recibiría todo ciudadano por el mero hecho de serlo, se presenta en su etapa madura como una teoría de estirpe rawlsiana: «la concesión de un ingreso básico sustancial está más relacionada con el acceso a la propiedad 'activa' asociada con el ideal de Rawls de una "democracia de propietarios" que con la redistribución correctiva *ex post*...del estado de bienestar» (van Parijs, 1995, p. 42). Ahora bien, la distribución rawlsiana de bienes primarios no promueve una libertad y una autonomía verdaderas porque la gente, de todas formas, tiene que trabajar para vivir dignamente. Por el contrario, la libertad real para todos que se lograría mediante un ingreso ciudadano garantizado implica la absoluta desmercantilización de las personas, hasta el punto de que incluso trabajar se convierte en una opción libre más de un plan de vida personal. De esta forma, tanto los golpes de la mala suerte absoluta (pobreza, paro, discapacidad, etc.), como los de la mala suerte opcional (la elección de un plan de vida que fracasa) quedan atenuados por el ingreso básico, que es el garante de la libertad real de elección.

Sin entrar en más detalles, hay que señalar que la propuesta de van Parijs, como se ve, reduce la de Dworkin a su primera etapa, a saber, la distribución equitativa de un ingreso ciudadano igualitario (eso eran las almejas en última instancia). Sin embargo, cabría achacar a ambos, y también a Rawls, que ya se distribuyan bienes primarios, recursos de todo tipo (monetarios o no) o un ingreso básico, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿qué puede hacer o ser la gente con esos bienes? Pensemos en el caso de una familia en la que el padre reparte los recursos de manera injusta; o en la niña tanzana que, para aprender a leer, recibe libros escolares donados por países europeos con temas, cuentos y ejemplos de niños europeos, de tal forma que no tiene incentivo para aprender. Estos ejemplos reales, tomados de Amartya Sen, ponen el acento en lo que el autor indio denomina, parafraseando a Marx, «fetichismo» de los bienes, pues no siempre se transforman en opciones reales para realizar un plan de vida autónomo. A la pregunta «qué se debe distribuir» (¿igualdad de qué?) Sen responde con lo que denomina «capacidades» (*capabilities*), es decir, lo que la gente puede hacer o ser con los bienes que recibe, desde lo más básico –ser capaz de moverse– hasta lo más complejo, como poder estudiar o poder participar en la vida social de la comunidad (Sen, 2012). Lo que se debe igualar, por lo tanto, no son bienes primarios, recursos o ingresos, sino la libertad para lograr nuestros fines con esos bienes, o lo que es lo mismo, la capacidad para elegir entre diferentes formas de funcionar bien (*functionings*).

3.2 ¿Cómo se distribuye? El criterio maximín, el utilitarismo de John Harsanyi y las intuiciones de la gente

Como no podía ser de otra manera, el principio de diferencia recibió también críticas tempranas. La principal, la de John Harsanyi, supone además una reivindicación del utilitarismo, al que Rawls había atacado radicalmente. El principio de diferencia rawlsiano se basa en el criterio *maximín* de decisión en contextos de incertidumbre (criterio que recomienda elegir aquella opción que nos ofrecería al menos el máximo de los mínimos), por eso el principio dicta que la distribución sea la máxima posible para los que tienen menos. Como tras el velo no sabemos lo que nos deparará la suerte, Rawls considera que el *maximín* es el criterio de distribución más racional. Pero esto supone que las personas tienen una gran aversión al riesgo, ya que deciden como si temieran que les puede pasar lo peor y deben evitarlo. John Harsanyi, que considera que este criterio de distribución es muy conservador y poco acorde con la psicología de la gente, propone la siguiente alternativa:

La persona en cuestión elegiría [en la posición original] entre... dos sistemas sociales alternativos suponiendo que bajo cualquiera de los sistemas tendría la misma probabilidad, $1/n$, de estar en el lugar de la persona que está mejor, o en el de la segunda persona que está mejor, o en el de la tercera persona que está mejor, etc., así hasta llegar a la persona más desfavorecida. A esto lo voy a llamar el supuesto de la equiprobabilidad (Harsanyi, 1975, p. 598).

Si creemos que este supuesto es más realista por ser menos temeroso con respecto al riesgo (sin ser por ello arriesgado), tendremos que admitir, según Harsanyi, que el decisor racional ya no adoptará el criterio *maximín*, sino el de maximización de la utilidad esperada, dada la probabilidad (igual para todos) de que nos «toque» estar mejor o peor en la sociedad. Partiendo de estos dos principios – equiprobabilidad y maximización de la utilidad esperada– el individuo elegirá siempre una sociedad que proporcione a las personas la mayor utilidad promedio (*principle of average utility*). En otras palabras, la mejor sociedad en términos de justicia distributiva no sería rawlsiana, sino utilitarista⁵.

Con todo, un ingente número de trabajos experimentales parece que le quitan la razón tanto a Rawls como a Harsanyi sobre lo que elegirían individuos racionales. Tras el velo experimental de ignorancia los sujetos reales eligen un «paquete» de principios de justicia en el cual se atribuye al mérito, la igualdad, la eficiencia y las necesidades mayor o menor peso dependiendo de la actitud individual frente al riesgo, que no tiene por qué ser de aversión, como en Rawls, ni neutral como en Harsanyi (Michelsbach et al., 2003). Por otra parte, llama la atención que mucha más gente elija el principio de diferencia rawlsiano cuando debate sin velo de ignorancia sobre distintos principios, que cuando decide tras un velo de ignorancia (Herne y Suojanen, 2004).

Puede que parezca que estos experimentos están muy lejos de las teorías normativas de la justicia. Pero si consideramos que para Rawls los principios de justicia surgen de un equilibrio reflexivo entre las intuiciones de la gente, el análisis de diversos principios de justicia y un conocimiento solvente sobre el funcionamiento de la sociedad, se aceptará entonces que la filosofía experimental pueda cuestionar –y lo está haciendo– ese supuesto equilibrio, lo que resulta más que útil para el debate normativo (Hassoun, 2016).

⁵ Para reducir la carga de esta crítica Rawls señala que «no es esencial que las partes usen la regla maximín en la posición original. No es más que una útil herramienta heurística» (Rawls, 2002, p. 141).

4. Justicia, mercado y derechos: Robert Nozick

A diferencia de Rawls, y en parte como respuesta a su obra, el objetivo central de Robert Nozick en *Anarquía, Estado y utopía* (1988) es la defensa del mercado libre como el mecanismo social más justo de distribución de bienes. Dicho esto, ¿cómo relaciona Nozick mercado y justicia teniendo en cuenta que el mercado genera desigualdades considerables? La teoría de la justicia de Nozick afirma, de manera muy resumida, lo siguiente: si asumimos que todo el mundo tiene derecho a los bienes que posee si los obtiene de manera legítima, entonces una distribución justa de bienes sólo puede ser aquella que resulte del libre intercambio de esos bienes. Por ello ningún gobierno puede realizar políticas redistributivas legítimamente sin cometer una injusticia, a saber, aquella que consiste en quitarle a alguien lo que es suyo (vía impuestos, por ejemplo) para dárselo a otros. Si el uno por ciento más rico de la población ha obtenido esa riqueza de forma legítima la desigualdad resultante no será injusta. ¿Qué principios avalan esta afirmación?

La teoría de Nozick se apoya en tres principios centrales:

- a) Principio de transferencia: lo que es adquirido con justicia puede ser transferido libremente.
- b) Principio de adquisición inicial justa: principio que determina cómo se puede adquirir la propiedad inicial de las cosas.
- c) Principio de rectificación de injusticias: permite tratar los casos en los que la adquisición o transferencia de bienes no fue justa.

A partir de estos principios Nozick llega a la conclusión de que sólo es legítimo un Estado mínimo que se limite a proteger a las personas contra el abuso, el fraude, el robo, etc. Cualquier política redistributiva (financiación pública de colegios, carreteras, hospitales, parques) significará coaccionar a la gente contra su voluntad.

¿Cómo se justifica esta teoría, de dónde proceden sus principios? Nozick se vale de dos argumentos de distinta naturaleza para defender su propuesta: el experimento mental sobre el mítico jugador de baloncesto de la NBA, Wilt Chamberlain, quien gana millones de dólares de forma legítima porque la gente paga por verlo jugar, y el de la autopropiedad. Nos centraremos solo en el más sólido, el de la autopropiedad⁶.

En *Anarquía, Estado y Utopía* se desarrolla una teoría de la justicia distributiva partiendo de un principio moral aceptado por todos (a saber, que no somos esclavos y que, por lo tanto, cada cual es dueño de sí mismo), estableciendo luego una regla de justicia (la de la justa apropiación inicial de los recursos externos) y deduciendo el tipo de distribución de bienes (no igualitaria) que sería justa. Su argumentación se puede resumir como sigue (me ciño a la inmejorable exposición de Gerald Cohen):

1. Nadie es esclavo de nadie en medida alguna, por ello
2. Nadie pertenece, totalmente o en parte, a nadie, por ello
3. Toda persona se pertenece a sí misma. Por lo tanto
4. Toda persona tiene que ser libre de hacer lo que le plazca si no perjudica a nadie, y no se le puede exigir que ayude a nadie (1995, pp. 113-115).

⁶ Si Wilt Chamberlain firma un contrato por el cual se quedará con el 10 por ciento del precio de las entradas cuando su equipo juegue en casa y, de esa forma, al final de la temporada Wilt gana un millón de dólares (de los años 60), el incremento de riqueza será justo según Nozick. Dado que la gente paga por ver a Wilt de forma voluntaria la desigualdad resultante no será injusta. En un trabajo experimental del economista James Konow (2003, p. 1207) se muestra que un 41 por ciento de los participantes en el estudio (137) está de acuerdo en que ese resultado es justo, mientras que un 59 lo considera injusto.

Puesto que soy dueño de mí mismo, nadie puede exigirme nada sin mi consentimiento. De otra forma se me estaría coaccionando y no sería dueño de mí (sería un esclavo). Si el Estado me quita, en contra de mi voluntad, dinero o bienes que me pertenecen legítimamente para ayudar a los más desfavorecidos, éstos recibirán la ayuda porque el Estado me ha coaccionado, lo cual supone que soy, en parte, un esclavo.

Ahora bien, hasta ahora no se ha dicho nada de la legitimidad de mis posesiones, de «lo que es mío» (esto es, de la propiedad privada): los cuatro primeros argumentos no bastan para defender ni el derecho a la posesión privada de recursos ni las situaciones no igualitarias generadas por el mercado. Para ello Nozick introduce la siguiente premisa de carácter histórico:

5. Los recursos externos, en su estado original, no pertenecían a nadie (Cohen, 1995, pp. 113-115).

A partir de 4 y de 5, Nozick deduce su principio de justa adquisición:

6. Condición lockeana: toda persona puede acumular para sí cantidades ilimitadas de recursos naturales sin con ello no perjudica a nadie (no empeora su situación). De donde se deduce que

7. Cantidades desiguales de recursos naturales pueden ser legítimamente propiedad privada de una parte de la población.

8. Una amplia desigualdad de resultados es inevitable, o sólo se puede evitar a costa de violar los derechos de las personas sobre sí mismas y sobre las cosas (Cohen, 1995, pp. 113-115).

Así pues, si todo el mundo es dueño de sí mismo y los recursos naturales pueden ser legítimamente acumulados por unos pocos, siempre que los demás no vean empeorada su situación: el resultado será una sociedad en la que resulten legítimas enormes desigualdades que un Estado no debe corregir. De aquí la apuesta anarco-capitalista de Nozick, que trata de proporcionar fundamentos normativos al principio de la justa adquisición de títulos de propiedad privada (*entitlement theory*), apoyándose en el principio moral de la autopropiedad y en el principio histórico de que en su origen los recursos externos no pertenecían a nadie.

No se debe pasar por alto que según condición lockeana las apropiaciones son justas sólo si no perjudican a nadie. ¿Se puede asegurar, entonces, que las sociedades se han desarrollado exclusivamente sobre la base de adquisiciones originales que no perjudicaron a nadie? Si no se puede afirmar —y hay razones históricas para pensar que no se puede— el principio nozickiano de rectificación de injusticias supondría la puesta en práctica de políticas redistributivas más radicales aún que las que se desprenden de la teoría de Rawls, echando por tierra parcialmente la defensa del Estado mínimo y del mercado libre.

5. ¿Entre quiénes se distribuye? Comunitarismo, cosmopolitismo y fronteras de la justicia

Para todas las teorías de la justicia distributiva que acabamos de presentar la respuesta a las preguntas «qué se distribuye» y «cómo se distribuye» es muy distinta (especialmente en el caso de Nozick). Sin embargo, la respuesta a la pregunta «entre quiénes se distribuye» es similar. En efecto, el sujeto de la justicia es siempre más o menos el mismo: ciudadanos racionales que, para asegurar la imparcialidad, se sitúan por encima de toda determinación social y personal al elegir los principios de justicia:

Según la visión liberal del yo, se considera que los individuos son libres de cuestionar su participación en las prácticas sociales existentes, y de hacer elecciones independientemente de éstas, en el caso de que tales prácticas ya no merezcan ser seguidas. Como resultado, los individuos ya no se definen en cuanto participantes de ninguna relación económica, religiosa, sexual o recreativa en particular, ya que son libres de cuestionar y rechazar cualquier relación. Rawls resume esta versión liberal afirmando que “el yo es previo a sus fines” (Kymlicka, 1995, p. 229).

Cuando tratamos de dar respuesta a la cuestión sobre los sujetos de la justicia, cuando nos preguntamos entre quiénes se distribuyen los recursos, no podemos apelar, según la tradición comunitarista, a un yo desvinculado, no comprometido (*unencumbered self*), capaz de elegir neutral e imparcialmente principios ideales y universales de justicia. Para los comunitaristas la concepción liberal del yo resulta vacía, pues atenta contra la forma en que nos percibimos, esto es, como individuos que se hallan inmersos en las más diversas prácticas comunitarias (tradiciones, culturas, lenguajes, etc., diversos). El yo no es previo a sus fines, sino que se constituye en función de fines que están delimitados por la comunidad a la que se pertenece y de la que resulta muy difícil desvincularse. En ese sentido, la crítica feminista a Rawls es muy ajustada: sin reconocer las relaciones de dominación en el seno de la familia –partiendo de un ciudadano racional y razonable como sujeto moral– es imposible que muchas mujeres y niñas tengan acceso a bienes sociales primarios o los puedan disfrutar de hecho (Okin, 1989).

5.1 Michael Walzer y las esferas de la justicia

En su influyente obra *Las esferas de la justicia* (1993) Walzer propone lo que denomina una teoría pluralista de la justicia dirigida a la elaboración de un concepto «complejo» de igualdad. Walzer rechaza la noción «simple» de la igualdad liberal que trata de hallar un criterio de justicia único que iguale a todo el mundo en todos los ámbitos posibles. Partiendo del hecho de que las personas estamos íntimamente ligadas a una comunidad que nos proporciona una identidad y una forma de entender en común las prácticas sociales, Walzer considera que no se pueden distribuir los distintos bienes de interés social mediante un único criterio de distribución (Gargarella, 1999, p. 135). Las convenciones sociales de nuestras comunidades atribuyen esferas distintas a los diversos bienes que hay que distribuir, y en cada esfera rige un criterio distributivo distinto. Así, por ejemplo, en nuestra sociedad los bienes que se precisan para tener una buena salud se distribuyen según el principio «a cada cual según sus necesidades»; los premios y castigos se distribuyen según el mérito; la educación superior según el talento; la ciudadanía según las tradiciones de la comunidad y la riqueza según la habilidad y la suerte que se tenga en el mercado. Y lo que es más, distintas comunidades valoran bienes distintos y desarrollan también principios distributivos diferentes.

La teoría de Walzer se asienta, pues, en dos ideas básicas. En primer lugar, cada tipo de recurso debe distribuirse según un principio adecuado a la esfera que le corresponde (salud, educación, política, riqueza). En segundo lugar, el éxito en una esfera no debe implicar el dominio sobre otras. El éxito de una persona en el mercado no debe implicar que esa persona pueda comprar votos, por ejemplo.

El esfuerzo de Walzer para extraer los principios de justicia de las prácticas sociales de la comunidad en distintas esferas está encaminado, por una parte, a cuestionar que la filosofía política deba ser una labor abstracta, ajena a la sociedad, cuyo fin consista en hallar los verdaderos y únicos principios de justicia y, por otra, supone una crítica a la noción rawlsiana de los bienes primarios como bienes que desea cualquier individuo racional en toda sociedad.

Sin embargo, como se ha señalado con frecuencia, dicho esfuerzo encierra dos de los puntos más débiles no sólo de la obra de Walzer, sino de todo el pensamiento comunitarista: el relativismo en temas de justicia y la concepción idealizada de la comunidad. Walzer afirma que la sociedad es justa cuando es fiel a la forma de vida compartida por sus miembros. Así, por ejemplo, sería injusto que se llevaran a cabo distribuciones igualitarias en una sociedad cuyas tradiciones aceptan el sistema de castas. Lo cual no implica, a su modo de ver, que una sociedad justa no deba establecer mecanismos alternativos de distribución para los que no estén de acuerdo con las tradiciones. Pero esto resulta difícil de entender, pues si la justicia tiene que ver con las prácticas sociales compartidas, con la comprensión común de los miembros de una comunidad, ¿cómo pueden ponerse de acuerdo, hablar siquiera sobre temas de justicia quienes, por pertenecer a comunidades distintas o, incluso perteneciendo a una misma comunidad, no comparten las mismas prácticas y tradiciones?

5.2 Justicia distributiva cosmopolita

Alguno de las cuestiones planteadas por la concepción de la justicia de Walzer, así como los problemas que entraña, apuntan a uno de los grandes problemas actuales: la tensión entre lo local y lo global, tensión a la que no son ajenos los problemas de justicia distributiva. A la hora de tratar con esos problemas nos enfrentamos necesariamente a la pregunta sobre el ámbito en el que hemos de resolverlos. Así, la pregunta «entre quiénes se distribuye» se vuelve dolorosamente cruel, pues supone incluir a unos seres humanos en la distribución y dejar a otros fuera incluso aunque les cueste la vida. Distribuir entre los nuestros, entre los de nuestro país, entre los de nuestra tierra o comunidad puede ser justo, pero hace que las fronteras establezcan límites muy severos a los principios de justicia (Velasco, en prensa). ¿Cómo hacer frente a este complejo problema?

Hemos visto ya que para Rawls, por ejemplo, hay que distribuir siempre para favorecer a los más desventajados, a los que están peor. ¿Pero peor dónde? Esto se ha discutido acaloradamente, porque para muchos autores el principio de diferencia es aplicable a la comunidad mundial (Pogge, 2005). Sin embargo, para Rawls no es así: su teoría de la justicia está pensada para sociedades que cumplen unos requisitos institucionales mínimos (deben ser democracias, entre otras cosas). Más allá de las fronteras de aquellas naciones que cumplen con esos requisitos democráticos mínimos se impone el deber de ayudar (Rawls, 2002), pero no se puede imponer a terceros teoría de la justicia alguna: «No se pueden exigir que todos los pueblos sean liberales» (Rawls, 1996, p. 42)⁷.

Chocan aquí una idea local de comunidad («liberal» en este caso) y la idea de una comunidad de seres humanos, idea que se halla en la base del cosmopolitismo:

A grandes rasgos, la idea [del cosmopolitismo] es que debemos apreciar que somos miembros de una comunidad global de seres humanos. Como tales, tenemos responsabilidades con otros miembros de la comunidad global. Tal y como Martha Nussbaum lo elabora, debemos lealtad "a la comunidad mundial de seres humanos" y esta afiliación debe constituir una lealtad primaria. (Brock 2009, p. 9).

Una teoría cosmopolita de la justicia tendría que acompañar, al menos de momento, ese ideal con la existencia de Estados-nación y, por lo tanto, de intereses nacionales. Ahora bien, ¿nos aleja este problema de la aproximación normativa a la justicia para entrar en el terreno real de la política y la negociación entre naciones?

⁷ «Liberales» en el sentido estadounidense, no europeo del término.

No necesariamente. Partiendo de la teoría de las capacidades humanas y de elementos de la teoría de Rawls, Martha Nussbaum ha propuesto diez principios (pero podrían ser más) para la gestión de la estructura global. Citamos a continuación los que se relacionan más directamente con la justicia distributiva:

- «Sobredeterminación de la responsabilidad: el ámbito nacional interno no puede nunca rehuirla⁸. (...)»
- Las naciones más prósperas tienen la responsabilidad de dar una porción de su PIB a otras naciones más pobres. (...)
- Las grandes empresas multinacionales tienen responsabilidades a la hora de promover las capacidades humanas en las regiones en las que operan. (...)
- Las principales estructuras del orden económico mundial deben estar diseñadas de tal modo que sean justas con los países pobres y en vías de desarrollo. (...)
- Todas las instituciones (y la mayoría de) los individuos deberían prestar especial atención a los problemas de los desfavorecidos en cada nación y en cada región» (Nussbaum, 2007, pp. 311-316).

Las preguntas sobre cómo se distribuye, qué se distribuye y entre quiénes nos han llevado hasta este punto en el que el ámbito de aplicación de la justicia es el mundo entero, recuperando el viejo ideal cosmopolita. Propuestas como la de Nussbaum, razonables pero difíciles de llevar a la práctica, deberían ser el horizonte de toda teoría normativa de la justicia.

Bibliografía

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Brock, G. (2009). *Global Justice. A Cosmopolitan Account*, Oxford: Oxford University Press.
- Cohen, G. (1995). *Self-ownership, Freedom and Equality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Harsanyi, J. (1975). Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's theory. *American Political Science Review*, 69, 594-606.
- Hassoun, N. (2016). Experimental or empirical political philosophy. En J. Sytsma y W. Buckwalter (eds.), *A Companion to Experimental Philosophy* (pp. 234-246). Oxford: Blackwell.
- Herne, K. y Suojanen, M. (2004). The role of information in choices over income distribution. *Journal of Conflict Resolution*, 48, pp. 173-193.
- Konow, J. (2003). Which is the fairest one of all? A Positive Analysis of Justice Theories. *Journal of Economic Literature*, 41 (4), pp. 1188-1239.
- Kymlicka, W. (1995). *Filosofía política contemporánea*, Barcelona: Ariel.
- Lamont, J. y Favor, Ch. (2017). Distributive Justice. En Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/justice-distributive/>
- Michelbach, P., Scott, J., Matland, R. y Bornstein, B. (2003). Doing Rawls justice: an experimental study of income distribution norms. *American Journal of Political Science*, 47, pp. 523-539.

⁸ En otras palabras, las naciones más ricas deben hacer todo lo posible para que las pobres alcancen un «umbral mínimo de capacidad».

- Milanovic, B. (2018). *Desigualdad mundial. Un nuevo enfoque para la era de la globalización*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nozick, R. ([1974] 1988). *Anarquía, estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Okin, S. (1989). *Justice, Gender and the Family*. Nueva York: Basic Books.
- Pogge, Th. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press [traducido al español en Rawls, J. (1978). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica].
- Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona, Paidós [versión original Rawls, J., *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press].
- Scanlon, T. M. (1986). Equality of resources and equality of welfare: A forced marriage?. *Ethics*, 97(1), 111-118.
- Sen, A. (2012). *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus.
- van Parijs, Ph. (1995). *Real Freedom for All*. Oxford: Clarendon Press [traducido al español en van Parijs, Ph. (1996). *Libertad real para todos*. Barcelona: Paidós].
- Walzer, M. ([1983] 1993), *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Velasco, J. C. (en prensa). Hacia una visión cosmopolita de las fronteras. Desigualdades y migraciones desde la perspectiva de la justicia global. *Revista Internacional de Sociología*.
- Venezia, L. (2007). Bienes sociales primarios versus utilidad. *Análisis Filosófico*, XXVII(2), 185-219.

Pacifismo jurídico

Legal pacifism

José Antonio García Sáez
 Universitat de València
 ORCID ID 0000-0001-5728-5009
j.antonio.garcia@uv.es

Cita recomendada:

García Sáez, J.A. (2019). Pacifismo jurídico. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 220-234.
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5027>

Recibido / received: 30/06/2019
 Aceptado / accepted: 07/09/2019

Resumen

Guerra y paz pueden ser pensadas como dos momentos que están destinados a sucederse alternativamente dentro la historia de las relaciones internacionales. Pero también cabe la esperanza de que a través del desarrollo de un orden internacional fuerte pueda conseguirse una paz perpetua o, cuanto menos, duradera. A ese fin han destinado sus esfuerzos numerosos juristas cuyas obras pueden ser enmarcadas dentro del pacifismo jurídico. En este texto se tratará de ordenar los rasgos característicos de esta posición, tomando como división central aquella que separa los autores que han apostado por la prohibición de la guerra de aquellos que han apostado por su progresiva superación. Ambas posiciones compartirán su preferencia por el fortalecimiento de las instituciones internacionales, además de una cierta vocación cosmopolita.

Palabras clave

Pacifismo jurídico, guerra, paz, filosofía del derecho internacional.

Abstract

War and peace could be thought as two moments bound to succeed each other within the history of international relations. But there is also room for the hope in a perpetual or, at least, sustainable peace thorough the development of a strong international order. Several legal scholars, whose works can be labelled inside the legal pacifism, have devoted their efforts to that end. This paper tries to put some order about the main features of legal pacifism. It takes as a central division their position towards war: some legal pacifists have defended the total outlawry of war, while others have considered preferable a progressive overcoming of war. Both positions will share the preference for strength the international institutions, together with a certain degree of cosmopolitan commitment.

Keywords

Legal pacifism, war, peace, philosophy of international law.

SUMARIO. 1. Guerra y paz en la filosofía del derecho internacional. 2. El ideal pacifista y sus concreciones jurídicas. 3. Prohibir la guerra. 4. Limitar la guerra. 5. Construir un orden internacional pacífico. 6. Aportaciones del feminismo al pacifismo jurídico.

1. Guerra y paz en la filosofía del derecho internacional

El derecho internacional siempre ha guardado un estrecho vínculo con el fenómeno de la guerra. Tras la creación del estado moderno y el establecimiento del sistema westfaliano en el siglo XVII, la guerra resulta normalizada como un recurso al que acudir para resolver los conflictos que tienen lugar en la arena internacional, pero también como un legítimo instrumento político a través del cual crear o mantener un determinado orden de cosas. En el sistema post-westfaliano instituido en la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, la naturaleza jurídica de la guerra cambia sustancialmente. Con la adopción de la Carta de San Francisco los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas se comprometieron formalmente a prescindir del uso de la fuerza para resolver las disputas internacionales.

Casi 75 años después de la creación de las Naciones Unidas, sin embargo, no estamos en absoluto ante un escenario en que la paz mundial pueda considerarse garantizada. Las tensiones y los conflictos internacionales siguen existiendo. Nuevas amenazas, como las derivadas del cambio climático o del dramático incremento de las desigualdades, se hacen más reales cada día. Y, mientras, las respuestas proporcionadas por las instituciones internacionales parecen no estar a la altura de la magnitud de los desafíos. No obstante, resulta tremendamente impreciso pretender, como se hace desde ciertas posiciones¹, que las normas del derecho internacional no sirvan para nada; es decir, que carezcan de influencia en el comportamiento de los estados. Estudios como el de Hathaway y Shapiro (2017, p. 314) han mostrado que antes de la firma del Pacto Briand-Kellogg de 1928, en el «viejo orden mundial», de media se producía en el mundo una conquista territorial cada diez meses. Tras el Pacto, esta estadística descendió notablemente hasta llegar a la media de una conquista territorial cada cuatro años. Si antes del Pacto cada año eran violentamente adquiridos una media de 295.486 km², la cifra se ha reducido en nuestros días a 14.950 km². En definitiva, aunque el derecho internacional se pueda incumplir –y de hecho se incumpla cada día–, cabe poner de relieve el hecho de que la entrada en vigor de instrumentos internacionales como el Pacto Briand-Kellogg no resulta inocua, sino que puede surtir efectos concretos y mensurables sobre el comportamiento de los estados en la esfera internacional².

Las obras de los autores que pueden ser adscritas al pacifismo jurídico coinciden precisamente en mantener una posición de cierto idealismo respecto del papel que puede desempeñar el derecho en la construcción de un orden mundial pacífico. El derecho tiene, desde su perspectiva, el poder de incidir de forma determinante en la configuración de la realidad social, incluida la realidad del ámbito internacional. Fijada la paz como un objetivo a conseguir, la discusión girará en torno a cómo conseguir ese objetivo, cuáles son las reformas jurídicas que se necesitan para llegar a la anhelada paz. Visto desde ese punto de vista, puede pensarse que la posición del pacifismo jurídico aglutinaría muchos seguidores, puesto que resulta relativamente sencillo estar de acuerdo con la idea de que la paz es un objetivo social deseable y con que la configuración del orden jurídico es un elemento –más o menos importante– para llegar a ella.

Sin embargo, el asunto no es tan auto-evidente como podría pensarse en un primer momento. Ciertamente, la relación entre paz y guerra resulta uno de los temas

¹ Por ejemplo, vid., Goldsmith y Posner (2005), o Bolton (2008).

² En este sentido, en relación con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, vid. Simmons (2009) o Sikkink (2019).

más recurrentes en la historia de la filosofía. Desde tiempos remotos los filósofos siempre se han preocupado por la paz³. Pero, al mismo tiempo, se han dedicado también a justificar las guerras. La secular doctrina de la guerra justa ha tratado de poner límites al potencial destructivo de la guerra, de restringir los sujetos que pueden ser afectados o de establecer las legítimas causas que pueden justificar una intervención bélica, tales como liberar a un pueblo oprimido o acabar con una grave violación de derechos humanos. En términos generales, las diferentes versiones de la doctrina de la guerra justa han resultado funcionales al poder de turno, proporcionando los argumentos que permitieran presentar como justas y legítimas acciones militares que no respondían en última instancia más que al propio interés del estado que las llevaba a cabo. Podemos pensar en Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca en relación con la conquista de América, en Hugo Grocio en relación con la violenta expansión comercial de los Países Bajos, o en Michael Ignatieff en relación con la invasión de Irak en 2003. Las grandes potencias siempre han encontrado quien justifique sus guerras.

A diferencia de la doctrina de la guerra justa, por lo tanto, la pretensión de las posiciones enmarcadas dentro del pacifismo jurídico ya no será la de justificar las guerras sino, al contrario, la de convertir las guerras en injustificables. Es decir, el pacifismo jurídico pretenderá prevenir la guerra. Su posición, en este sentido, ya no resulta sumisa y subordinada al poder de turno, sino que adopta una posición de cuestionamiento al poder. Y lo hace partiendo de la premisa de que la guerra es el peor de los males que pueden afectar a la humanidad; el momento en el que reinan los más bajos instintos del ser humano; un escenario en el que no importa tener la razón porque lo único que importa es tener la fuerza. En efecto, si es que alguna vez la guerra ha podido resultar justificada, el potencial destructor que la tecnología militar alcanzó a partir del siglo XX y el correspondiente crecimiento exponencial de las víctimas civiles⁴ hacen que ya no quepa justificación alguna y que, por lo tanto, el pacifismo siga siendo un ideal que debe ser reivindicado⁵.

2. El ideal pacifista y sus concreciones jurídicas

Bobbio definió el pacifismo como «una doctrina, o también solo un conjunto de ideas o actitudes, y el movimiento correspondiente, caracterizados por estas dos connotaciones: a) condena de la guerra como medio idóneo para resolver las controversias internacionales; b) consideración de la paz permanente (o perpetua) entre los estados como fin posible y deseable» (1983, p. 1158). Dentro de esta definición cabe cualquier tipo de pacifismo y, por eso mismo, no es suficiente para caracterizar al pacifismo jurídico. Ya lo anticipó Ortega y Gasset: «hay, en efecto, muchas formas de pacifismo. Lo único que entre ellas existe en común es una cosa muy vaga: la creencia de que la guerra es un mal y la aspiración a eliminarla como medio de trato entre los hombres. Pero los pacifistas comienzan a discrepar en cuanto dan el paso inmediato» (2004, p. 229).

³ Limitándonos a la edad moderna, podemos mencionar entre los autores más influyentes al Abad de Saint-Pierre, con su *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe* (1713), Immanuel Kant, con su *Zum ewigen Frieden* (1795), o Henri Saint-Simon y Augustin Thierry con su *Réorganisation de La Société Européenne* (1814).

⁴ Si en la Primera Guerra Mundial las víctimas civiles supusieron aproximadamente un 15% del total, en la Segunda Guerra el porcentaje se elevó al 65%, y en los conflictos contemporáneos llega a ser del 90% (Strada, 2003).

⁵ En ese sentido ver la reflexión que, a partir de la conocida queja de Erasmo, se hace en Ramón y de Lucas (2006).

Para adentrarnos en el concepto de pacifismo jurídico puede resultar útil, pues, ponerlo en relación con las distintas formas de pensar el pacifismo. Max Scheler es probablemente el primer filósofo que, ya en 1931, se refiere explícitamente al pacifismo jurídico dentro de la clasificación de los pacifismos que realiza en *Die Idee des Friedens und der Pazifismus*, asociándolo en concreto a una concepción iusnaturalista de entender las relaciones internacionales (2004, p. 86). Otra clasificación interesante de los pacifismos es la realizada por Alfonso Ruiz Miguel (1988, p. 90), quien los ordena en función del grado de utilización de la fuerza que consideran permisible. Pero aquí se tomará, con algunos matices, la clasificación realizada por Bobbio (1982, p. 70). En ella, se distinguen en primer término los pacifismos activos y los pacifismos pasivos. Los primeros se representarían la guerra como injustificable, mientras que los segundos se la representarían como imposible. Así, los pacifismos pasivos, típicos de la Guerra Fría, consideran que no es necesaria ningún tipo de actuación para evitar la guerra —fundamentalmente la guerra nuclear— al ser tan terrible que será evitada de todos modos gracias a la eficacia del llamado *equilibrio del terror*. Los pacifismos activos, en cambio, se proponen suprimir y prevenir el fenómeno bélico. Respecto de los pacifismos activos, se pueden diferenciar muy brevemente al menos tres tendencias distintas:

1. El *pacifismo instrumental* sería aquel que promueve el desarme y las prácticas de la no violencia. Esta forma de pacifismo es descrita por Bobbio como superficial, ya que se centra en los medios que hacen posibles las guerras, pero no en sus verdaderos motivos. Según las teorías más extremas, como la que podría representar paradigmáticamente Gandhi, el recurso a la violencia nunca está justificado, ni siquiera como última *ratio*. Esa actitud, según proclamó el líder indio, no solamente es que sea la moralmente correcta, sino que además puede resultar más eficaz políticamente (Gandhi, 2004, p. 151). Sin embargo, ante esa posición Bobbio se cuestiona si los métodos que obtuvieron resultados sorprendentes en la lucha de liberación de la India hubieran tenido el mismo éxito contra los nazis (1982, p. 88).
2. El *pacifismo finalista* sería aquel que apuesta por la transformación de la actitud de las personas a través de vías morales o religiosas. Partiendo de que las instituciones están siempre compuestas por personas, las guerras practicadas por los estados cesarían en el momento en que todos los que trabajan a su servicio estuvieran convencidos de la inmoralidad que supone la guerra. El exponente más conocido del pacifismo finalista sería la objeción de conciencia al servicio militar⁶.
3. En el *pacifismo institucional* encajarían las teorías que procuran poner en evidencia las condiciones que hacen posibles las guerras. Dentro de él, Bobbio diferencia dos posiciones diferentes en función de los factores que consideran más relevantes: el pacifismo jurídico y el pacifismo social. El pacifismo jurídico contemplaría el fenómeno bélico como un producto del orden internacional, que por encontrarse en un estadio primitivo de desarrollo, generaría la guerra como un medio de resolver los conflictos internacionales. Por el contrario, el pacifismo social «ve en la guerra la consecuencia de conflictos generados por estructura social y política internacional en algunos estados» (Bobbio, 1982, p. 81). Como se desarrollará más adelante, para el pacifismo jurídico el remedio por excelencia para la guerra sería el desarrollo de las instituciones internacionales, particularmente las judiciales, de modo que se deposite en

⁶ Una vez suprimido en España el servicio militar obligatorio en 2001 y de que dejara de tener sentido la objeción de conciencia regulada desde 1984, en la actualidad mantiene cierto vigor la práctica de la objeción fiscal al gasto militar, vid.: <https://www.antimilitaristas.org/> [fecha de la consulta: 1 de junio 2019].

una instancia superior el monopolio del uso de la fuerza, consiguiendo así pacificar las relaciones internacionales. Para el pacifismo social, en cambio, el remedio por excelencia sería la transformación del orden social capitalista, lo cual implicaría la completa desaparición del estado, o al menos, de cierto tipo de estado (1982, p. 81). A esta doble división del pacifismo institucional propuesta por Bobbio quizá se le pudiera añadir una tercera categoría que podríamos llamar *pacifismo político*. Propongo introducir esta categoría pensando en los trabajos de realistas políticos que trabajaron en el campo de las relaciones internacionales, como John Herz o Hans Morgenthau⁷. En *Politics Among Nations*, por ejemplo, Morgenthau dedica abundantes páginas a analizar los diferentes intentos de construir la paz en el ámbito internacional y ve inviables tanto las fórmulas asociadas con pacifismo jurídico como las asociadas con el pacifismo social. Frente a ellas propone la vía de la «paz a través de la diplomacia», porque solo a través del discreto y constante trabajo de la diplomacia, que vela por acomodar los distintos intereses políticos de los actores de la esfera internacional, se podría conseguir una paz duradera de acuerdo con esta posición (2006, p. 537).

Ubicado el pacifismo jurídico dentro de las otras corrientes pacifistas, cabe advertir que sus propuestas, que pasan por atribuir al derecho internacional un papel relevante en la construcción de la paz, no necesariamente deben ser planteadas de manera excluyente a las propuestas planteadas por los otros pacifismos. El derecho es solamente uno de los hilos que componen el tejido de la sociedad; un ingrediente seguramente indispensable en la receta de la paz, pero en modo alguno el único ingrediente. Los procesos contemporáneos de justicia transicional han puesto de relieve en este sentido los límites del derecho (García Pascual, 2017), han abierto de alguna forma los horizontes de los juristas, invitándoles a dialogar con otras disciplinas y otras metodologías distintas a la propia. Los remedios ofrecidos por el pacifismo jurídico, por lo tanto, pueden ser considerados complementarios a los propuestos desde otros pacifismos en la composición del complejo haz de medidas que deberían ser tomadas en la senda de pacificar las relaciones internacionales.

Por descontado, dentro del pacifismo jurídico no existe tampoco unanimidad respecto de las medidas a adoptar. Los autores que situamos bajo el paraguas del pacifismo jurídico guardan en común la importancia que atribuyen al derecho internacional como herramienta para fomentar las relaciones pacíficas entre los estados. Los propios orígenes del derecho internacional como disciplina, de hecho, están vinculados al ideal pacifista. Así lo ha destacado Martti Koskenniemi (2001, p. 213) haciéndose eco de los trabajos de prominentes internacionalistas como Walter Schücking o Josef Kohler, quien consideró el derecho internacional como «una ciencia de paz». El propio Lassa Oppenheim, cuyo manual de derecho internacional es seguramente el más influyente de todos los tiempos, consideró que las reivindicaciones de los pacifistas fueron fundamentales en la construcción de la sociedad internacional (1921, p. 11). Sin embargo, en cuanto se examinan de cerca las distintas posiciones, comienzan a surgir las diferencias. En este trabajo se tomará como eje vertebrador la diferencia relativa a la posición adoptada respecto del fenómeno de la guerra: algunos pacifistas jurídicos han optado por su prohibición radical; otros, en cambio, han apostado por su progresiva superación, reconociendo que la fuerza cumple una función irrenunciable dentro del orden internacional. Unos y otros, en cualquier caso, han considerado que la fórmula para enfrentar la ardua

⁷ Los trabajos de William Scheuerman (2009; 2011) insisten en desligar el realismo de autores como Herz o Morgenthau de posiciones belicistas e imperialistas como podrían ser las mantenidas por Carl Schmitt.

tarea de convertir la guerra en injustificable encuentra en el derecho su principal herramienta.

3. Prohibir la guerra

La prohibición es una modalidad deóntica consustancial al derecho como sistema normativo. El derecho prohíbe las conductas que, como la guerra, considera indeseables. Un problema distinto pero relacionado consiste en cuál es la consecuencia que tiene la comisión de la conducta prohibida –usualmente, una sanción– y quién está autorizado para ejecutarla –usualmente, la fuerza pública–. Tradicionalmente, las posiciones positivistas se han fijado en este segundo problema, vinculado con el carácter coactivo del derecho. Eso ha hecho que, como veremos en el siguiente epígrafe, los autores que se alinean con el positivismo jurídico sean reticentes a la prohibición de la guerra –o, al menos, a prescindir completamente del uso de la fuerza–, al considerar que se requiere la existencia de sanciones en el orden internacional. Por el contrario, las posiciones influenciadas por el iusnaturalismo –contemporáneamente podríamos hablar también de no-positivismo o de postpositivismo–, que atribuyen una importancia menor al elemento coactivo, pero mayor al contenido moral del derecho, pueden apostar de manera consecuente por prohibición de la guerra cuando proyectan sus postulados sobre el ámbito internacional.

El Pacto Briand-Kellogg es probablemente uno de los exponentes más claros del pacifismo jurídico que apuesta por la prohibición de la guerra. Sus artífices no fueron grandes teóricos del derecho ni relevantes internacionalistas, sino más bien profesionales prácticos del derecho. En su reciente libro *The Internationalists and Their Plan to Outlaw War*, Hathaway y Shapiro han puesto de manifiesto los efectos jurídicos del Pacto Briand-Kellogg, tan ampliamente infravalorado por la doctrina contemporánea. Según sostienen, el auténtico punto de transición del «viejo» al «nuevo» orden global no se encuentra tanto en la aprobación de la Carta de San Francisco como en el Pacto de 1928. El libro realiza además una iluminadora retrospectiva de las ideas que inspiraron a los juristas que promovieron la firma del Pacto. Por supuesto, el ministro de exteriores francés, Aristide Briand y el secretario de estado estadounidense Frank B. Kellogg son las caras conocidas del Pacto, tanto que fue coloquialmente bautizado con sus apellidos –la denominación oficial es Pacto de Paz de París. Pero fue gracias al empeño de varios juristas en la causa de la paz como se consiguió llegar a ese primer acuerdo destinado a prohibir la guerra. Uno de ellos fue Salmon Levinson, un exitoso abogado corporativo de Chicago que, horrorizado por los estragos de la Primera Guerra Mundial, decidió impulsar, junto con otros abogados, un «plan para prohibir la guerra» (Hathaway y Shapiro, 2017, p. 112), que llegaría a influir en los altos funcionarios del gobierno estadounidense, incluido el propio Kellogg, quien veía en la propuesta del Pacto una oportunidad para alcanzar notoriedad mundial, y que le valdría la concesión del premio Nobel de la Paz en 1929.

Los dos únicos artículos sustantivos de los que se compone el Pacto Briand-Kellogg son una muestra del idealismo que lo inspiró. El primero de ellos establece que «las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas». El segundo añade: «las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos». El Pacto, sin embargo, no establece en absoluto cuáles son

los medios pacíficos a los que los estados miembros podrían acudir en caso de darse algún conflicto. Ante la carencia de ulteriores instituciones internacionales, parece que la paz queda fiada, en consecuencia, a la buena voluntad de las partes.

La concepción que está detrás del Pacto Briand-Kellogg, por lo tanto, resulta considerablemente distinta de la que respaldaría, algunos años más tarde, la creación de la Organización de las Naciones Unidas. En el escenario que plantea la ONU no se suprime, sino que se controla, la fuerza en el ámbito internacional. Ese es precisamente el punto de inflexión que marca las distintas versiones del pacifismo jurídico, y que hará que autores, como Kelsen, que rechazaron el planteamiento del Pacto de 1928, aceptaran –no sin sus correspondientes críticas (1950)– el paradigma propuesto por la Carta de San Francisco.

4. Limitar la guerra

La posición que apuesta por limitar la guerra presenta un desarrollo más considerablemente sólido desde el punto de vista jurídico-filosófico que aquella que apuesta por su prohibición. En ella destaca una concreta línea de pensamiento de autores que podemos encajar dentro del pacifismo jurídico. Se trata de Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli⁸. Pese a que sus teorías presentan notorias divergencias, en buena medida derivadas de los distintos contextos en los que fueron producidas, entre los tres autores se puede trazar una cadena directa de influencias que determina el modo en el que han tratado de conjugar sus simpatías pacifistas con el reconocimiento del papel que la coacción debe desempeñar dentro de cualquier orden jurídico.

Ciertamente, el problema de la efectividad constituye el gran talón de Aquiles del derecho internacional. La dificultad –cuando no la imposibilidad– de hacer valer sus normas por parte de una autoridad imparcial redundaba en un grado de incumplimiento generalmente más elevado que el apreciado en los ordenamientos domésticos. Esa circunstancia ha sido precisamente la que ha llevado a teóricos como Austin (1911, p. 575) a cuestionar el carácter jurídico del derecho internacional, degradando su estatus al de mera moralidad. Ese es el principal motivo por el que Kelsen desarrolla el concepto de la guerra, junto con las represalias, como una sanción del derecho internacional. Si, para Kelsen, el derecho necesariamente debía ser un orden respaldado por la coacción, el argumento que encuentra para responder a quienes negaban la naturaleza jurídica del derecho internacional es que sí que existe en el ámbito internacional una sanción y esta es, por excelencia, la guerra. De la detallada observación que Kelsen realiza de la conducta de los estados en el ámbito internacional concluye que la guerra o es sanción, o es delito (1996, p. 54). Si todos los estados, cuando practican la guerra, se esfuerzan en demostrar que la practican como respuesta a algún agravio sufrido, de ello se deriva que, de forma general, la guerra está prohibida por el derecho internacional consuetudinario precisamente porque es su sanción; esto es, el mecanismo que el ordenamiento jurídico pone en marcha como consecuencia de una violación de la normativa internacional. Por eso, cuando la guerra no se practica como una sanción derivada de una violación jurídica, es entonces una infracción.

Pese a que defiende el carácter jurídico de la guerra como sanción, no se puede decir que Kelsen fuera, ni mucho menos, un defensor de la guerra en sí misma. A diferencia de algunos de sus adversarios teóricos contemporáneos, como fue el

⁸ Con más detalle, vid. García Sáez, 2013.

caso de Erich Kauffman o de Carl Schmitt, Kelsen nunca ensalzó la guerra. Antes al contrario, la calificó como «un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura» (2003, p. 35). Asumía, sin embargo, que se trataba de un mal indeseable aunque necesario a la vista del escaso desarrollo técnico del derecho internacional. Prohibir absolutamente la guerra, como hizo el Pacto Briand-Kellogg, suponía dejar al derecho internacional sin su principal mecanismo de sanción y, por lo tanto, sin defensa ante cualquier violación que pudiera producirse a falta de un órgano que ejerciera el monopolio de la fuerza de manera centralizada: «en el presente estado del desarrollo jurídico internacional estar sin armas es —en cierto sentido— estar sin derechos» (1935, p. 22). Para Kelsen, igual que un cirujano debe conocer la función del órgano del cuerpo humano antes de extirparlo, los juristas deben reconocer cuál es la función de la guerra en el estadio primitivo del derecho internacional, para así poder eliminarla con efectividad. De nuevo vuelve a ser oportuna otra de las reflexiones de Ortega: «el pacifismo se ha hecho su tarea demasiado fácil. Pensó que para eliminar la guerra bastaba con no hacerla o, a lo sumo, trabajar para que no se hiciese [...] creyó que bastaba con extirparla y que *no era necesario sustituirla*. Pero el enorme esfuerzo que es la guerra solo puede evitarse si se entiende por paz un esfuerzo todavía mayor» (2004, p. 232).

La guerra como sanción, sin embargo, no puede ser más que una sanción primitiva; y como tal contradice los principios básicos del derecho penal moderno. La guerra sancionadora está más cerca de aquellas sanciones practicadas por los ordenamientos premodernos que de las reglas del derecho penal moderno. Sintéticamente, Kelsen deja asentado a lo largo de sus distintos trabajos internacionalistas que la guerra es una sanción que: 1) deciden cuándo aplicar y efectivamente aplican los propios sujetos afectados, de acuerdo con la lógica de la autotutela y no la de la heterotutela; 2) se aplica de forma colectiva, sin que coincidan el sujeto titular de la obligación incumplida y el que efectivamente recibe la sanción; 3) se aplica de forma objetiva, atendiendo únicamente al daño causado y no teniendo en cuenta la culpa o negligencia de quien infringió la norma; y 4) se aplica sin ninguna relación al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la dureza de la pena.

Bobbio, por su parte, exploró metódicamente las relaciones entre el derecho y la guerra, considerando que de forma general son aceptados como legítimos tres tipos de guerra: 1) la guerra defensiva, 2) la guerra de reparación de un agravio, y 3) la guerra punitiva. «Los tres poseían un rasgo común específico, el de ser una respuesta a un agravio ajeno, es decir, un acto de sanción» (1982, p. 99). Sin embargo, el establecimiento de una cierta analogía entre la guerra sancionadora y un procedimiento judicial como el pretendido por Kelsen a Bobbio le resulta impracticable por diversas razones. La más importante de ellas es que en un procedimiento judicial quien decide sobre la conveniencia de la sanción a aplicar es siempre un tercero imparcial situado por encima de las partes; mientras que en la guerra quien decide sobre la justicia o la injusticia del castigo son las mismas partes interesadas. Esa circunstancia conduce con frecuencia a la ilógica consecuencia de que las dos partes suelen seguir creyendo que tienen razón, incluso después de concluido el conflicto/proceso. Tanto vencidos como vencedores siguen convencidos de sus buenas razones aun después de la guerra, lo cual lleva a Bobbio a proclamar el fracaso de la guerra como proceso, porque en la guerra, al contrario de lo que debe ocurrir en un proceso, no gana el que tiene razón, sino que acaba teniendo razón el que gana. Y gana por el simple hecho de ser el más fuerte (1982, p. 102).

Ferrajoli todavía va un paso más allá y considerará que los defectos técnicos de la guerra como sanción serán más que suficientes para negar de forma radical el carácter jurídico de la guerra, aunque eso no implique que se pueda prescindir de la

coactividad en el ámbito internacional. La prohibición de la guerra será, de hecho, la «norma institutiva» de todo el derecho internacional en el pacifismo jurídico ferrajoliano. La paz es la esencia íntima del derecho, que es siempre un instrumento al servicio de ella. El derecho es una técnica para la solución pacífica de controversias, de modo que el uso legítimo de la fuerza siempre debe configurarse dentro de un sistema jurídico no solamente como reacción ante un posible ilícito, sino que también debe ser ejercida de manera limitada, esto es, racionalizada. La razón es uno de los parámetros clave en el pensamiento de Ferrajoli; y la situación de guerra es precisamente el más claro exponente de sinrazón o de irracionalidad. Por eso, rememorando a Hobbes y a Kant, concluye que «la guerra consiste en la ausencia de derecho propia del estado de naturaleza, mientras que la paz es una construcción confiada por la razón a ese artificio que es, precisamente, el derecho» (2011, II, p. 481).

Visto así, un ordenamiento jurídico es tal desde el momento en el que prohíbe la autotutela —esto es, el recurso a la violencia ejercida por los propios destinatarios de las normas— y confía su uso en régimen de monopolio a un tercero imparcial entre las partes. Es en ese sentido en el que Ferrajoli afirma que el derecho internacional «resulta constituido como ordenamiento por la prohibición de la guerra, que es, por así decir [en símil hartiano], su norma de reconocimiento o, si se quiere, [en símil kelseniano] su norma fundamental». En consecuencia, «la positivación de la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU, [...] ha transformado el principio de la paz, su fundamento lógico y axiológico, en fundamento jurídico del derecho internacional» (2011, II, p. 487). Con el establecimiento de la ONU se alcanza, entonces, un pacto de alcance prácticamente global de interdicción de la guerra que es complementado con la atribución del uso regulado de la fuerza en régimen de exclusividad al Consejo de Seguridad.

En consecuencia, y en esto se separa notoriamente del criterio de Kelsen, Ferrajoli afirma que también ha quedado inservible el concepto de guerra como sanción —ni siquiera primitiva, como la calificó el jurista de Praga. Al golpear las guerras inevitablemente a poblaciones civiles, la sanción sería soportada por personas inocentes, en clara contradicción con el principio que excluye la responsabilidad por hechos ajenos. La sanción requiere además la heterotutela, es decir, la determinación judicial (o administrativa sometida a la jurisdicción) del ilícito, lo cual excluye necesariamente la *vendetta* o autotutela que implica la guerra. La guerra es, por tanto, la más radical negación del derecho y de los derechos en el esquema de Ferrajoli.

Tomando claramente la reflexión bobbiana sobre el problema atómico, Ferrajoli añade a todo ello que el potencial de la guerra ha llegado a ser desmesurado e incontrolable. Hasta tal punto es así, que se podría incurrir en un tipo de guerra susceptible de aniquilar al propio agresor, por el riesgo de que sea la humanidad entera la aniquilada bajo el potencial destructivo de las armas nucleares. De esta forma, la guerra practicada por las grandes potencias en el panorama actual tiene para Ferrajoli connotaciones puramente terroristas, que nada tienen que ver con algo que se parezca a una sanción jurídica. En suma, «la guerra actual, por sus características ilimitadamente destructivas, no admite ninguna justificación moral o política» (2011, II, p. 489). Prohibiendo la guerra por ser moralmente injustificable, la Carta de la ONU ha descartado la polémica acerca de la guerra justa como una polémica estéril, al no poder ser considerada cualquier guerra más que como ilegal o, a lo sumo, no legal. La guerra entraría así en lo que, en lenguaje ferrajoliano, podría llamarse la esfera de lo indecible del derecho internacional.

No obstante, cabe insistir en que el uso de la fuerza resulta necesario incluso para el pacifismo radical de Ferrajoli, quien ofrece la siguiente definición de paz: «Paz es la expectativa del no uso desregulado y ofensivo de la fuerza, garantizada en vía primaria por la correspondiente prohibición y, en vía secundaria, por la obligación, efecto de su ilícita violación, de un uso de la fuerza predispuesto por específicas normas hipotético-deónticas» (2011, I, p. 837). Así, la misma prohibición de la guerra, implicaría necesariamente el uso centralizado de la fuerza «como su propia garantía secundaria, junto con la legitimidad de la autodefensa [también prevista en la Carta de la ONU], al resultar imposible, en su defecto, asegurar la observancia de la misma y con ello el mantenimiento de la paz» (2011, II, p. 490). Resulta fundamental por eso colmar la laguna consistente en la falta de cumplimiento de lo previsto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, estableciendo una única fuerza armada a las órdenes del Consejo de Seguridad. En esa línea, Kelsen reclamó una y otra vez a los pacifistas que, antes de reivindicar un desarme utópico, deberían concentrar sus esfuerzos políticos en la construcción de una organización internacional integradora del mayor número de naciones, y capaz de ejercer el uso legítimo de la fuerza en régimen de monopolio.

5. Construir un orden internacional pacífico

Con independencia de la posición adoptada respecto de la regulación de la guerra o el uso de la fuerza, en lo que coinciden todos los autores adscritos al pacifismo jurídico es en la necesidad de hacer avanzar técnicamente el derecho internacional. A tal fin, se desarrollan diversas estrategias jurídico-políticas para conseguirlo. Un rasgo recurrente de tales estrategias consiste en servirse de la conocida *domestic analogy*, según la cual sería extrapolable al orden internacional el contrato social mediante el que los individuos, en el ámbito doméstico, renunciaron a resolver sus conflictos a través de la fuerza, confiando a un tercero imparcial el monopolio de su uso legítimo. Desde la perspectiva de Kelsen, la evolución del orden jurídico es la historia de la centralización; es decir, la historia de la progresiva concentración de unos poderes que se encontraban descentralizados en manos de unas instituciones públicas centralizadas que actúan conforme al principio de división del trabajo. Si en el estado de naturaleza interno previo al contrato social eran los mismos individuos miembros de la comunidad los que determinaban si se debía aplicar una sanción —en este caso siempre la *vendetta*— y efectivamente la aplicaban; en el estado de naturaleza internacional son los mismos estados quienes determinan si se debe aplicar una sanción —en este caso, la guerra o las represalias— y quienes efectivamente la aplican.

Para empezar a salir de ese estado de naturaleza en el que se encontraría el ámbito internacional —y puesto que en la visión histórica de Kelsen la centralización de la fase de ejecución de la sanción ha ocurrido siempre después en el tiempo que la fase de comprobación del ilícito y la determinación de la sanción—, la primera función jurídica que deberá centralizarse será la de la determinación de la infracción y la fijación de la pena; es decir, aquella que corresponde ejercer a un tribunal. Ya desde Kant la figura del tribunal es una pieza clave, constituyéndose como la institución en torno a la cual gira buena parte del pacifismo jurídico. Sin ella, sin ese tercero ausente del que hablaba Bobbio⁹, el derecho internacional está condenado a

⁹ Según Bobbio retoma de Hobbes, son tres los pasos necesarios que se requieren para evolucionar desde un estado de naturaleza hasta un estado en el que impere el derecho, y donde, por lo tanto, se monopolice el uso legítimo de la fuerza por un tercero capaz de imponer sus decisiones a las partes. El primer paso consiste en un pacto en negativo de no agresión. El segundo (*pactum societatis*) es un pacto positivo que acuerda cuáles van a ser las normas a aplicar en el caso de que se produzca algún conflicto

ser un ordenamiento demasiado imperfecto como para poder evitar la violencia recíproca entre los sujetos de la comunidad internacional (a priori, los estados). Además, consideraba Kelsen, el único órgano cuyas decisiones acatarían los estados sin haber contribuido a su formación es un tribunal: «el principio mayoritario, que quedó sistemáticamente excluido del procedimiento del Consejo y de la Asamblea [de la Sociedad de Naciones], fue introducido sin dificultad alguna en la constitución de la CPJI» (1996, p. 186).

Por esos motivos, en base a la teoría del derecho internacional que desarrolló fundamentalmente en los años treinta, Kelsen lanza su más clara propuesta pacifista en el proyecto «Pacto de una liga permanente para el mantenimiento de la paz» que se anexa en su obra *Peace through Law* (1944), donde se dedican al tribunal más de la mitad de los cuarenta artículos de los que consta. Se trataría de un órgano jurisdiccional permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos, y no ya solo a los estados, sustituyéndose así la sanción colectiva que es la guerra por una sanción individual acorde no ya con un ordenamiento jurídico primitivo, sino equiparable al del ordenamiento interno.

Este tribunal, central en la pacificación de las relaciones internacionales, constituiría solo un primer paso –pero un paso realista– en la constitución de un orden internacional que aspira a una institucionalización fuertemente apoyada en los presupuestos cosmopolitas y federalistas kantianos. Aquí cabría pensar también destacadamente en el constitucionalismo cosmopolita de Jürgen Habermas, que desde el punto de vista de la teoría política y de la democracia, coincide en buena medida con los postulados del pacifismo jurídico (Núñez, 2018, p. 1130). En esa línea, tanto Kelsen como Bobbio manifiestan apoyar en distintas de sus obras la idea de una *civitas maxima*, de un orden cosmopolita alcanzado a través de un procedimiento federalista. Pero es Ferrajoli quien con mayor detalle ha diseñado en los últimos años un orden cosmopolita y federalista internacional a lo largo de sus obras acerca de la constitucionalización de las relaciones internacionales, considerando que la fórmula del constitucionalismo global supone un tercer y definitivo momento constituyente (2018, p. 87).

Con una perspectiva amplia, Ferrajoli ha considerado que existe un estrecho vínculo entre la paz y la seguridad por un lado, y la justicia material por otro. Su pacifismo es, en consecuencia, un pacifismo preocupado por la protección internacional de los derechos humanos, pero también por la redistribución de la riqueza a nivel global o por la urgentísima conservación del medioambiente. Concretamente en *Principia Iuris* se formulan una serie de medidas concretas que giran en torno a tres ejes: a) el monopolio jurídico de la fuerza, con el fin de mantener la paz y la seguridad internacional; b) la prohibición de las armas –declarándolas bienes ilícitos– y de los ejércitos¹⁰ –considerándolos instituciones ilícitas y reconvirtiéndolos en fuerzas armadas de policía–, como garantía del monopolio del

entre los sujetos. Y, por último, el tercer pacto (*pactum subjectionis*) consistirá en establecer un poder común y superior a las partes capaz de imponer por la fuerza la aplicación de las normas acordadas en el segundo pacto, es decir, el establecimiento de un tercero. El tercero, a su vez, puede configurarse de varias maneras dependiendo de las competencias que le sean otorgadas. Puede configurarse como mediador, si se limita a poner en contacto a las partes; como árbitro, si propone a las partes una solución que estas se han comprometido a respetar; y como juez, si las partes se deben someter obligatoriamente a su decisión y este tiene capacidad para imponerla de forma coactiva. Estos pasos están descritos en diferentes trabajos de Bobbio (1994; 1997, p. 258).

¹⁰ «Ningún ejército de tipo tradicional amenaza la seguridad de los EEUU o de Europa. Ni cabe ya temer conquistas territoriales o invasiones militares, que han perdido sentido en la época de la globalización. Existe la amenaza del terrorismo. Pero frente a ella no sirven ejércitos ni guerras [...] sino fuerzas de policía [...] Y sirven, al mismo tiempo, políticas sociales idóneas para aislar el terrorismo y sanear sus bases de reclutamiento y consenso» (2011, II, p. 511).

uso legítimo de la fuerza; y c) la construcción de una esfera pública internacional, que legitime ese orden y que contribuya a reducir las crecientes desigualdades económicas y sociales. La ausencia de estas condiciones significa la ineffectividad estructural de lo previsto en la Carta de la ONU y, por lo tanto, una laguna que la comunidad internacional y los operadores jurídicos en general tienen la responsabilidad de colmar.

Resulta destacable que a pesar del relevante papel que la teoría garantista reconoce de forma general a la figura del juez, en el orden internacional pensado por Ferrajoli la función de la jurisdicción no parece ser tan central como lo fue para Kelsen o Bobbio. No existe en su propuesta únicamente un tribunal internacional capaz de resolver cualquier conflicto, sino que se diseña una compleja red de instituciones de gobierno y de garantías, a imagen del esquema de un estado constitucional. La distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía —primarias y secundarias—, corolario del paradigma de la democracia constitucional, está basada en el establecimiento de límites y vínculos al ejercicio de las funciones de gobierno. Así, para Ferrajoli, las funciones y las instituciones de gobierno, «al hallarse destinadas al ejercicio de actividades discrecionales [a las que ha llamado] la *esfera de lo decidible*, son tanto más legítimas cuanto más representativas y, en consecuencia, próximas al cuerpo electoral» (2011, II, p. 533). Por eso, lo que se necesita crear a escala internacional son funciones e instituciones de garantía, vinculadas a las garantías de los derechos fundamentales, es decir, a la esfera de lo indecidible: «de un lado las funciones y las instituciones de garantía primaria, dedicadas a la tutela de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales; de otro, las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria, para la verificación y la reparación de las violaciones de las garantías primarias. En ambos casos se trata de funciones y de instituciones que no requieren representatividad política, sino, al contrario, separación de las funciones de gobierno, ya que su ejercicio consiste en la determinación imparcial de sus presupuestos de derecho y su legitimación [...] para asegurar a todos la distribución del agua [...], o bien para prevenir y reprimir los crímenes contra la humanidad y las devastaciones medioambientales no se precisan decisiones discrecionales de la mayoría sino, al contrario, intervenciones vinculadas al derecho» (2011, II, p. 533). No cabe duda de que la mayor parte de esas garantías, así como las referidas a la tutela del medio ambiente, la salvaguarda de la paz, la lucha contra la criminalidad transnacional o la regulación de los mercados, hoy solo tienen sentido si son establecidas a nivel global. Lo que en otros tiempos parecía una utopía propia de ilusos pacifistas, parece configurarse hoy como una necesidad cada vez más apremiante.

6. Aportaciones del feminismo al pacifismo jurídico

Por último, no resultaría justo terminar esta voz sin referirse a las aportaciones del feminismo al pacifismo en general, y al pacifismo jurídico en particular. Para hacerlo, cabe reparar en primer lugar en que la gran mayoría de autores aquí citados hasta el momento son hombres. Constatar esa realidad sirve para reconocer los sesgos en los que incurre quien escribe, pero también toda una doctrina internacionalista que no deja de formar parte de un sistema fuertemente condicionado por una mirada patriarcal. En otro sitio (García Sáez, 2019) me he ocupado del carácter masculino del derecho internacional o, dicho con más exactitud, de los modos en los que la masculinidad hegemónica (Connell, 2005) se proyecta sobre lo internacional. Para comprender adecuadamente las consecuencias de esta circunstancia resulta imprescindible adentrarse en las obras de autoras feministas como Hillary Charlesworth y Christine Chinkin (2000), Ann Tickner (2001) o Cynthia Enloe (2014).

Aquí únicamente me quiero limitar a señalar que el pacifismo jurídico difícilmente puede lograr su objetivo de fomentar la paz en las relaciones internacionales sin reconocer que su propio marco epistemológico y las propuestas que a partir de él se han formulado están fuertemente condicionadas por el sistema de sexo-género (Butler, 2016, p. 13). Si se quiere tomar en serio el problema de la paz, no puede resultar indiferente el hecho de que la mayoría de internacionalistas, así como quienes ocupan las posiciones clave en las relaciones diplomáticas y en la formulación de las políticas exteriores, resulten ser varones en una abrumadora mayoría.

Trabajos como los de Carmen Magallón (2006) han dado a conocer en el mundo hispanoablante la dilatada y paradigmática trayectoria de la *Women's International League For Peace*, que desde 1915 ha realizado una incesante labor para fomentar el diálogo entre distintos actores internacionales con el objetivo de mantener o restablecer la paz en distintos contextos. Esa labor ha mostrado que los conflictos tienen un impacto de género diferenciado; y que las mujeres a menudo no solo resultan víctimas de las guerras que en su inmensa mayoría provocan y ejecutan los hombres, sino que también son usadas como arma simbólica a través de la específica violencia sexual que se ejerce sobre sus cuerpos (Segato, 2016). Pero más allá de configurarse únicamente como víctimas, el papel de las mujeres ha resultado clave en el impulso de iniciativas de diálogo, mediación y reconciliación. Perspectivas que resultan sorprendentemente ajenas a los esquemas propuestos por los autores del pacifismo jurídico que aquí se han estudiado. Esto no es, por supuesto, el resultado de una cuestión natural, sino cultural. Lejos de un posicionamiento esencialista, cabe reparar en que los roles de género que, de forma diferenciada, son atribuidos a hombres y mujeres se proyectan sobre las instituciones que esos hombres y mujeres componen (Connell, 2005, p. 258). Si las instituciones del derecho internacional tradicionalmente han estado copadas por hombres de forma muy mayoritaria, no cabe pasar por alto que los valores asociados a la masculinidad hegemónica –la fortaleza física, la seguridad, el dominio del territorio, etc.– impregnan los esquemas tradicionales del derecho internacional y, con él, las formas en las que se ha buscado la paz.

No se trata únicamente de lograr la paridad en las instituciones internacionales. Una paz auténtica y duradera, que sea también una paz de género, requiere cambios profundos en los operadores del derecho internacional. Esos cambios pasan por poner la vida en el centro del conjunto de discursos, prácticas y teorías que componen el derecho y la política internacional. Precisamente el feminismo –a menudo complementado por las perspectivas del ecologismo– ha desarrollado un amplio abanico de teorías y métodos con ese objetivo central de priorizar la vida. Las transformaciones de la violencia en el escenario internacional contemporáneo hacen que el pacifismo jurídico esté llamado a aprender de las posiciones feministas. La violencia, es decir, el ataque contra la vida, sigue alcanzando hoy en las guerras su máxima expresión. Pero el fenómeno de la guerra ha mutado extraordinariamente en el siglo XXI, no solo desformalizándose como consecuencia de la aparición de nuevos actores no estatales –como los grupos terroristas o, también, las empresas privadas de mercenarios–, sino también mutando en múltiples formas de violencia estructural auspiciadas por la desregulación económica y financiera, que provocan hambrunas, movimientos forzados de personas y explotación de tierras en múltiples puntos del planeta. Frente a estas realidades, complejas y multicausales, el pacifismo jurídico debe replantearse muchas de sus premisas y de sus métodos; y en esa tarea las aportaciones del feminismo pueden ser decisivas. Solo es necesario desprendernos de los prejuicios que durante tanto tiempo han impedido que sean escuchadas.

Bibliografía

- Austin, J. (1911 [1861]). *Lectures on Jurisprudence. Or, the Philosophy of Positive Law*, 2 vols. (5ª ed.). Londres: John Murray.
- Bolton, J. R. (2008). *Surrender Is Not an Option. Defending America at the United Nations and Abroad*. Nueva York: Simon & Schuster.
- Bobbio, N. (1982 [1979]). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- Bobbio, N. (1983). Pacifismo. En N. Bobbio y N. Matteucci, N. (dirs.), *Diccionario de política. Volumen 2* (pp. 1158-1161). Madrid: Siglo XXI.
- Bobbio, N. (1994). Democracia y sistema internacional. *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 4, pp. 5-21.
- Bobbio, N. (1997 [1989]). *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra.
- Butler, J. (2016 [2009]). *Marcos de guerra. Vidas lloradas*. Barcelona: Paidós.
- Charlesworth, H y Chinkin, Ch. (2000). *The boundaries of International Law*. Manchester: Manchester University Press.
- Connell, R. W. (2005). *Masculinities* (2ª ed.). Cambridge: Polity.
- Enloe, C. (2014 [1990]). *Bananas, Beaches and Bases. Making Feminist Sense of International Politics* (2ª ed.), Berkeley: University of California Press.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011 [2007]). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- García Pascual, C. (2017). La Justicia transicional y el dilema de la sanción. Proceso penal y responsabilidad colectiva. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 35, pp. 44-63.
- García Sáez, J. A. (2013). El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli. En A. Calvo Bernardino, J. Ansuátegui, G. Peces-Barba, C.R. Fernández Liesa, E. Fernández y R. de Asís, *Historia de los derechos fundamentales, tomo IV (siglo XX)*, (vol. II, pp. 651-685). Madrid: Dykinson.
- García Sáez, J. A. (2019). Filosofía del derecho internacional, violencia y masculinidad hegemónica. *Universitas*, nº 30, pp. 65-87.
- Gandhi, M. K. (1973). *Teoria e pratica della non-violenza* (ed. de G. Pontara). Turín: Einaudi.
- Goldsmith, J. L. y Posner E. A. (2005). *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1935). *The Legal Process and International Order*. Londres: Constable and Co.
- Kelsen, H. (1996 [1942]). *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2003 [1944]). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1950). *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Nueva Jersey: Lawbook Exchange.
- Koskenniemi, M. (2011). *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hathaway, O. A. y Shapiro, S. J. (2017). *The Internationalists and Their Plan to Outlaw War*. Londres: Allen Lane.
- Magallón, C. (2006). *Mujeres en pie de paz*, Madrid, Siglo XXI.
- Morgenthau, H. J. (2006 [1948]). *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace* (7ª ed. revisada por K. W. Thompson y W. D. Clinton). Nueva York: Mc Graw Hill.
- Núñez Donald, C. (2018). Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, nº 48, pp. 1129-1159.

- Oppenheim, L. (1921). *The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ortega y Gasset, J. (2004 [1938]). En cuanto al pacifismo. En *La rebelión de las masas* (pp. 229-260). Barcelona: RBA.
- Ramón, C. y de Lucas, J. (2006). *Querela pacis, perpetua? Una reivindicación del derecho internacional*. Valencia: PUV.
- Ruiz Miguel, A. (1988). *Justicia de la guerra y de la paz*. Madrid: CEPC.
- Scheler, M. (2004 [1931]). *L'idea de la pace e il pacifismo*. Milán: Medusa.
- Scheuerman, W. E. (2009). *Morgenthau. Realism and Beyond*. Cambridge: Polity.
- Scheuerman, W. E. (2011). *The Realist Case for Global Reform*. Cambridge: Polity.
- Segato, R. L. (2016). *Guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Sikkink, K. (2019). *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press.
- Simmons, B. A. (2009). *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Strada, G. (2003). El sentido de las palabras. En L. Bimbi, *No en mi nombre. Guerra y derecho*. Madrid: Trotta.
- Tickner, A. J. (2001). *Gendering Word Politics. Issues and Approaches in the Post-Cold War Era*. Nueva York: Columbia University Press.

Opinion pública

Public opinion

Julio Seoane

Universidad de Alcalá de Henares

ORCID ID 0000-0002-7149-2984

julio.seoane@uah.es

Cita recomendada:

Seoane, J. (2019). Opinión pública. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 235-248.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5028>

Recibido / received: 21/05/2018
Aceptado / accepted: 22/06/2019

Resumen

Se recorre la historia de la noción de opinión pública en cinco etapas que van desde su presentación en el XVIII con la Ilustración a los nuevos modos de los social media, pasando por la institución de la opinión pública en la prensa liberal del XIX, las cuestiones de la manipulación de finales del XIX y principios del XX y su condición de lugar de la democracia en la segunda mitad del XX.

Palabras clave

Publico, prensa, *mass media*, sondeos.

Abstract

This work try to show the history of public opinion in five stages ranging from its presentation in the XVIII with the Enlightenment to its new configuration with our social media, through the institution of public opinion in the liberal press of the nineteenth century, the issues of manipulation of the late nineteenth and early twentieth centuries and its status as a place of democracy in the second half of the twentieth..

Keywords

Public, press, mass media, polls.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Primera fase 3. Segunda fase 4. Tercera Fase 5. Cuarta fase 6. Quinta fase.



1. Introducción

Aunque el término opinión pública tiene su origen y desarrollo a partir del siglo XVIII, es cierto que en no pocas ocasiones se ha trazado una historia mucho más larga del mismo atendiendo a sus dos términos, el de opinión y el de pública. En este sentido se ha querido ver, por ejemplo, antecedentes de nuestra comprensión de la opinión pública en Cicerón, en el *Policraticus* de Juan de Salisbury o en los *Ensayos* de Montaigne, pero lo cierto es que el modo como se compone el término va de la mano al origen de nuestra Modernidad política en la medida en que las discusiones sobre la opinión pública anteriores a la Revolución francesa se centraban sobre todo en la discusión de cómo esta tenía más que ver con la imaginación y las pasiones que con la inteligencia y el conocimiento (Speier, 2001, p. 212) o sencillamente resultaban recuerdos de aquella distinción platónica entre la opinión y la episteme.

Añadamos a ello que la misma noción de pública cambia radicalmente a partir del XVIII. Lo que continúa tratará de ser una reconstrucción del concepto de opinión pública en cinco etapas que comenzarán con su primera propuesta en el XVIII y se seguirá de su instauración dentro de las democracias liberales del XIX hasta llegar al proceso de «desintegración» de la opinión pública de nuestros días.

2. Primera fase

Lo cierto es que ningún autor ha iniciado con cierta seriedad la discusión sobre la opinión pública antes del momento en que con el movimiento que generó la Ilustración se comienzan a presentar los moldes de lo que es hoy nuestras principales asunciones sociales y políticas. Por ello vale la pena iniciar nuestro recorrido con el estudio, hoy ya clásico, que realizó Habermas sobre la noción de opinión pública en el cual adelantaba dos de las características principales que aquella ha tenido en nuestro mundo moderno.

Por un lado su imbricación con la democracia, por otro la preocupación para que fuera una opinión pública esclarecida. En cuanto a lo primero Habermas, al igual que ha sido habitual en nuestra modernidad, planteaba que el Antiguo Régimen se supera justo en el momento en que la voz no es la de un monarca que piensa en sus súbditos, sino la de los ciudadanos que deciden entre todos lo que consideran que les es más digno o conveniente.

La aparición de la ciudadanía, de la voz soberana, del pueblo y de tantas otras metáforas con las que desde hace más de dos siglos se ha tratado de nominar el hecho de que los gobiernos del mundo nuevo debían de conservar la autonomía y libertad de sus miembros, tiene su epítome en la idea de una opinión pública desde la que se han de establecer las leyes y mundos de vida más apropiados o más dignos de ser vividas por todos.

En este momento se plantea la necesidad de poder imaginar un lugar de «reflexividad social» que no fuera religiosa y es en este punto donde apareció el concepto moderno de opinión pública (Binoche, 2012, p. 35) para expresar que el cuerpo político podía realizarse en el cuadro de una serie de razonamiento inteligentes que suponían, además, la tolerancia, el hecho de que el desacuerdo podía implicar simplemente un intento de convencer mediante la razón y de «atreverse a saber».

A partir de aquí se trata de dar razón de quién es ese público que opina y qué es lo público sobre lo que se opina para proponerlo como objetivo social y político. Ni valdrá cualquier voz a no ser que deseemos un guirigay como definición de la ciudadanía, ni, por supuesto, será susceptible de atención política cualquier tema al libre capricho y voluntad de quien hable. La necesidad de que las voces que componen la opinión pública sean esclarecidas, venía motivada por el convencimiento de que la opinión podía constituirse como «conocimiento».

En este sentido, la opinión pública se puede tomar como el tribunal de la razón pues de alguna manera la «opinión» se hace deudora del proyecto de la *Enciclopedia*: todos pueden adquirir el conocimiento y una opinión válida de modo que la opinión pública se puede tomar como el tribunal de la razón. Fue así como la opinión pública se constituyó como la base de la autoridad y legitimación de las nuevas formas políticas.

En el momento que se culmina con la Revolución francesa el «centro sagrado fue reconfigurado simbólicamente: la persona pública del soberano se desplaza por la soberana persona de lo público» (Baker, 1990, p. 9) y aunque ese «todos» que se maneja en principio no va mucho más allá de unos pocos ilustrados, lo cierto es que se creó una imagen de qué fuera la humanidad que tuvo la virtud de convencer a una gran parte de la población.

Estamos justo en el momento en que aparecen numerosos escritos que tratan de afinar y cultivar el conocimiento y a poco es evidente la proliferación de cafés o de salones en los que los espíritus cultivados gustan de la conversación sosegada en la cual se mezclan opiniones, se intercambian conocimientos y, en definitiva, se tiene una idea de la razón tan humana como el modelo de la *Enciclopedia*: el conocimiento se forma simplemente por la superposición de distintos saberes, cualquiera puede acceder a ellos y eso nos hace a todos si no libres sí al menos liberados de supersticiones e imposiciones.

Es a partir de esta imagen asumida de modo casi inmediato por las nuevas clases que tratarán de desplazar al poder del rey que resultó posible imaginar que la opinión pública fuera el trasunto de una voluntad general que se formaba para defender no el interés privado sino el de todos o, en el peor de los casos, un interés privado tan general que era el de la gran mayoría (no olvidemos que ni la aristocracia ni el clero debían de ser vistos como parte del «todos»). Esta es la base desde la que hoy Habermas todavía pueda mantener la posibilidad de recoger la opinión pública como el marco dialogado en el que el interés general aflora.

No hace falta decir que este es el origen de una serie de cambios institucionales que tomaron a la opinión pública, como un factor de importancia política los cuales se consolidarían en el XIX; tampoco hace falta decir que ello fue al precio de tomar la posibilidad de que todos pudieran acceder al conocimiento como algo efectivo: la opinión ya podía dejar de ser *doxa* y se convertía en una *episteme* que podía ser pública, de todos, precisamente por aliarse con la razón de la que, en último término, era trasunto.

3. Segunda fase

Que es preciso que la opinión pública sea esclarecida es algo tan evidente que se tomó como asumido la «evidencia» de que no todos podían hablar. Una determinada formación, nivel económico, sexo o cualquier otra característica resultaba necesaria

a fin de poder enarbolar una voz que pudiera ser tomada en cuenta¹. La palabra que la opinión pública alzaba debía ser acertada, esclarecida a fin de evitar algo contra lo que ya prevenía J.S. Mill en su *Sobre la libertad*: que aquella se pudiera alzar para defender algo que no es justo, ni libre, ni verdadero ni conveniente.

Tradicionalmente ha habido dos líneas para construir este esclarecimiento. O la que apuesta por los hombres cultivados (siempre varones con formación y nivel económico estimable) o la que considera que el ser humano tiene un poso de racionalidad o es llevado por la Historia o la Naturaleza de manera que en el fondo todos suscribimos los mismos deseos y fines que proponemos con una única voz.

La primera apuesta parte de la idea de que la opinión pública es la suma o el acuerdo de diferentes voces y mayoritariamente son los pensadores liberales como Bentham y Mill quienes subrayaron los aspectos que hoy nos son más familiares a la hora de entender la opinión pública.

Estos atienden menos a la formación de una racionalidad comunicacional y se fijan más en el hecho de que en la opinión pública se reúnen individuos que intentan maximizar sus propios intereses. Y esta maximización se hace de mejor modo cuando los individuos antes que buscar una única solución tratan de llegar a un acuerdo que les permita hacer lo que la mayoría propone: la opinión pública desde esta perspectiva es una especie de mercado de ideas (Price, 2008, p. 12).

La segunda línea con la que se deseaba procurar el esclarecimiento de la opinión pública supone que existe una opinión pública que se establece con una voz que va algo más allá de la suma de las voces particulares, una voz más esclarecida que la voz de cada uno que aparece y se pronuncia suponiendo diversos expedientes (razón, naturaleza humana, Historia, etc.) que permiten que el gobierno de todos sea realmente un acierto, una verdad a seguir y no algo proclamado por mera conveniencia o capricho. Rousseau en este punto presenta, con su idea de Voluntad General, un ejemplo paradigmático.

Esta, opuesta a la voluntad de todos, nos proporciona un consenso general, pues remite a necesidades y voluntades que subyacen a nuestra humanidad hecha ciudadanía aun cuando inicialmente el particular no se perciba de ello. Así la Voluntad General es mucho más que un mero acuerdo o consenso puntual y contextual: es el corazón de la humanidad hablando.

Se ha señalado en alguna ocasión que el recurso a ideas objetivas y universales que exceden los intereses palpables de las personas es un recurso oscuro (Laporta, 2000, p. 444) y esa sospecha se adapta como un guante al caso de Rousseau. Considerar que puede existir algo así como una voluntad general que aun opuesta a nuestra particular voluntad ha de sentirse con más fuerza (o más honestidad) es algo que necesita de una cierta convicción metafísica, si no religiosa, ello es evidente. Pero ello aun diferente en su presentación, no diverge en mucho de las intenciones de quien pensó que puesto que somos seres racionales podemos pensar dentro de los parámetros universales de la razón (lo cual puede ser el caso de Kant), ni la de quienes sencillamente pensaron que la opinión esclarecida es aquella que reproduce lo que la Historia inevitablemente nos presenta. En todos estos casos se trata de distintas asunciones teóricas para cuidar de que la opinión pública sea una

¹ Habermas (1986, p. 129) habla de que ya los fisiócratas propusieron un público minoritario bien informada que formarían el conjunto de los expertos o esclarecidos quienes ejemplificarían lo que fuera la opinión pública.

voz única, sin conflictos, que se pueda escuchar con claridad y no como una algarabía de intervenciones.

Con todo, y antes de seguir adelante, no se puede dejar de advertir que es evidente que ambas posiciones se han mezclado a lo largo de la historia moderna y contemporánea a fin de lograr un objetivo común: la opinión pública es fundamental y ha de estar siempre acertada pues ha de oponerse a cualquier opinión privada, o de un rey iluminado o de un Dios.

Esta última asunción estuvo en la base de la institucionalización de las nuevas formas de gobierno en el XIX mediante la cual los sistemas liberales se hacían herederos de la concepción de opinión pública que emanaba de la Ilustración y en buena medida tomaban en ella su legitimación. A partir de aquí el arte de fomentar la opinión pública se tomó como una muy valiosa habilidad y poco a poco la opinión pública se convirtió en sinónimo de la opinión expresada por los representantes políticos del electorado (Speier, 2001, p. 218).

En buena medida esto cambia radicalmente el tono con el que la opinión pública había nacido: una vez las nuevas clases en el poder, aquellas que habían enarbolado la opinión pública como una de las fuentes principales de su legitimación (como óptimas y racionales sustitutas del rey), se intentó que la opinión fuera cualificada, que no se dijera cualquier cosa.

O mejor: se constató que las voces de los muchos en modo alguno suponían una única voz por mucho que quisiéramos imaginar una razón subyacente a todas las argumentaciones humanas. Por ello debería ser la voz de aquellos políticos que habían sido elegidos para representar a la opinión pública la que diera el verdadero significado de esta.

En no poco, ya con las revoluciones liberales (y particularmente a partir de 1848) se dan dos procesos que es menester tener en cuenta. Estos son, por un lado, la adopción del sufragio censitario masculina que permitió que se eligiera a representantes que hablaban en nombre del «pueblo» y la aparición de un proletariado obrero que comenzó a organizarse en sindicatos y organizaciones políticas y que se manifestaba en la calle (pública) con una voz diferente con lo que se ponía en cuestión no sólo la supuesta homogeneidad de la opinión pública sino, sobre todo, que esta fuera la exposición de una razón universal. Por otra parte estos dos procesos se solapan con el desarrollo de la prensa de gran tirada que de manera casi automática la consolida como el repositorio de la opinión pública, como su verdadero reflejo.

Esto que en principio tan sólo debería suponer que la opinión pública adquiere un medio para ser más extensa y dotarse de mayor publicidad (de ser más pública) lo cierto es que se tradujo realmente en que se instituyeron diferentes voces: la prensa tomó partido en la mayoría de las ocasiones (unas veces consciente de su poder como configuradora de lo público, otras sencillamente creyendo sinceramente que era la representante cierta de la opinión pública) y se terminó olvidando la imagen de la Enciclopedia como modelo de la legitimación de la opinión pública: una multitud de voces debía ser admitida. Entonces, ¿qué era en realidad la opinión pública?

Sin ser clara la respuesta, lo que resultaba para todos evidente (y no se debe olvidar que la noción de «todos» se construía al ritmo de los Estados de Derecho) era que la institucionalización de la opinión pública en los estados liberales supuso que la conversación esclarecida salía del salón y se hacía universal gracias a la prensa la cual resultó, así, la Asamblea de los hombres que reflexionan.

Lo cierto es que en todas las visiones liberales del XIX siempre se supone que la opinión pública es la actividad reflexiva de los individuos, por más que tal reflexión no genere de modo fáctico una única voz; y este es el lugar donde Habermas señaló que se abre un espacio entre el Estado y la sociedad civil en el cual los ciudadanos debaten libremente sobre cuestiones de interés general.

La opinión pública refleja una cierta racionalidad que se establece de modo libre, abierto y esclarecido (desde luego lejos de la influencia de la superstición, la irracionalidad y la tradición dogmática)². Pero cierto es también que las quejas frente a la opinión pública comienzan a aparecer con fuerza en este punto pues se hacía patente en no pocas ocasiones que esta resultaba un conjunto no reflexivo y no crítico de actitudes (no de reflexividades) que impedían que esa opinión pública pudiera ser determinada –y ameritada– por su esclarecimiento.

De hecho, la diversidad de voces comienza a sugerir que no hay un solo público, que no hay tampoco un único asunto político público y que, por ende, no hay *una* opinión pública. Entre la necesidad de las facciones que se disputarían el poder por mantenerse en los órganos de gobierno o por alcanzarlos y el surgimiento de una prensa que cada vez adquiría más poder, la queja de Tocqueville cobró pleno sentido: la opinión pública suponía amenazas a la libertad de pensamiento individual pues sedimentaba la libre concurrencia de opiniones en una opinión más general que se constituía como algo que terminaba inmovilizando a los espíritus particulares.

4. Tercera fase

Debe recordarse que la prensa, en un principio, y en boca de Bentham, era no sólo el órgano apropiado del tribunal de la opinión pública, sino también el único constantemente activo. Esto fue el origen de un giro que influyó sobremanera en el proceso de constitución histórico de la opinión pública en el cual se subrayó su valor comunicacional.

No tanto ya la cuestión de una opinión esclarecida, racional en la mayor medida que se quisiera imaginar, sino simplemente una opinión que se comunicaba y en el proceso de la comunicación es como adquiría definición y reconocimiento. Se debe notar el cambio que se muestra con claridad a poco que atendamos a las condiciones que el mundo liberal del XIX impuso para proveer al buen establecimiento de la opinión pública.

Me estoy refiriendo aquí a la exigencia de que la opinión pública necesita de (a) la libertad de expresión que inicialmente se especificaba como libertad de prensa y que suponía la posibilidad misma de expresar opiniones, (b) la publicidad que hace que la libre expresión de ideas y opiniones se desarrolle en un espacio público (Monzón Arribas, 1996, pp. 28 y ss.) y (c) la ausencia de prejuicios que posibilita que no haya opiniones que partan con alguna ventaja o que puedan prevalecer sobre las demás sin haberse expuesto ni defendido³.

Son todos, ciertamente, requerimientos que hacen llamada a la estructura comunicativa, a las condiciones formales de la constitución de la opinión pública, más

² La esfera pública burguesa que al decir de Habermas en el siglo XX se desvanece debido a la intervención creciente del Estado en todos los dominios de la vida social y el desarrollo de una burocracia y de una tecnocracia política que despolitizan a las masas neutralizando la opinión pública como elemento reflexivo que ha de señalar al Estado lo que «el pueblo» desea.

³ Es la clásica idea de J. Rawls expresada, por ejemplo, en Rawls (1995).

que al contenido de saber o de conocimiento esclarecido. Efectivamente, si durante todo el XIX la opinión pública era el resultado de la organización de las masas del pueblo que deseaban expresar su opinión, era preciso que la expresaran de alguna manera. Y esa manera fue la prensa que de este modo ofreció el medio y la completa definición de qué fuera la opinión pública: aquello que no se publicaba, no podía ser tomado siquiera como opinión por no ser público (por muy racional que pareciera).

La antigua proclama de McLuhan acerca de que el medio resulta ser el mensaje, comenzaba a fraguarse de modo inicial aunque tremendamente evidente. Y ello poco a poco cambia la noción de público crítico que era lo que se suponía alimentaba la opinión pública, lo que se forjaba en los salones y cafés, aquello que construía el hábitat donde se gestaba la razón pública. No hay que esperar mucho para que a opinión pública quede confiscada por nuevos vectores de comunicación que constituyen los medios de masas, la propaganda y la publicidad política. Es el momento en que la manipulación comienza a ir de la mano de ese espacio público «comunicado».

Efectivamente, tanto desde la sospecha liberal de Tocqueville o Mill como desde las perspectivas marxista se otorga gran relevancia a la capacidad de manipulación de los medios. Los primeros presentaron bien tempranamente el miedo a que las voces colectivas anularan bien por manipulación bien por aplastamiento, las voces particulares. Los segundos no podían dejar de considerar a los medios desde el concepto de ideología (y posteriormente de hegemonía).

Como fuere, lo cierto es que si bien la opinión pública se recogió en las primeras reclamaciones burguesas ilustradas como el medio por el cual el pueblo podía acceder al poder, en cuanto se institucionalizaron los primeros estados liberales (y también el primer estado marxista) todo el pueblo fue desconsiderado por tomarse como una masa ignorante e irracional (este era precisamente el lugar donde Tocqueville advertía el germen del despotismo de las mayorías) o una masa sin conocimiento de las condiciones materiales que la debían conducir al mejor puerto.

Realmente la queja de Althusser⁴ en este punto está más que bien asentada: en último término la opinión pública es simplemente un lugar de lucha ideológica donde la esencia de lo público es lo de menos y simplemente se trata de construir el mito del pueblo con el que se fundamentará la política ganadora. La idea gramsciana que entiende la lucha política como una batalla por la hegemonía cultural también explicaría esta guerra por la bandera de «el pueblo», que en pos de la victoria olvida cualquier concerniente por promover la antigua idea de opinión pública.

De un modo más optimista la persecución de una opinión pública esclarecida aún continuaría en el mundo liberal o en propuestas como la de Habermas que por medio de procedimientos formales para resguardar la buena reflexión conversacional tratará de evitar la manipulación; pero es evidente que ello no ha sido un esfuerzo coronado por el éxito. Posiblemente en este punto, y desde una óptica bastante diferente, tenía razón Luhman (2010) cuando consideraba que el espacio público es sólo el medio de la reflexión de la sociedad, el único espacio para que el sistema político se pueda auto-observar.

⁴ Althusser (2003) se ocupa de los medios de comunicación y la configuración que estos hacen de la opinión pública con una marcada preocupación por el hecho de que en último término su función es asegurar la reproducción de la ideología de la clase dominante. Cada aparato ideológico del Estado tiene una función y el «aparato de información» se ocupa de homogeneizar la opinión pública sometiéndola a lo que la ideología dominante obliga a opinar.

Lejos de ser el espacio público que en el XVIII se alzaba como el lugar donde podía residir las esperanzas de la emancipación, la participación en las tareas de gobierno y el progreso hacia una sociedad justa (una esfera intermedia que permitía al pueblo, a lo público, proponer sus reivindicaciones al sistema político), la opinión pública supone sencillamente una observación de segundo orden desde el cual se observa a los observadores (o mejor: a los electores) (Binoche, 2012, pp. 42 y ss.).

La opinión pública es el sistema político observándose y por ello en modo alguno es un «soberano racional», sino uno más de los sistemas sociales cuyo objetivo es observar todos los sistemas formando una sociedad. De tal modo la opinión pública no resulta la suma de opiniones, sino un sistema comunicacional donde las opiniones particulares, si bien son consideradas, no son determinantes pues son interpretadas según el sistema social las interpreta. En esencia es un sistema comunicacional que toma la forma que le dan los media y permite al sistema político reducir la complejidad social (pues así ya no es sólo la suma de muchos sistemas sociales) y poder tomar decisiones políticas con menos incertidumbre (aunque, desde luego, sin nada que ver ni con la racionalidad ni con el interés general). Por ello, concluye Luhmann el papel del pueblo o del público es meramente simbólico, un mito (un fantasma por usar la terminología que después establecerá Bourdieu) para legitimar el sistema político.

5. Cuarta fase

Tras la Primera Guerra Mundial la confianza en la opinión pública cambió. Se suele decir que en este cambio influyeron por un lado las nociones freudianas que manejaban un inconsciente que de manera oculta residía bajo toda racionalidad consciente y las asunciones marxistas que habían dejado claro que los lugares de discusión ocultaban intereses infraestructurales. A esta sospecha que debía acompañar la formación de la discusión pública se unía la evidencia que había presentado la guerra al utilizar la noción de propaganda (con el uso de la prensa «comprada», la publicidad o de un incipiente cine) de un modo tan descarnado como ajeno a cualquier racionalidad y publicidad.

A partir de este momento es imposible identificar de una forma inocente la opinión pública con la voz del pueblo. Es aquí cuando intelectuales como Lippman acuñan la noción de estereotipo por medio del cual la opinión pública se constituye y reconfigura presentando como algo evidentemente falso la noción ideal del ciudadano que puede opinar de todo (que era la base de la democracia)⁵.

Es a partir de este momento que se ve con claridad que no existe nada parecido al público esclarecido que opinaba y llegaba a algún acuerdo siquiera razonable. En este punto se puede recordar a Sartori quien distingue dos etapas en la formación de la opinión pública. La primera reconoce sus orígenes en el XVIII y se extiende hasta la aparición de la televisión y tiene una consideración de modo óptimo pues aun admitiendo los sesgos que impuso la prensa, Sartori los toma como las distintas voces que componen la opinión pública (la cual sin ser el trasunto de la racionalidad, sí es el lugar donde se pueden dar acuerdos más o menos razonables).

⁵ Y puesto que no hay posibilidad de opinión esclarecida, la democracia se ha de entender como élites gobernantes (elegidas, eso sí, pero evitándole al público la incomodidad de opinar sobre los asuntos de gestión del gobierno).

La segunda etapa, a partir de la difusión de la televisión, es una época donde son muy pocas las personas informadas y competentes capaces de ejercer tareas de gobierno y ni siquiera llegar a comprender las distintas complejidades de tales tareas. Esto último está en la línea de lo ya señalado por Lippman, sólo que aquí se subraya el carácter comunicacional: tal pobreza de información proviene de la televisión que consigue que «la democracia se convierta en un sistema de gobierno en el que son los más incompetentes los que deciden» (Sartori, 1998, p. 125).

En efecto, si con la prensa siempre se podía imaginar que la voz autorizada podía ser la de un «experto» (recordemos el caso de Zola y su «J'accuse»), la televisión sugiere que cualquier voz es válida, aun cuando esté falta de información y experiencia.

La idea de Sartori estira nociones habituales en el mundo liberal, pero lo hace de manera más sangrante pues no se trata de seguir la idea de Popper según la cual no existe un mítico «hombre de la calle»⁶, sino de subrayar que no es tanto que haya muchas voces que deban ponerse de acuerdo, es que las voces son tremendamente poco cualificadas y en principio parece que si hay un acuerdo a nadie preocupa que tal sea por lo verdadero, lo más acertado o lo más correcto.

A lo anterior hay que apuntar, en esta fase del desarrollo de la opinión pública, el surgimiento de los sondeos de opinión que asumen que la mejor manera de palpar lo que realmente es la opinión pública (la fragmentación de la verdad que Popper asumía) son las encuestas. A partir de Gallup, Roper y Crossley las encuestas, los sondeos, resultarán el medio práctico de aprender lo que la nación piensa (Gallup y Rae, 1940, p. 5) conformando una línea que se expandió durante la Segunda Guerra Mundial cuando el gobierno de los EE.UU. usó de psicólogos, politólogos y sociólogos interesándose en el proceso de cambio de opinión⁷.

Lo que realmente resultó de esta dedicación a los sondeos fue que la concepción de opinión pública se hizo más técnica, cuantitativa y, sobre todo, despreocupada por la esencia de lo que fuera la opinión pública. Si no es sencillo tener claro quién es el público y ni siquiera donde está el índice de esclarecimiento, la solución pasa por atacar el problema de manera «científica» y considerar a la opinión pública como aquello que podemos presentar, medir y calibrar.

Lo paradójico de este cambio es que los sociólogos tradicionales siempre se habían opuesto a este tipo de consideración mensurable de la opinión pública. Bien desde la perspectiva de Durkheim, que consideraba que no era posible tomar la conciencia colectiva como la suma de conciencias individuales, bien desde la visión de Marx que asumía que la conciencia queda determinada por condiciones materiales de existencia y son estas últimas las que hay que estudiar, la sociología previa a las dos grandes guerras no imaginaba que el sondeo pudiera decir nada de la opinión pública. Y por ende de nuestros sistemas democráticos.

Pero lo cierto es que hoy es ya un hecho que la reflexividad del público sólo es aquello que se puede expresar y medir, y que resulta fútil preocuparse por qué sea tal opinión pública o cuáles fueran sus características formales pues resulta mucho

⁶ Y por ello apuesta por una por una noción fragmentada de verdad que nunca pensara que pudiera haber una verdad del público (el cual nunca había existido). Cfr. Su *Conjeturas y refutaciones* (cap. 17: Opinión pública y principios liberales).

⁷ A partir de la fundación en 1935 del primer instituto de opinión (el *American Institute of Public Opinion*) creado por George Gallup, este tipo de visión de la opinión pública ha homogeneizado cualquier consideración de la misma siendo cierto, como veremos, que hoy no es claro en cuanto presentan la opinión pública o la determinan.

más adecuado y científico simplemente establecerla en aquellos parámetros que la pueden medir, que la pueden presentar tal y como es. De un modo objetivo.

En el siglo XX la opinión pública sufre un proceso de matematización y contabilidad para asegurar su científicidad y con el fin de evitar que la opinión pública sea simplemente lo que un determinado periódico propone o la voz de un político que se instituye como la voz del pueblo, se opta por presentar la voz de la calle. ¿Una voz reflexiva? ¿Una voz informada? Ahora la concepción de la opinión pública se despreocupa de si es *doxa* o *episteme*; esta vale por su voz (por su voto). Si la democracia es la participación en el gobierno de la voz del público, parece lógico pensar que es en el reflejo de tales voces como se da cumplida cuenta de la democracia más óptima. Poco habría que objetar aquí si no fuera porque ciertamente la medición, el reflejo o simplemente la fotografía de lo público nunca resulta un asunto realmente objetivo y aséptico.

Esa al menos es la idea de Bourdieu para quien la opinión pública tal y como los sondeos la pretenden recoger, y tal y como los politólogos pretenden analizarla, es sólo un artefacto, una construcción⁸. La idea de Bourdieu comienza de manera polémica pues asegura que en realidad en la edad burguesa no se ha inventado el espacio público que siempre existió en las aldeas o en las ciudades; lo que se ha inventado es su fantasma al conformar una idea que ha establecido una publicidad esclarecida que tiene como virtud la neutralización efectiva del espacio público el cual puede ser excesivamente anárquico.

Creo que si recordamos la multitud de voces que comenzaron hablando en la Asamblea Nacional a poco de decapitar al rey-padre, entenderemos esto pues eran las mujeres de los panaderos, los tenderos de París, los curtidores, etc., quienes deseaban presentar peticiones particulares ante el universo de discurso de la Asamblea. De tal modo era imposible establecer una única voz y la opinión pública tenía mucho de esa opinión que la antigüedad clásica y medieval había proscrito por considerarla una algarabía. Pues bien, para Bourdieu, el fantasma de la opinión pública neutraliza el espacio público y adquiere, con ello, una función ideológica al asegurar la gobernabilidad de las masas.

En lo que toca expresamente a los sondeos de opinión, Bourdieu afirma que existen tres postulados controvertidos en la idea de las encuestas: El primero es la idea de que todo el mundo tiene una opinión pues, efectivamente, no todo el mundo está interesado en lo que le preguntan y se puede afirmar que los sondeos llevan a gente que no le interesa un asunto a tener una opinión sobre el mismo. La segunda asunción controvertida es el convencimiento de que todas las opiniones valen lo mismo lo cual ignoraría la evidencia de que sobre determinados asunto hay opiniones más expertas que otras.

El tercer postulado objetable es suponer que los sujetos a los que se pregunta al final pueden llegar a un consenso, pues, en efecto, los sondeos suponen un «efecto de imposición de la problemática» que hacen que se pongan sobre el tapete cuestiones que ciertamente no eran siquiera cuestionadas con lo que al final parece que interesa lo que quienes plantean los problemas quieren que interese y se llega a acuerdos sobre cuestiones que jamás habían planteado desacuerdos o simplemente

⁸ Efectivamente, Bourdieu en una conferencia dictada ya en 1972 bajo el título de «*L'opinion publique n'existe pas*», señaló que son estos institutos de opinión los que crean realmente la opinión pública por medio de expresarla de manera cuantitativa (Bourdieu, 2003).

ni siquiera se habían planteado como cuestiones que debieran suscitar algún tipo de consenso.

Para Bourdieu la encuesta de opinión trata a la opinión pública como una simple suma de opiniones individuales recogidas ante una situación que realmente es creada por la misma encuesta. Una suma que se refleja en un guarismo más o menos fijo que olvida que las opiniones están dentro de diferentes relaciones y conflictos, que pueden alterarse ante tales conflictos y que, en definitiva, son una lucha entre diferentes esclarecimientos. A través de los sondeos desaparece esta relación de fuerzas y se expresan simplemente diferentes planteamientos sin relacionarlos unos con otros.

Por otro lado, las encuestas de opinión tienen una cualidad performativa puesto que no pocas veces fuerzan una opinión sobre cuestiones sobre las que el individuo no tiene formada ninguna opinión (y por tanto previamente a la encuesta su voz no formaba parte de la opinión pública). La capacidad performativa supone que se obtienen datos que previos a la encuesta no existían, datos que son tomados por los organismos de gobierno como reflejo de una opinión a la que hay que dar respuesta; de tal modo se dan respuesta a demandas que previamente no eran tales con lo que se puede concluir que los sondeos construyen una ilusión democrática desde una apariencia «científica».

En buena medida esta idea de Bourdieu es repetida por Champagne (2015) quien sostiene que los sondeos suponen una desposesión de la posible «voluntad» del público pues los institutos de opinión, los politólogos y la prensa han reemplazado una entidad metafísica vaga, la opinión pública como trasunto de una opinión esclarecida, por una entidad no menos metafísica que tiene como ventaja que puede ser medida. Con la instauración de los sondeos de opinión, la opinión pública sufre una desposesión, la que se olvida de su esclarecimiento y la plantea simplemente desde una perspectiva cuantificable, mostrable con un solo expediente o con una clara presentación.

Lejos de preocuparse por «qué sea» la opinión pública, se la establece en aquello que cuantificablemente se presenta como opinión pública. De este modo el interés ya no es si tienen razón los burgueses, los obreros o la prensa, sino simplemente dar por hecho que hay una línea de opinión pública que es la que se puede establecer con su muestra en una medición realizada por un sondeo. El recurso al sondeo aporta una nueva legitimidad: el conocimiento de la opinión y el olvido de la discusión sobre su esclarecimiento o racionalidad.

Eso sí, la opinión pública siguen siendo el hilo de legitimidad de la actuación política, es la voz del pueblo y por ello el mundo de la política (y de lo político) adquiere una posición subordinada a los sondeos. En último término quizá no fuera muy descabellado acudir aquí a la noción de hegemonía y de luchas por la misma: las opiniones y relaciones de opiniones quedan establecidas desde los conflictos de fuerza entre grupos y nada tienen en común con la idea de opinión pública que alzó como estandarte nuestra modernidad.

Como fuere, lo cierto es que a partir de aquí «el público» se banaliza y la opinión pública deja de ser reflexión y se convierte en meros datos lo cual reafirma la afirmación de Tocqueville según la que cuanto más iguales son los individuos más tienden a creer en la masa; en este sentido los sondeos crean en verdad la opinión pública al presentar a los individuos planteamientos claros y mayoritarios. ¿Se pierde así la base de la fundamentación democrática?

Ciertamente eso parece; al menos se cambia en mucho la noción de opinión pública. Bernard Lacroix (1988) hace tiempo afirmó convincentemente que los sondeos erosionan las creencias necesarias para el funcionamiento de los procesos electorales en la medida en que, como señaló Whiteley (1987) en un trabajo de análisis ya clásico, aquellos que tienen las convicciones más frágiles no las fortalecen con la reflexión, sino con los sondeos. El signo de los tiempo parece imponerse en este punto y es necesario redefinir todos los asumidos básicos de nuestra Modernidad y, por repetir las palabras de Patrick Champagne aquí se presenta la formación de una ilusión democrática proporcionada por los sondeos: la política supone construir de antemano una comunicación eficaz a fin de competir en el mercado político de la manera más adecuada.

Como la opinión pública ya no es sino lo que se mide por encuestas de opinión, resulta que los procesos con los que se pulsa tal opinión la terminan construyendo; ello significa que realmente ni siquiera se puede pensar que las elecciones y acuerdos partan de una respuesta libre e individual, sino que más bien son una respuesta creada performativamente.

6. Quinta fase

Lo cierto es que la opinión pública aunque diversa puede verse si bien no como un trasunto de la racionalidad pública, sí al menos, de un modo más sencillo y realista, como el lugar donde los ciudadanos aunque no entienden de política le dicen a los políticos lo que les importa. Por ello es lógico que hoy la mayoría de los investigadores comunicacionales, politólogos o sociólogos, consideren que la opinión pública es sólo la agregación de opiniones individuales tal y como las reflejan los sondeos de opinión y ya no caben debates de calado teórico o con interés normativo pues se consideran como discusiones no científicas: se apuesta por las preferencias del público antes que por ver cuál es la esencia o la verdadera naturaleza de la formación y cambio de la opinión pública (Herbst, 1993, p. 142).

Quizá la solución sea acudir, como señala Herbst, a la idea de conversación, tal y como lo han hecho Tarde, Habermas o Gamson, pero la conversación es algo difícil de estudiar, es dinámica y complicado establecer (sin asunciones teóricas previas) cuando se conversa de manera admisible o no; pero, sobre todo, la conversación no tiene nada que ver con los lugares donde hoy se configura la opinión pública los cuales son espacios donde no es menester que predomine la reflexión o el interés por atender al otro (Herbst, 1993, p. 144).

En este punto hay que decir que progresivamente los sondeos de opinión se extienden a lugares mucho más allá de las cuestiones políticas o sociales hasta el punto de que es el mundo de la publicidad, la promoción del marketing o la creación de nuevos productos el que hace uso extensivo de los mismos. Asistimos en los últimos tiempos a un proceso por el que la opinión pública deja de ser un asunto eminentemente político y se constituye como un proceso de medición cultural y de consumo.

En suma, si en el origen la opinión pública resumía el debate entre los ciudadanos preocupados por lo político, ahora los sondeos construyen la opinión pública sólo como fotografía de diferentes opiniones en un momento dado. Una fotografía que hoy es diversa y ni siquiera aspira a proponerse como la fotografía definitiva. En este sentido el desarrollo de las nuevas tecnologías han borrado las fronteras entre los media (Chaffe y Metzger, 2001) y tanto los *mass media* como los

social media ahora son indispensables en la consideración de la opinión pública que, de este modo, se constituye simplemente con su exposición a un público muy determinado y en cierto modo conformado por los medios técnicos que generan y cuidan las diferentes redes sociales. Algo que obliga a replantearse la opinión pública y la misma esencia de la democracia es la aparición y consolidación de redes sociales a través de las cuales la opinión pública abandona por completo su carácter de reflexión esclarecida sobre el mundo político y se convierte en un asunto que camina según los vaivenes y propuestas de aquellas redes que proponen temas sobre múltiples «tópicos».

Si se analiza con calma se podrá ver que en la opinión pública en un principio se solapaban dos sentidos de opinión: un sentido subjetivo que hacía referencia a la opinión del público (García Sanz, 1990, p. 18) y otro sentido objetivo que refiere a la opinión sobre lo público (Tarde, 1986, p. 43-77). Y lo podían hacer porque toda la palabra pública que tenía alguna relevancia era una palabra del público que opinaba sobre lo público.

En nuestros días este solapamiento inocente ha cambiado pues la publicidad de las opiniones hoy no tiene una dimensión prioritariamente política. Con la aparición y consolidación de las nuevas tecnologías y las redes sociales no son pocas las voces que se alzan para difundir opiniones a través de diferentes medios lo que nos lleva ya a entender como opinión pública simplemente la aparición de un mensaje de la comunicación independientemente de si su objeto es lo público o no (García Sanz, 1990, p. 226) por más de que aún existan teóricos que no consideren opinión pública si no se expresan mensajes con importancia para el conjunto de la organización política (Heller, 1981, p. 191).

Ciertamente el carácter político no desaparece por completo pues no pocas veces los asuntos que se pulsan son de carácter social y político, pero queda dentro de un magma que muestra la tremenda diversidad de esferas en las que establece el mundo de lo público en nuestros días. A decir verdad, el individuo hoy se encuentra parcelado y fragmentado dentro de un mundo público extremadamente diverso, multiforme y despreocupado por ser esclarecido o por apuntar a una sola «realidad» (o verdad).

Si en un inicio la opinión pública trataba de ser la voz pública de los individuos que intentaban dar su punto de vista sobre el mundo social que les tocaba vivir, ahora no es sino una voz preformada que se sitúa más bien en un hábitat tremendamente líquido y que no tiene ni fuerza individual ni aspiraciones a durar más de lo que una mera opinión merezca.

La opinión pública se forma de una manera ya no despreocupada por la verdad, sino incluso sin ningún prejuicio por mentir o interés por disfrazar la mentira. Es un tópico en este punto señalar el caso de las elecciones en los EE.UU. en las que salió elegido el actual presidente Donald Trump o el referéndum que aprobó el Brexit, casos ambos que remarcan que el campo de la opinión pública hoy implica una nueva consideración donde la palabra, la conversación, no tiene por qué tener un compromiso de verdad con aquello que dice (compromiso sí tiene que tener, pero con lo que podríamos llamar un espíritu de equipo, identitario) ni un deseo de exposición preocupado porque lo expuesto tenga algún contenido de verdad, racionalidad o conocimiento.

En este punto no hay que olvidar que hoy los media son grandes corporaciones con intereses económicos y sociales; no hay que olvidar tampoco que entre la opinión de los ciudadanos y el gobierno se han construido un complejo

sistema de intermediarios bajo la forma de partidos políticos, *mass media*, Parlamentos, ayuntamientos, poder ejecutivo, etc. (Leka y Kosumi, 2017, p. 47).

Y por ello la pregunta que hoy surge es sencilla: ¿qué ocurre cuando la opinión pública entendida a la ilustrada desaparece y lo que se avanza es el «sentimiento popular»? (Lukács, 2018) y, sobre todo, si la opinión pública fue el fantasma sobre el que se construyó nuestra democracia, ¿cómo mantenerla sin tal imagen?

Bibliografía

- Althusser, L. (2003). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Baker, K.M. (1990). *Inventing the French Revolution*. Cambridge Reino Unido : Cambridge University Press.
- Binoche, B. (2012). Opinion publique. Idéologie et ideologie. *Scienza & Política*, 25(47), pp. 33-42.
- Bourdieu, P. (2003). *Cuestiones de sociología*. Madrid, España: Istmo.
- Chaffee, S.H. y Metzger, M.J. (2001). The End of Mass Communication. *Mass Communication and Society*, 4(4), pp. 363-379.
- Champagne, P. (2015). *Faire l'opinion*. Paris, Francia: Les Éditions de Minuit.
- Sartori, G. (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Madrid, España: Taurus.
- Gallup, G. y Rae, S.F. (1940). *The Pulse of Democracy: the Public-opinion Poll and How it Works*. Nueva York, Estados Unidos: Simon and Schuster.
- García Sanz, R.M. (1990). *El derecho a opinar libremente*. Madrid, España: Eudema.
- Habermas, J. (1986). *Historia y crítica de la opinión pública*. Ciudad de México, México: Gustavo Gili.
- Heller, H. (1987). *Teoría del Estado*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Herbst, S. (1993). History, Philosophy, and Public Opinion Research. *Journal of Communication*, 43(4), pp. 140-145.
- Lacroix, B. (1988). A quoi servent les sondages?. *Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale*, 22(23), pp. 123-146.
- Laporta, F. (2000). Poder y derecho. En E. Garzón Valdes, y F. Laporta (eds), *El derecho y la justicia* (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 11). Madrid, España: Trotta.
- Leka, D. y Kosumi, B. (2017). The Impact of Democracy in the Media and Public Opinion. *Acta Universitatis Danubius. Communicatio*, 11(2), pp. 39-52.
- Luhmann, N. (2010). *La realidad de los medios de masas*. Madrid, España: Anthropos.
- Lukacs, J. (2018). The End of Liberalism. *The American Scholar*, 87(3), pp. 38-43.
- Monzón Arribas, C. (1996). *Opinión pública, comunicación y política*. Madrid, España: Tecnos.
- Price, V. (2008). The Public and Public Opinion in Political Theories. En W. Donsbach y M.W. Traugott (eds.), *The SAGE Handbook of Public Opinion Research* (pp. 11-24). Londres-Los Angeles, Reino Unido: SAGE.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Speier, H. (2001). Historical Development of Public Opinion. *Analisi. Quaderns de Comunicació i Cultura*, 26, pp. 209-221.
- Tarde, G. (1986). *La opinión y la multitud*. Madrid, España: Taurus.
- Whiteley, P. (1987). The Accuracy and Influence of the Polls in the 1983 General Election. En I. Crewe y M. Harrop (eds.), *Political Communications* (pp. 312-324), Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

Estado regulador*

Regulatory state

Laura Baamonde Gómez
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-4152-4252
lbaamond@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Baamonde Gómez, L. (2019). Estado regulador. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 249-261.
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5030>

Recibido / received: 27/06/2018
 Aceptado / accepted: 21/08/2019

Resumen

El objetivo es reflexionar acerca del concepto de Estado regulador, y cómo el rol del Estado como Estado social ha evolucionado en las últimas décadas a partir de los procesos de liberalización económica. La crisis del modelo del Estado prestacional ha dejado espacio a los agentes privados del mercado en régimen de competencia. El Estado, por su parte, se ha reservado el papel de regulador, garante o supervisor del funcionamiento eficiente de los mercados que requieren de una intervención pública más intensa para la satisfacción de las necesidades colectivas. En este marco, se abordará, asimismo, cómo esta nueva situación ha impactado en la tradicional división de poderes: protagonismo de las autoridades independientes, surgimiento de nuevos poderes normativos y dificultades para el control judicial de las decisiones de las agencias reguladoras. Finalmente, se propondrán algunas líneas de actuación para el futuro.

Palabras clave

Estado regulador, estado social, derecho regulatorio, liberalización, derecho de la competencia, servicio de interés económico general, autoridades independientes, autorregulación.

Abstract

The aim is to reflect about the concept of regulatory state, and how the role of the state as welfare state has developed in the last decades since the first economic liberalization processes. The crisis of the provider state scheme, has let space for the market private agents in a competition regime. The State, for its part, has reserved for itself the authority of regulator, guarantor and supervisor of the efficient functioning of markets that demand more intensive public intervention for the collective needs satisfaction. Within this framework, this article will also address how this new situation has impacted on the traditional division of powers: role of independent authorities, emergence of new regulatory powers and difficulties for judicial review of the decisions of regulatory agencies. Finally, some lines of action for the future will be proposed.

* En el presente artículo se optará por la denominación "Estado regulador" en un sentido amplio, como fenómeno de transformación del rol del Estado en su dimensión de Estado social, y equivalente, a pesar de las matizaciones teóricas que pudieran hacerse, a las nociones de Estado garante o Estado supervisor. Acerca de esta distinción conceptual, véase: Parejo Alfonso, 2016, pp. 105 y ss.) y Esteve Pardo (2013, pp. 163 y ss.).

Keywords

Regulatory state, welfare state, regulation, liberalization, competition law, service of general economic interest, independent authorities, self-regulation.

SUMARIO. 1. Introducción: evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado social. 2. Consolidación y crisis del modelo prestacional. 3. Nuevo rol del Estado: el Estado regulador. 3.1. Los procesos de liberalización de los monopolios estatales. 3.2. Nuevas atribuciones del Estado: intervención en la economía de mercado a través de la regulación (función de garantía de la prestación). 3.3. Implicaciones institucionales. 3.3.1. Las autoridades independientes: en particular la CNMC. 3.3.2. Fuentes del derecho regulatorio: regulación y autorregulación. 3.3.3. Control judicial: interés general, discrecionalidad y riesgo regulatorio. 4. Conclusiones.

1. Introducción: evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado Social

La superación del Antiguo Régimen y la instauración del Estado liberal tras las revoluciones burguesas de finales del s. XVIII se caracterizó por la división del Estado y la sociedad, creando espacios libres de injerencias estatales, principalmente, mediante las declaraciones de derechos y libertades fundamentales. Auténticos instrumentos de limitación del poder, y configuradores de esferas de libertad en favor de los individuos (Esteve Pardo, 2013, pp. 38-39).

Un modelo que respondía a las demandas de los grupos sociales que lideraron las revoluciones, pero que con el paso del tiempo devino insuficiente. Los textos constitucionales sólo predicaban la igualdad formal. No protegían a las personas de las profundas desigualdades entre la clase obrera y los sectores más privilegiados ni de las condiciones laborales propias de la industrialización o los desmanes del capitalismo. Ello provocó una lucha de clases y el consiguiente auge del movimiento obrero (organizado en partidos socialistas y comunistas), que tuvo como fruto: la Revolución rusa, la consagración constitucional de la intervención económica del Estado en la Constitución de Weimar de 1919, o las disposiciones al respecto de la Constitución española de 1931.

Con estas nuevas estipulaciones constitucionales, se habilita al Estado a participar de la actividad económica, no sólo a través de legislación tuitiva que proteja a las partes más vulnerables de una relación contractual, sino también mediante la asunción de prestaciones directas de bienes y servicios (López Guerra, 1994, pp. 162-165). Nace así el llamado Estado Social.

2. Consolidación y crisis del modelo prestacional

La auténtica consolidación del Estado social se puede observar en las Constituciones de la II postguerra mundial. En ellas se reconoce la facultad de intervención del Estado en la economía con una finalidad correctora, bien a través de la programación de la actividad económica, bien a través de la intervención en el mercado como agente económico destacado. Se puede hablar, en consecuencia, de un Estado prestacional (Esteve Pardo, 2013, pp. 50-55).

La Constitución española (CE), si bien más tardía, siguió la línea marcada por los textos constitucionales surgidos tras la conflagración. Su Título VII recibe la denominación “Economía y Hacienda”, avanzando con su dicción los dos bloques de contenidos que alberga en su interior: de un lado, las cuestiones relativas a la Hacienda y el control del gasto público (arts. 133 a 136 CE); del otro lado, las disposiciones referentes a la economía y el papel del Estado con respecto a ésta (arts. 128 a 132 CE) (De la Quadra-Salcedo, 2006, pp. 1 y 2).

Este segundo grupo de preceptos es el que merece ahora nuestro especial interés. Se caracterizan por su “novedad” dentro del constitucionalismo histórico español, en la medida en que implica una toma de partido constitucional en relación con el rol y las funciones del Estado respecto de la economía de mercado, es decir, concretiza la apelación de España como Estado social del art. 1.1 CE (De la Quadra-Salcedo, 2006, pp. 2 y 3).

Particularmente, el art. 128 CE, en su párrafo primero, subordina la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, al interés general. Indicando, en su apartado segundo, cuáles serán los instrumentos o las modalidades de intervención del Estado en la economía:

- reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica;
- reserva, mediante ley, al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio;
- intervención de empresas cuando así lo exija el interés general.

El art. 131 CE, por su parte, habilita al Estado para, mediante ley, planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

De esta forma, se otorga al Estado facultades de injerencia en la dinámica del mercado, orientadas a satisfacer las directrices de contenido social ínsitas en los derechos y principios del Título I de la Constitución, teniendo siempre presente el mandato del art. 9.2 CE en relación con la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Asume así el Estado la titularidad, y, en su caso, la gestión directa o indirecta de una serie de prestaciones, en el marco de la doctrina tradicional del servicio público como exigencia de la caracterización del Estado como Estado social.

Un título habilitante para la participación directa en el mercado, incluso en régimen de monopolio estatal, especialmente importante en sectores estratégicos, caracterizados por sus dificultades para funcionar en competencia debido a, por ejemplo: su estructura en red (irreproducible por sus altos costes económicos y/o medioambientales), la existencia de barreras a la entrada (de tipo legal, estructura de costes hundidos, etc.), las asimetrías de la información propias del sector, o las importantes externalidades negativas, etc.

Un modelo de “economía mixta” hegemónico hasta los años 70, pero que entra en crisis por tres causas: la económica (la denominada “Escuela de Chicago”, que señaló que la falta de competencia impide el ajuste entre costes y precios), la relativa a la innovación tecnológica (el dinamismo del mercado favorece más el avance tecnológico que la planificación estatal) y la de índole política (la gestión económica se hacía orientada a valores ajenos a las referencias del mercado, cubriendo los desfases con cargo a los Presupuestos Generales del Estado) (Esteve

Pardo, 2013, pp. 101 y ss.). De tal manera, en los últimos años hemos asistido a un proceso de reducción del Estado, particularmente en su faceta prestacional, al abandonar la titularidad y la gestión directa en la prestación de los tradicionales servicios públicos en favor de los operados privados del mercado en régimen de competencia.

Un nuevo escenario que exige una relectura de los mandatos constitucionales de intervención económica señalados previamente. Así, a la ya obligada interpretación sistemática con los derechos fundamentales a la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), así como el debido respeto al margen de configuración de las sucesivas mayorías parlamentarias en el desarrollo de políticas económicas propias, deben añadirse las restricciones impuestas por la pertenencia de España a la Unión Europea (UE).

3. Nuevo rol del Estado: el Estado Regulador

3.1. Los procesos de liberalización de los monopolios estatales

Precisamente, las dinámicas liberalizadoras impulsadas por la Unión a partir de los años 90 para la consecución del mercado interior, dentro del contexto general de la llamada “crisis del Estado del bienestar”, hacen que la lectura de los arts. 128 a 132 de nuestra Constitución deba ser reelaborada de acuerdo al nuevo papel del Estado en la economía: el de Estado garante o Estado regulador. Lo que para algunos autores constituye una auténtica mutación constitucional (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 58).

La teoría de la regulación económica surgió en EEUU tras la guerra de Secesión a mediados del siglo XIX, como solución al conflicto generado por el monopolio de la construcción del ferrocarril y los intereses de los potenciales usuarios a acceder al disfrute del nuevo medio de transporte. Así, la Teoría del *command & control* sobre las empresas, surge como una necesidad concreta de regulación, que se asume por las primeras Comisiones (antecedente de las actuales agencias independientes), que progresivamente van alcanzando mayor reconocimiento institucional. Así, en las sentencias de la Corte Suprema *Munn vs. Illinois*, de 1877, y *Wabash Railway vs. Illinois*, de 1886, se acreditó la competencia constitucional federal de la regulación del comercio más allá de las fronteras de cada estado. Esto derivó en la creación de la Comisión de Comercio Interestatal, considerada la primera agencia reguladora en sentido moderno y el punto de nacimiento del derecho administrativo en EEUU (Muñoz Machado, 2009, pp. 136 y ss.).

Una regulación que paulatinamente se va extendiendo a más sectores económicos que satisfacen las conocidas como *public utilities*. Un modelo, por tanto, que surge de lo particular y que avanza hacia lo general y que se opone, al menos de inicio, a la coyuntura de la Europa continental.

Así, la recepción en Europa de la teoría de la regulación se enmarca en un contexto bien diferente, el de un Estado prestador monopolista con una Administración dotada de potestades y prerrogativas de control sobre los contratos concesionales de los grandes monopolios económicos. Un sistema caracterizado por el uso de la técnica del “servicio público” como garantía de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios (Muñoz Machado, 2009, pp. 17 y ss.). Este modelo se empieza a quebrar a partir de las tendencias a la liberalización como remedio

frente a la creación de monopolios. Proceso que se inicia con el Tratado de Maastricht y se intensifica con el de Lisboa y la Directiva Bolkenstein. Una política económica que obliga a las empresas estatales (bien bajo titularidad pública, o bien privada, previa privatización) a competir en condiciones de mercado con otros operadores económicos. Un nuevo escenario para la intervención económica del Estado, ahora centrado en las labores de vigilancia y supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, sin que la totalidad del servicio merezca ya tal consideración (Parejo Alfonso, 2009).

3.2. Nuevas atribuciones del Estado: intervención en la economía de mercado a través de la regulación (función de garantía de la prestación)

Especialmente relevante es la transformación del rol del Estado, que pasa de ser “prestador” a “regulador”, velando porque la actividad económica se desarrolle en el marco de la libre competencia y porque las empresas que tengan encomendadas obligaciones de servicio público cumplan con la misión asumida (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 78 y 79).

Si bien es cierto que el Estado transforma sus funciones de Estado prestacional hacia una suerte de Estado garante de la dación de bienes y la prestación de servicios, ello no desvirtúa sus obligaciones en cumplimiento del mandato del Estado Social (art. 1.1 CE) y la cláusula de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) (Parejo Alfonso, 2009). En este sentido, el derecho regulatorio tiene por objetivo conciliar las exigencias del funcionamiento eficiente del mercado con las exigencias derivadas de la satisfacción de las necesidades colectivas. Para ello, se dotará de instrumentos heterogéneos: de tipo normativo, sancionador, de resolución de conflictos entre operadores, etc. En pocas palabras, la regulación económica se presenta como una nueva forma de entender la intervención pública en la economía, convirtiéndose así en una nueva función característica del derecho público de la globalización (Malaret, 2018, p. 1503).

La superación de la noción tradicional de “servicio público”, tuvo como consecuencia la definición de nuevos de conceptos jurídicos, adaptados a la nueva realidad económica. De tal manera, las actividades económicas históricamente prestadas en régimen de monopolio o bajo la etiqueta del servicio público en sentido estricto, pero que progresivamente han sido liberalizadas, vienen a configurarse en la actualidad como “servicios de interés económico general” (SIEG) (Carlón Ruiz, 2010, p. 486).

Sin ánimo de realizar un análisis detallado de tal instituto, conviene recordar que su régimen jurídico viene delimitado por lo dispuesto en el actual art. 106.2 TFUE (antiguo art. 86 TCCE). Precepto que señala que determinados servicios, aun cuando estén caracterizados por su connotación económica, sin embargo, al mismo tiempo presenten un interés general, sólo quedarán sujetos a las normas de los Tratados, y en especial a las relativas al Derecho de la Competencia, en la medida en que ello no comprometa la misión que tengan encomendada.

Evidentemente, por connotación económica debemos entender, acudiendo al Derecho de la UE y su idea de <<empresa>>, cualquier actividad económica, consistente en ofrecer bienes y servicios en el mercado, con independencia de la forma que se adopte, de que el prestador tenga carácter público o privado o de si exista o no ánimo de lucro en la operación (SSTJUE Casos *Fédération française des sociétés d'assurances* o *Comisión v. Italia*).

Consecuentemente, para hablar de un SIEG, debemos estar en presencia de una actividad económica de acuerdo con el análisis funcional que aplica el ordenamiento comunitario, pues sólo en éste caso estaríamos ante actividades susceptibles de estar regidas por el Derecho de la Competencia. Pero además, dichos servicios deben ser considerados por los Estados como de interés general. Ya que sólo esta doble concurrencia permite exonerar a los prestadores de tales actividades de la rigurosa aplicación del Derecho comunitario, en la medida en que pueda comprometerse la misión encomendada.

Una misión de interés general, que según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, debe entenderse como referida a actividades generalmente de índole prestacional, cuya existencia y efectividad deben quedar garantizadas incluso cuando el mercado no esté en condiciones de hacerlo (generalmente por falta de rentabilidad, situaciones de monopolio natural, etc.). Lo que exige que tales actividades deban sujetarse a principios distintos de los meramente empresariales, tales como: universalidad, igualdad entre los beneficiarios, continuidad y asequibilidad de la prestación, etc.¹

El régimen jurídico de estos servicios viene determinado por el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no obstante, el ordenamiento comunitario se refiere a ellos en otros preceptos. Así, el art. 14 TFUE interpela a la Unión y a los Estados Miembros para que de acuerdo con sus respectivas competencias velen porque tales servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Además, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece la especial relación de los servicios de interés económico general con los derechos fundamentales, al atribuir a la Unión el reconocimiento y respeto al acceso a este tipo de servicios en aplicación del derecho comunitario. Finalmente, y no por ello menos importante, está la inclusión de un Protocolo 26º al TFUE con ocasión del Tratado de Lisboa. En este se enfatiza la importancia de los SIEG en atención a los valores de la UE, al señalar la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar u organizar este tipo de actividades; la diversidad de los SIEG y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios en función de las situaciones geográficas, sociales y culturales; así como la operatividad en este sector de los principios de calidad, seguridad, accesibilidad económica e igualdad de trato y la promoción del acceso universal de los usuarios.

Además, las especiales características que rodean a determinados sectores en atención a la satisfacción de necesidades colectivas de primer orden exigen, adicionalmente, la formulación de “obligaciones de servicio público”. Es decir, la previsión de un área reservada (dentro del SIEG), no sujeta de igual modo a los rigores de la libre competencia y la apertura a la libre iniciativa empresarial. Obligaciones que serán objeto de una encomienda a un determinado operador que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, requiere de compensación a favor de éste. No obstante, dicha contraprestación no puede ignorar los condicionantes de los Tratados en materia de ayudas de Estado (arts. 107 y ss. TFUE), pues lo contrario conllevaría una distorsión injustificada de la libre competencia. De tal manera, y tomando como base el *leading case* STJUE Caso *Altmark*, de 24 de julio de 2003, las condiciones para que dicha compensación sea compatible con el ordenamiento comunitario serían:

¹ Acerca de la noción de “servicio de interés económico general” y su régimen jurídico véase: Díez-Picazo (2009, pp. 410 y ss.).

- la acreditación de la existencia de una obligación de servicio público;
- la atribución de dicha obligación por parte del Estado de manera que quede claramente definida (fijándose los parámetros de la compensación de antemano y, de no hacerse a través de un mecanismo de asignación competitiva, calculándose la compensación sobre la estructura de costes de una empresa media –test del inversor privado-) y,
- que en ningún caso la compensación deberá superar el importe de los gastos necesarios para cumplir la obligación de servicio público².

Además de los “servicios de interés económico general”, y, en su caso, las “obligaciones de servicio público” que puedan encomendarse, la Comisión Europea en numerosas comunicaciones y la propia jurisprudencia del TJUE, han reconocido la existencia de “servicios no económicos de interés general” (SNEIG). Excluidos de la aplicación del Derecho de la Competencia y articulados sobre criterios de solidaridad y cohesión social (aunque también persigan la mayor eficiencia económica posible). Un grupo en el que se enmarcan los tradicionales servicios de regalía o autoridad y los servicios sociales.

Estamos por tanto ante un panorama de conceptos jurídicos definidos a través de un criterio funcional, de tal manera que será la naturaleza de la actividad económica en particular y el interés general que ésta conlleve, lo que determinará el encaje en uno u otro, y, en consecuencia, su correspondiente régimen jurídico. Ahora bien, como es fácil advertir, se plantea el problema de la frontera entre servicios “económicos” y “no económicos” (Vaquer Caballería, 2005, pp. 5 y ss.) de interés general en el contexto del Estado social, obligado –si bien en su nuevo rol de regulador- a garantizar determinados niveles de prestaciones sociales.

3.3. Implicaciones institucionales

3.3.1 Las autoridades independientes: en particular la CNMC

Como ya se ha dicho, la noción de autoridad independiente de regulación tiene su origen en el modelo regulatorio americano y la proliferación de las comisiones sectoriales con potestades para fijar precios y tarifas.

Al igual que hoy aquí, desde su origen se planteó el debate acerca de su *uneasy constitutional position*, es decir, su complejo encuadre en el marco institucional propio de la división de poderes del constitucionalismo moderno. Pues, estas agencias ostentan poderes de tipo normativo (de desarrollo de las previsiones legales en los sectores objeto de supervisión), de tipo ejecutivo (fijación de tarifas, potestades sancionadoras, etc.) y de tipo cuasi-jurisdiccional (mediante la resolución de controversias entre operadores a partir de criterios técnicos y de eficiencia del mercado difícilmente fiscalizables en sede judicial). Además de caracterizarse por una posición “independiente” que dificulta la justificación de la legitimidad democrática de sus decisiones (Muñoz Machado, 2009, pp. 143 y 144).

El modelo de agencias llegó a Europa como una necesidad derivada de los procesos de liberalización. Para su implantación se esgrimieron argumentos de especialización técnica y de seguimiento de la evolución de los mercados. Concretamente en el caso español, el punto de partida lo supuso la atribución al

² Para conocer con más detalle el régimen jurídico de la compensación por la prestación de “obligaciones de servicio público” en el marco de los SIEG véase: Alguacil Marí (2012, pp. 95 y ss.).

Banco de España del estatuto de autoridad independiente y, posteriormente, le siguieron órganos como: la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, etc. (Muñoz Machado, 2009, pp. 147-148).

En 2013, sin embargo, el escenario de las autoridades de regulación en España varió sustancialmente con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Un macro-organismo marcado por dos rasgos fundacionales:

- su carácter integrador: aglutina funciones regulatorias y las de competencia;
- su dimensión multisectorial: abarca en su supervisión regulatoria todos los sectores económicos regulados hasta la fecha por una comisión propia (telecomunicaciones, energía, sector postal o transporte ferroviario), o, que estando su existencia prevista, no había sido creada (como es el caso de la industria audiovisual y el sector aeroportuario).

Una innovación institucional inspirada en el modelo holandés, que presenta ventajas como la evitación de duplicidades y de disparidad resolutoria, pero que no ha estado exenta de polémica doctrinal, especialmente porque con ocasión de su creación, el legislador reservó importantes competencias regulatorias en los Ministerios del ramo, en detrimento del nuevo macro-regulador (situación parcialmente corregida muy recientemente por el Real Decreto-Ley 1/2019 tras una investigación y un dictamen motivado de la Comisión Europea³), y porque su carácter multisectorial difícilmente puede conciliarse con el principio de especialización técnica que legitima la implantación de agencias independientes (Carlón Ruiz, 2014, pp. 38 y ss.).

3.3.2. Fuentes del Derecho Regulatorio: regulación y autorregulación

En cuanto a la legislación estatal debe destacarse una creciente –y preocupante– tendencia en el uso de la figura del Decreto-Ley. Lo cual, si bien podría justificarse por la extraordinaria y urgente necesidad de intervenir un mercado para la satisfacción del interés general, presenta problemas de confianza en los inversores en relación con la mutabilidad del marco jurídico de referencia, y la imposibilidad de control jurisdiccional ordinario que esta fuente implica⁴.

Debe destacarse, asimismo, que una de las principales características del derecho regulatorio es precisamente que la tradicional preeminencia del legislador se va a ver desplazada o trastocada por el protagonismo sectorial de las autoridades independientes (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 92). Una suerte de “reserva de Administración” en favor de éstas que permite hablar de una *regulation through adjudication* (regulación a través de la resolución). De manera que en la solución del caso concreto (por ejemplo, ante un conflicto entre competidores por acceder a la red bajo el control del incumbente) surge la norma jurídica.

Así, de la misma forma que la incorporación de España a la hoy Unión Europea supuso una alteración del sistema de fuentes mediante la recepción de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones, y dictámenes (art. 288 TFUE), además de otros instrumentos como: comunicaciones, libros verdes, códigos de buenas prácticas, etc.; el art. 30 de la Ley 3/2013 de la CNMC establece que,

³ En este sentido, Sala Arquer (2019).

⁴ Informe del Grupo de Trabajo FIDE, *Derecho Regulatorio, Conclusiones y propuestas*, presentado en la Fundación FIDE (Madrid), el 27 de marzo de 2019, p. 8.

previa habilitación, el órgano podrá dictar normativa de desarrollo y ejecución en los sectores objeto de su supervisión. Concretamente, podrá pronunciarse a través de:

- circulares (con carácter vinculante una vez publicadas en el BOE),
- circulares informativas (para requerimientos de información periódica) y
- comunicaciones (que aclaren sus principios o criterios de actuación, *guidelines*).

Además de estas nuevas fuentes normativas, el derecho regulatorio se vincula estrechamente con el fenómeno de la autorregulación, que a pesar de no ser algo nuevo, adquiere, a partir de los procesos de liberalización, una renovada dimensión (Esteve Pardo, 2013, pp. 116 y ss.). De tal manera, los mercados emergentes están demostrando su preferencia por las normas que surgen del propio mercado, haciendo descansar la tarea normativa en organizaciones de base privada de alcance diverso (aunque preferiblemente de amplio espectro territorial) y sustituyendo las tradicionales intervenciones administrativas de homologación, verificación, control o autorización, por las más recientes de certificación, auditoría, valoración o informe por parte de entidades privadas en el marco de las reglamentaciones consensuadas entre los operadores.

El Estado está procediendo a un repliegue en la iniciativa de la regulación en favor de las normas “auto-impuestas” por los agentes económicos y, en el mejor de los casos, las está recepcionando como propias, dotándolas así de fuerza vinculante.

Los factores que han conducido a la proliferación de la autorregulación en los últimos años son de índole diversa. Estos van desde el creciente poder de las grandes corporaciones transnacionales, a la necesidad de evitar las disparidades normativas entre Estados para favorecer: la libre circulación de bienes y el libre establecimiento en la prestación de servicios, el especial interés de las empresas por cumplir con los estándares de su mercado relevante para no ser “expulsados”, la complejidad técnica de determinadas actividades económicas, la mayor preocupación por la gestión de los riesgos derivados de la actividad, etc. (Muñoz Machado, 2009, pp. 119-128).

3.3.3. Control judicial: interés general, discrecionalidad y riesgo regulatorio

La regulación general de la economía, es decir, respecto de los sectores en los que, por su particular estructura, la dinámica propia del mercado no encuentra más limitaciones que las reglas generales de la competencia, consiste en una actividad administrativa fundamentalmente ejecutiva, sometida al principio de legalidad, y con escasos márgenes para la discrecionalidad. Por el contrario, la regulación intensiva propia de los sectores económicos que requieren una especial injerencia en el funcionamiento del mercado (por ejemplo por su estructura en red), toma como referencia parámetros económicos y técnicos, abriendo así el margen de discrecionalidad de las agencias de regulación (Esteve Pardo, 2009, pp. 402-404).

Estamos ante un cambio de paradigma respecto de la definición del “interés general”, entendido éste como un proceso de ponderación (y justificación) de intereses contrapuestos en la adopción de las políticas públicas. El Estado, frente a su tradicional rol, renuncia ahora a esa actividad de organización que venía desarrollando, otorgando la satisfacción de los servicios públicos a los agentes del mercado, bajo la lógica económica de éste (repliegue del Estado). No obstante, en paralelo, asume una nueva atribución, la de garantizar que el mercado va a alcanzar el fin de la provisión de los servicios (garantía de la eficacia del mercado a través de

la regulación). Se dan así dos fenómenos concurrentes de signo contrario: desregulación y re-regulación. El papel de supervisión queda, además, ya no en manos de la tradicional estructura administrativa, sino en las de las autoridades independientes (Parejo Alfonso, 2016, pp. 109 y 110).

En este contexto de indefinición apriorística del interés general aparece con fuerza la noción de discrecionalidad. Este es un concepto jurídico indeterminado normalmente asociado a la aplicación de normas de textura abierta que descarga, ya no en el legislador, sino en la Administración, la concreción del interés general. El objetivo de todo ello es que el mercado se oriente en su asignación de recursos a la consecución de ese interés general. Una preferencia por el criterio del regulador reconocida explícitamente por la STS de 10 de julio 2007 en relación con el servicio universal de telecomunicaciones.

Nos encontramos ante un nuevo esquema de realización del Estado social, dominado por criterios técnicos y/o económicos y, por tanto, más difícil de controlar en sede judicial (De la Quadra-Salcedo, 2005, pp. 91-94)⁵. Pues si bien jueces y tribunales conservan la potestad de fiscalizar los actos administrativos emanados de las autoridades independientes, el amplio margen de decisión que éstas atesoran hace que el control se limite a revisar: si la decisión ha sido tomada por la autoridad competente a través del procedimiento legalmente establecido; que la argumentación sea racional a partir de los criterios previstos en la norma de referencia, y que las medidas dispuestas sean proporcionales. En definitiva, no puede sustituir la discreción del órgano técnico y su función se circunscribe a anular aquellas decisiones que bajo la apariencia de la discrecionalidad encerrarían, sin embargo, un ejercicio arbitrario del poder (Del Guayo Castiella, 2018, p. 1513).

Precisamente, la incertidumbre propia de la discrecionalidad favorece los cambios regulatorios. Una variabilidad del marco jurídico de referencia que afecta al principio de seguridad jurídica y que, desde el punto de vista económico, desincentiva la inversión e incentiva la desinversión. Una probabilidad de cambio que desemboca, para quien participa del sector, en la asunción del llamado “riesgo regulatorio”, reconocido por el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio, y que consiste en la posibilidad de variación en la normativa sectorial, incluso en perjuicio de las inversiones ya realizadas. Un cambio, que, de producirse en un sentido en cierto modo previsible, deberá ser soportado por los interesados sin derecho a indemnización por parte del Estado.

4. Conclusiones

El nuevo Estado Regulador ha supuesto un desafío a la tradicional división de poderes. De lo visto previamente, cabe destacar como el derecho regulatorio ha supuesto un desplazamiento del legislador en favor de las autoridades independientes en el plano normativo y, al mismo tiempo, un desplazamiento del Poder Judicial en favor de las autoridades independientes en el plano de la resolución de conflictos. De esta forma, el control de aquél queda reducido a ser última palabra y siempre bajo el principio de *self-restraint*, dadas las dificultades inherentes al control de la discrecionalidad.

⁵ Acerca de las dificultades del control judicial de la discrecionalidad administrativa en el contexto del Estado regulador, merece la pena la lectura del trabajo interdisciplinar (jurídico-económico) de Carbajales (2019, pp. 69-89).

Un escenario protagonizado por las dinámicas del mercado y orientado a impulsarlo, donde fenómenos como la autorregulación o la preferencia de los inversores por el arbitraje internacional toman carta de naturaleza, caminando hacia una suerte de privatización de la justicia y el poder normativo (Esteve Pardo, 2013, pp.110 y ss.).

Una preponderancia de los agentes económicos, especialmente los más relevantes del mercado, que genera uno de los principales riesgos del derecho regulatorio y la delegación de tareas en autoridades independientes como es el de “captura del regulador”. Es decir, el temor –más o menos fundado- de que estas agencias adoptarán sus decisiones influidas por los intereses de las principales empresas del sector concernido.

Un fenómeno diferente, pero no demasiado lejano del de las “puertas giratorias”, consistente en que los empleados públicos al servicio del regulador o del Gobierno puedan tener interés en derivar su carrera profesional al sector privado, concretamente, mediante el ingreso en puestos directivos en las empresas reguladas (o de manera inversa, desde el sector privado hacia el sector público) (Del Guayo Castiella, 2018, p. 1515).

En este orden de consideraciones, no se escapa lo incierto de sustituir las decisiones parlamentarias (con su legitimidad democrática directa) y las tradicionales estructuras administrativas de carácter burocrático (caracterizadas por la sujeción al principio de legalidad y el estatuto funcional de sus servidores) por el nuevo modelo “tecnocrático” de agencias y autoridades independientes.

Como propuestas para el futuro, podrían señalarse: la necesidad de un mayor control político de la regulación frente a la tendencia al repliegue en favor de los agentes del mercado, la elaboración de planes plurianuales o estratégicos que mitiguen el riesgo regulatorio y fomenten la inversión, una apuesta por dar más transparencia y fomentar la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, o la definición de un detallado estatuto jurídico de los miembros de los organismos reguladores que destaque su competencia técnica como garantía de su independencia⁶.

Bibliografía

- Alguacil Marí, M. P. (2012). Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, pp. 81-103. Recuperado de http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/CIRIEC_7504_Alguacil.pdf
- Carbajales, M. (2019). El Estado Regulador. Implicancias para el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Dikaion*, 28(1), pp. 69-89.
- Carlón Ruiz, M. (2014). Claves de la creación de la CNMC: una opción integradora y multisectorial de regulación ex ante y ex post de los mercados. Su papel sobrevenido como garante de la unidad de mercado. En M. Carlón Ruiz (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de*

⁶ En este sentido, véase las propuestas formuladas en el Informe del Grupo de Trabajo FIDE Derecho Regulatorio (*op. cit.*, pp. 3 y 4) y en De la Quadra-Salcedo (2014, pp. 129 y ss).

- aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (pp. 37-80). Navarra, España: Civitas-Thomson-Reuters.
- Carlón Ruiz, M. (2009). Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 425-462). Madrid, España: Iustel.
- De La Quadra-Salcedo, T. (2014). Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia. En M. Carlón Ruiz (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (pp. 81-141.). Navarra, España: Civitas-Thomson-Reuters
- De La Quadra-Salcedo, T. (2006). La Constitución Económica de España. En *Comentarios a la Constitución Española. Tomo X- Artículos 128 a 142 de la Constitución Española de 1978* (pp. 17-46). España: Vlex. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#ES/vid/338966>
- De La Quadra-Salcedo, T. (2005). Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público*, 25, pp. 55-105.
- Del Guayo Castiella, I. (2018). La regulación y sus tareas. En M. Vaquer Caballería, A.M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol II (Capítulo II Estado social y Administración pública)* (pp. 1505-1526). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Díez-Picazo, L. M^a. (2009). Los servicios de interés económico en el ordenamiento comunitario. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 409-424). Madrid, España: Iustel.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2009). El encuadre de la regulación de la económica en la sistemática del Derecho Público. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 387-405). Madrid, España: Iustel.
- Grupo de trabajo FIDE (2019). *Derecho Regulatorio Conclusiones y propuestas*. Presentado en la Fundación FIDE el 27 de marzo de 2019. Madrid, España.
- López Guerra, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Malaret, E. (2018). Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la Administración. En M. Vaquer Caballería, A.M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol II (Capítulo II Estado social y Administración pública)* (pp. 1493-1503). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2009). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 15-243). Madrid, España: Iustel.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativas, Un ensayo de su construcción como relación jurídica*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2009). Regulación, Administración y Supervisión de la Energía en España. La posición organizativa y las relaciones con el Gobierno y la Administración de la Comisión Nacional de la Energía en cuanto organismo regulador del sector energético. *Revista Tachirens de Derecho*, 20, pp. 4-43.

Sala Arquer, J. M. (DLA Piper) (6 mayo, 2019). *Nueva etapa para los reguladores en España*, *Expansión* (Opinión). Recuperado de <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/05/06/5cd06827ca4741dc2d8b45a1.html>

Vaquer Caballería, M. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, pp. 1-20.

Transplante jurídico

Legal transplant

Christian J. Backenköhler Casajús

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0001-7776-308X

chris.backen@gmail.com

Cita recomendada:

Backenköhler Casajús, C. J. (2019). Transplante jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 262-275.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5032>

Recibido / received: 30/06/2019

Aceptado / accepted: 06/09/2019

Resumen

El trasplante jurídico es una metáfora del derecho comparado creada para señalar el traspaso normativo que se produce entre diferentes ordenamientos jurídicos. En un primer momento, el trasplante jurídico sirvió para demostrar que, desde hace tiempo, el traspaso normativo fue un mecanismo frecuentemente utilizado para crear nuevos sistemas jurídicos o para la adaptación o renovación de muchos de ellos. Pero, con el tiempo, se ha ido configurando como un concepto que, aparte de describir el traslado de una norma de un sistema jurídico a otro, trata también de explicar las posibles consecuencias que puede sufrir el ordenamiento jurídico receptor. En la actualidad, el trasplante jurídico está sirviendo para explicar la transferencia normativa entre diferentes ordenamientos jurídicos en el contexto de la globalización y también como indicador de la existencia de un pluralismo jurídico en el espacio jurídico actual.

Palabras clave

Trasplante jurídico, pluralismo jurídico, derecho comparado, préstamo jurídico, pluralismo cultural.

Abstract

The legal transplant is a comparative law metaphor created to indicate the normative transfer that occurs between different legal systems. At first, the legal transplant served to demonstrate that, for a long time, the normative transfer was a mechanism frequently used to create new legal systems or, also, for the adaptation or renewal of many of them. Over time, however, it has developed into a concept which, apart from describing the transfer of a rule from one legal system to another, also seeks to explain the possible consequences that the receiving legal system may suffer. At present, legal transplant is serving to explain the normative transfer between different legal systems in the context of globalization and, also, as an indicator of the existence of legal pluralism in the current legal space.

Keywords

Legal transplant, legal pluralism, comparative law, legal borrowing, cultural pluralism.

SUMARIO. 1. Introducción: origen y desarrollo del trasplante jurídico.- 2. Los trasplantes jurídicos: perspectivas y críticas.- 3. Pluralismo jurídico y dimensión étnica de los trasplantes jurídicos.- 4. Conclusiones.

1. Introducción: origen y desarrollo del trasplante jurídico

Los trasplantes jurídicos son un mecanismo metafórico, utilizado originariamente en la disciplina jurídica del derecho comparado para analizar la importación de normas extranjeras a los sistemas jurídicos propios. El término fue acuñado por primera vez en 1974 por Alan Watson, quien lo definiría como «el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro» (Watson, 1993, p. 21). Alan Watson, que por entonces era un reputado académico de historia del derecho, y que estudió, sobre todo, los textos jurídicos romanos, obtuvo un inesperado éxito con su primera incursión en la disciplina del derecho comparado. Con esta pequeña obra, de poco más de cien páginas, Watson consiguió popularizar la metáfora de los trasplantes, que entraron a formar parte de la terminología jurídica actual. Tal fue el éxito, que en ediciones posteriores reconocería su sorpresa, pero también trataría de contestar a muchas de las críticas que recibió y que veremos un poco más adelante.

En su momento, la metáfora del trasplante jurídico tuvo un gran éxito académico básicamente por tres razones (Langer, 2004, pp. 29-30): en primer lugar, porque servía para conceptualizar un fenómeno emergente debido al aumento de la circulación de instituciones y reglas entre sistemas normativos por la globalización, lo que ayudó a teorizar sobre nuevas prácticas jurídicas. En segundo lugar, porque el concepto de trasplante albergaba una naturaleza inherentemente comparativa al hacer referencia a un fenómeno por el cual, al igual que ocurre en botánica o en medicina, una idea, regla o institución jurídica se traslada de un lugar a otro, de un cuerpo (jurídico) a otro. Esto permite comparar su aplicabilidad y funcionamiento en la jurisdicción receptora teniendo en cuenta el sistema jurídico de origen, lo que abre todo un abanico de posibilidades al análisis comparativo entre los diferentes sistemas jurídicos y las influencias de las distintas culturas jurídicas entre sí. Por último, en tercer lugar, porque tras el trasplante resultaba jurídicamente relevante tanto el análisis de la adaptación de la norma al nuevo entorno jurídico como su fracaso o rechazo.

La tesis básica de los trasplantes jurídicos de Watson es que, en ese desplazamiento descrito en su definición, muchas normas o conjunto de normas han viajado de un sistema jurídico a otro desde tiempos inmemoriales. Con esta afirmación Watson establecía que, a lo largo de la historia, los diferentes sistemas jurídicos habían tomado prestado normas e instituciones de otros ordenamientos jurídicos anteriores o contemporáneos, para completar o adaptar su derecho a las necesidades del contexto social que debía regir. Esto significaba que la utilización del préstamo jurídico había sido un mecanismo común en la mayoría de los sistemas jurídicos a lo largo del tiempo, y que muchas normas habían acabado siendo trasplantadas a otros sistemas jurídicos cultural e históricamente distintos. Esta tesis difusionista, con la que en la actualidad se podría estar plenamente de acuerdo, resultó ser toda una revolución dogmática contra la percepción que hasta el momento dominaba en la sociología del derecho y que, por entonces, defendía el

principio de autonomía del derecho, es decir, la vinculación absoluta del derecho con una sociedad o cultura determinadas (Watson, 1993, p. 96). Watson, en cambio, defendía que la mayoría de las innovaciones jurídicas se habían llevado a cabo tomando prestado figuras legales de otros sistemas jurídicos en los que el trasplante jugó un papel fundamental, habiendo sido el préstamo el principal mecanismo para cambio legislativo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En la actualidad, la originalidad normativa es realmente escasa, mientras que el préstamo y la imitación han sido los recursos fundamentales en la evolución del derecho (Sacco, 1991a, p. 394). La mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos se han ido configurando y adaptando al contexto social tomando prestadas normas de otros sistemas jurídicos de cuya imitación se ha ido desarrollando una relación de influencia mutua que traspasa las categorías culturales y temporales¹. A lo largo de la historia del derecho, por tanto, la imitación o el préstamo fueron mecanismos más fáciles de utilizar que el desarrollo jurídico propio, ya que el derecho ha resultado ser un fenómeno que depende más ampliamente de la experiencia humana que de la espontaneidad y ocurrencia de una sociedad y cultura concretas.

Al respecto, el desarrollo de la imitación, préstamo o trasplante entre sistemas jurídicos ha sido un área de estudio crucial en la rama del derecho comparado. Dentro de esta disciplina del derecho, las razones de la recepción jurídica producidas por alguno de estos fenómenos de difusión, así como los efectos que produce en el ordenamiento jurídico receptor o los límites para su aceptación, resultan fundamentales para el estudio de la naturaleza y viabilidad de cualquier institución jurídica. Mucho más si tenemos en cuenta cómo en la actualidad los niveles de interacción e influencia entre los distintos sistemas jurídicos ha aumentado con la globalización. En el derecho comparado, hasta ahora ha sido corriente ubicar los distintos ordenamientos jurídicos en familias o sistemas jurídicos transnacionales, para, a partir de su clasificación, fomentar la comparación y el estudio de las distintas normas e instituciones y su origen social o cultural (Mousourakis, 2010, pp. 90-91). Durante mucho tiempo, los criterios de clasificación han protagonizado los debates entre los iuscomparativistas, lo que también ha terminado por influenciar más tarde la manera de establecer las razones por las cuales se produce el préstamo o el trasplante entre los diferentes sistemas jurídicos. De este modo, entre las principales teorías de clasificación de los sistemas jurídicos destacaron, por un lado, la propuesta de Arminjon, Nolde y Wolff (1950, p. 47 y ss.). Para estos autores existen ciertos núcleos normativos o modelos jurídicos que han sido sistemáticamente imitados o trasplantados, bien directamente a través de acciones de conquista o colonización, o bien mediante su adopción por otros sistemas jurídicos debido a su calidad o prestigio. Por otro lado, para Zweigert y Kotz (1998), en cambio, más que la existencia de un conjunto de normas primigenias, lo que en realidad existe es la coincidencia en una serie de estilos jurídicos que vienen determinados por los antecedentes históricos, por un

¹ En la tesis de Watson, el desarrollo del concepto de trasplante jurídico fue para justificar los préstamos que la mayoría de sistemas jurídicos actuales han tomado del derecho romano. Como reputado romanista, Watson quería demostrar mediante esta metáfora que la originalidad de los ordenamientos jurídicos era, en general, discutible, puesto que la mayoría de las normas han sido tomadas de ordenamientos jurídicos anteriores. La excepción, en cambio, es la del propio derecho romano, que prácticamente no tomó prestada ninguna norma (Watson, 2001, p. 98). La consecuencia de esta afirmación es doble: por un lado, como comentamos, esta idea contradice la autonomía del derecho y lo transforma en un fenómeno permeable a la influencia de normas o conjunto de normas de otros sistemas jurídicos encargados de ordenar realidades sociales diferentes; y, por otro, que la construcción del derecho le ha sido encomendada históricamente a los técnicos y profesionales, quienes han tomado como referencia el prestigio de otros sistemas jurídicos como el del derecho romano (Merryman, 2008, p. 26).

pensamiento jurídico determinado, una serie de instituciones jurídicas distintivas, una determinada jerarquía de fuentes legales y un trasfondo ideológico particular. Todas estas características habrían dado lugar a una serie de familias jurídicas, muy relacionadas, en mi opinión, con concepciones esencialistas y civilizatorias: románica, germánica, inglesa, islámica, hindú, de extremo oriente, nórdica y socialista (Zweigert & Kötz, 1998, pp. 68-75). En todo caso, ambos enfoques tratarían de establecer un origen o una fuente común de acceso a fuentes normativas que habrían estado circulando entre sistemas jurídicos diferentes, pero cuya trasposición a los ordenamientos jurídicos propios se habría dado por diferentes motivos, ya sea por la fuerza o el prestigio, o simplemente por una serie de características comunes o la costumbre.

2. Los trasplantes jurídicos: perspectivas y críticas

Para abordar la manera en la que una norma o conjunto de normas entra a formar parte de un sistema jurídico mediante el préstamo, la imitación o, lo que más nos interesa, el trasplante jurídico, los distintos académicos del derecho comparado han construido sus teorías básicamente en torno a dos métodos o perspectivas: una estructuralista, que descompone cada sistema jurídico en una serie de modelos jurídicos o formantes legales², y que se corresponden con las normas jurídicas, la doctrina y las decisiones judiciales (Sacco, 1991, p. 22). Y otra funcionalista, que considera al derecho como un sistema cerrado y autorreferencial (Luhmann, 2016, p. 191), cuyo contenido se autorreproduce para construir su propio espacio de operación y reducción de la complejidad social mediante normas e instituciones jurídicas que ayuden a fijar determinadas expectativas normativas de conducta.

La perspectiva estructuralista, en primer lugar, pretende establecer la tesis básica de que cualquier ordenamiento jurídico está atravesado por una serie de elementos o estructuras que le son innatas, o más bien constantes en el tiempo, y que condicionan su diseño y contenido. Así, el derecho es un fenómeno que estaría completamente dissociado del poder político (Somma, 2015, p. 156). Esta presunción estructuralista del derecho, no contempla, por tanto, la capacidad del contexto histórico o social en el desarrollo de su contenido, por lo que difícilmente el ordenamiento jurídico podrá ser un reflejo del poder político o económico subyacentes (Watson, 1993, p. 103). Con la teoría de los formantes legales, los iuscomparativistas pretenden desmenuzar el derecho en sus tres variantes y estudiar el grado de disociación entre todos, determinando, de esta manera, la concordancia que existe entre ellos. Es decir, al descomponer el derecho en sus formantes, se puede llegar a analizar la relación entre los mismos y determinar el grado de coherencia que pueda existir en un ordenamiento jurídico particular. Esto, porque no siempre existe plena concordancia entre los distintos formantes, ya que el formante legal puede estar en contraposición con el judicial, o el doctrinal estar en desacuerdo también con cualquiera de ellos. Y es precisamente estos espacios de disociación lo que importa al derecho comparado.

² La teoría de los *formantes* de Sacco, muy seguida en Italia, se inspira en la fonética cuando determina la frecuencia de resonancia de los sonidos en la cavidad oral durante la pronunciación con el fin de aislar los sonidos e identificar los distintos componentes. Con esta metáfora, Sacco trata también de disociar los diferentes componentes del derecho identificando un formante legal, para identificar las normas legislativas, un formante doctrinal, para referirse a los estudiosos y académicos del derecho, y un formante judicial, que hace referencia a la producción jurisprudencial de los tribunales (Somma, 2015, p. 153 y ss.).

Para lo que nos interesa, según la perspectiva estructuralista, la circulación o difusión de normas entre los distintos sistemas jurídicos se ha dado fundamentalmente acorde a dos factores: la fuerza y el prestigio. Así, mediante la fuerza, y como resultado de la conquista o la colonización, fueron trasplantados ordenamientos jurídicos enteros sobre los territorios sometidos, como en el caso de la expansión soviética o en las colonias francesas de África. Pero, la difusión de un sistema jurídico por medio de la fuerza, no siempre fue una imposición total del sistema jurídico. Muchas veces, como ocurrió en las colonias británicas o las conquistas de algunos reinos islámicos, los ordenamientos jurídicos locales seguían funcionando o pervivían algunas de sus normas bajo lo que se denominó como ley personal. Ahí están los casos paradigmáticos del sistema de *millets* del imperio turco, la ley personal india en las colonias inglesas del sudeste asiático (Shah, 2005), o las leyes personales de los países árabes bajo influencia británica que luego se convirtieron en sus actuales estatutos personales.

Salvo algunas excepciones, como el constitucionalismo a la fuerza en Iraq y Afganistán tras las ocupaciones estadounidenses (Papagianni, 2005), en la actualidad el principal método de circulación normativa entre los Estados modernos se ha dado a través del prestigio. Pero el prestigio también fue el método principal de desarrollo para la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales. Tal y como defendía Watson (2001, p. 98), el derecho romano fue el sistema jurídico principal de referencia de casi todos los ordenamientos jurídicos de la actualidad. Desde que los juristas de la época medieval fijaran su modelo de referencia en la compilación justiniana, el derecho de todos los países occidentales ha adoptado desde entonces gran parte del desarrollo jurídico llevado a cabo por los juristas romanos, produciéndose un trasplante masivo de la mayoría de sus normas. Existen algunas razones para explicar ese prestigio del derecho romano (Mousourakis, 2010, p. 93). En primer lugar, en la época medieval en la que se empezaron a trasplantar las normas jurídicas romanas, existía una enorme descentralización territorial, por lo que no existía un sistema jurídico lo suficientemente fuerte para frenar estos préstamos o para imponer sus propias normas. Se daba también la circunstancia, en segundo lugar, de que la mayor parte de los territorios sobre los que se iba a trasplantar esas normas habían formado parte del Imperio romano con anterioridad, por lo que estaban más familiarizados con la estructura jurídica del derecho romano. Y, por último, y ya con la emergencia del Estado-nación, porque los nuevos ordenamientos jurídicos occidentales quisieron codificar sus normas con respecto al modelo romano, con el deseo de emular su sistema jurídico. En cualquier caso, la adopción de las normas de derecho romano no se produjo tanto por la admiración que pudieran provocar en los juristas posteriores, ni siquiera por la adecuación y familiaridad de sus normas para muchos de los territorios y contextos donde se adoptaron. La principal razón fue, en definitiva, la percepción del derecho romano como un sistema y como un importante denominador común en la tradición jurídica occidental.

Hoy en día la circulación normativa obedece ya a otras razones en las que el prestigio o la fuerza ya no son las causas determinantes. Pero lo fueron en su momento y lo han sido en la configuración histórica de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En la actualidad, los motivos por los que se realiza un préstamo o un trasplante vienen más determinados por la globalización y por la necesidad de alcanzar ciertos estándares normativos que ayuden una mejor relación entre los distintos sistemas jurídicos. Y ya no es tanto el prestigio o la fuerza lo que motiva la recepción normativa, sino alienarse con ciertos valores, como los Derechos Humanos o el medio ambiente, o con estándares para una mejor relación y comunicación jurídica o económica. Son motivaciones que interesan a ambas partes, al ordenamiento jurídico que sirve como modelo y al receptor, porque buscan

un mayor entendimiento en una época en la que la globalización impone un alto grado de relación e influencia mutua. Aquí ya la teoría de los formantes legales de Sacco no llega ya a satisfacer tanto, porque la fuerza o el prestigio dejan de ser ya tan determinantes, pero sí ayudaron a entender que, fuera por uno u otro, la introducción de una norma ajena produce variaciones entre los formantes y reconfigura esos espacios de disociación a los que aludimos más arriba.

En la actualidad, sin la importancia difusionista de la fuerza o el prestigio, más que nada porque son variables de análisis que se concentran más sobre la capacidad influenciadora del ordenamiento jurídico emisor y su posición hegemónica, la teoría de los trasplantes jurídicos comienza a tomar una mejor posición en la explicación estructuralista de la circulación normativa. Los trasplantes legales de Watson, al igual que los formantes de Sacco, tratan de demostrar también que la principal causa de innovación o transformación jurídica se realiza a través del préstamo, pero esta vez con una mayor consideración del papel del receptor en la explicación del fenómeno. También aquí el prestigio juega un papel determinante, aunque en realidad de una manera indirecta, ya que los modelos jurídicos son seleccionados por los operadores jurídicos para su imitación y trasplante al ordenamiento jurídico imitador.

Como ya fuimos viendo más arriba, Watson utilizó la metáfora del trasplante para demostrar que la mayoría de los sistemas jurídicos actuales bebían de la destreza jurídica de los jurisconsultos romanos, pero también que esa circunstancia se debió a la percepción que sobre el derecho romano tenían los operadores jurídicos o *lawmakers*. Es decir, para Watson el prestigio del derecho romano no se adquirió desde una postura hegemónica, como un hecho objetivo derivado de la fuerza del Imperio romano en una época determinada que haya perdurado hasta la actualidad, sino que fue debido, principalmente, a la valoración que le dieron los operadores jurídicos posteriores, ya fuera por su calidad, por su accesibilidad o simplemente por su compatibilidad para regular un contexto social determinado. La base, pues, de la explicación estructuralista de Watson otorga a los agentes jurídicos o *lawmakers* un papel fundamental en la elaboración de la cultura jurídica de una determinada sociedad (Watson, 1995, p. 469), contraviniendo con ello la concepción predominante que por entonces consideraba que el derecho era una producción exclusiva de un contexto social y cultural concreto. Y la diferencia, por tanto, con la teoría de los formantes, es que los motivos por los cuales se produce un trasplante no se deben a la fuerza o prestigio de un ordenamiento jurídico determinado que provocan la imposición de un modelo, sino a la voluntad y actividad consciente de aquellos operadores jurídicos que ven en el préstamo una necesidad para lograr una transformación jurídica concreta (Mousourakis, 2006, p. 60).

Frente a la imposición, por tanto, del modelo de los formantes de Sacco, la explicación estructuralista de Watson describe mediante los trasplantes una visión determinista, en el sentido de que son los agentes jurídicos los operadores del cambio y de la razón por la cual se produce una circulación normativa entre distintos ordenamientos jurídicos: es determinista en tanto que unos recursos jurídicos disponibles son utilizados por los operadores jurídicos para transformar su propio derecho. Eso sí, con un matiz adaptado a las influencias actuales: esos recursos jurídicos no están ahí de una manera espontánea, y su conocimiento y disponibilidad dependerá en mayor o menor medida del grado de influencia que hayan logrado conseguir para convertirse en un sistema jurídico de referencia, es decir, del prestigio que se haya logrado labrar. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de la influencia de los ordenamientos jurídicos occidentales o, más en concreto, del modelo jurídico anglosajón en las relaciones comerciales, o la influencia recíproca que se está dando entre todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea

(Örücü, 2000). Puede haber, en definitiva, algunas influencias externas en la voluntad de los operadores jurídicos a la hora de elegir unos determinados recursos jurídico u otros, por lo que no siempre podremos afirmar una independencia total de su voluntad, lo que no quiere decir que esté viciada.

Por otro lado, con la perspectiva funcionalista también los iuscomparativistas tratan de evitar establecer una relación determinista entre el derecho y la cultura o la antropología, pero de una manera distinta. La principal aportación de los funcionalistas al derecho comparado radica sobre todo en la reducción del ámbito de análisis de los elementos jurídicos a comparar: en primer lugar, cuando reducen el análisis únicamente hacia los hechos factuales y no a los conceptuales. Esto es, que a los funcionalistas lo único que les interesa son las soluciones técnico-jurídicas que un determinado ordenamiento jurídico haya adoptado para resolver una situación concreta, evitando introducir en el análisis cualquier consideración moral o ideológica (Zweigert & Kötz, 1998). La utilidad de esta observación más aséptica permite a los funcionalistas encontrar similitudes prácticas entre los diferentes ordenamientos jurídicos, aunque las soluciones técnico-jurídicas sean completamente diferentes. De este modo, de entre todos los sistemas jurídicos pueden llegar a identificar soluciones muy parecidas o idénticas para los mismos problemas, y todo ello a pesar de las notables diferencias históricas, sociales o doctrinales que entre ellos se puedan encontrar. Con esta postura metodológica, los funcionalistas consiguen alienarse con las propuestas neoinstitucionalistas, al conseguir proyectar el enfoque de su análisis en el papel que las diferentes instituciones pueden jugar en el funcionamiento del derecho, y no sobre los condicionantes morales o doctrinales. Se trata, en definitiva, de encontrar una equivalencia funcional entre las diferentes soluciones técnico-jurídicas de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Con ello consiguen, en segundo lugar, elaborar una concepción apolítica del derecho, puesto que, al dejar atrás todas las consideraciones morales o ideológicas, el sistema jurídico analizado consigue adquirir una presunción de neutralidad que transforma todos sus elementos normativos en cuestiones de carácter meramente técnico. De esta manera, para cualquier análisis se logra visualizar al derecho como un sistema de engranaje en el que sus diferentes elementos responden, desde un punto de vista jurídico, únicamente a consideraciones de carácter mecánico. Es, en definitiva, una manera de establecer cierta racionalidad en los sistemas jurídicos al desprenderles de sus aspectos más esencialistas. Según los funcionalistas, sobre cualquier derecho se pueden aislar todos sus elementos técnico-jurídicos y establecer una presunción de similitud entre ellos (Zweigert & Kötz, 1998, p. 36), a excepción de aquellas áreas jurídicas con una profunda huella cultural o ideológica, como pueda ser el derecho de familia, donde pueden existir ciertos valores sociales muy arraigados en los que cualquier intento de análisis racional puede llevar hacia una aporía, puesto que el juicio del evaluador puede estar condicionado por imperativos morales (Somma, 2015, p. 160). Con este distanciamiento, los funcionalistas consiguen imponer, de alguna manera, cierta retórica racionalista por la cual, por un lado, consiguen crear discusiones desapasionadas sobre los elementos técnico-jurídicos del derecho desde una perspectiva comparada, pero a la vez, por otro, establecen también condicionantes valorativos sobre todos aquellos sistemas jurídicos que, desde su perspectiva, no puedan separar sus elementos más esencialistas para su análisis. Con ello provocan, de una manera indirecta, una jerarquización entre sistemas jurídicos racionales y, vamos a decir, culturalmente condicionados, que necesitarían una transformación profunda hacia una mayor racionalización para acceder a un cierto estatus que les permitiera codearse a un nivel global con el resto de los sistemas jurídicos.

Alguna de las propuestas funcionalistas ha aparecido como contrapunto crítico de la teoría de los trasplantes jurídicos de Watson. Una de las más singulares es la propuesta de Gunther Teubner, quien retuerce la metáfora de Watson para renombrarla como irritantes legales (Teubner, 1998). Esta metáfora particular, más que configurarse como una crítica total, trata en realidad de complementar o redefinir algunos de los perfiles que más dudas pudieran haber generado en la elaboración del concepto de trasplante jurídico. Los irritantes jurídicos, expresión que toma Teubner de la teoría de sistemas de la cual es experto y que hace referencia al contacto no estructural entre sistemas jurídicos, pretenden exponer las posibles transformaciones que se pueden dar en el ordenamiento jurídico receptor al trasplantarle una norma ajena. Según Teubner, el principal defecto de la teoría de Watson es que su teorización sobre la circulación normativa únicamente intenta dar una explicación descriptiva sobre el fenómeno de los préstamos jurídicos desde el punto de vista del receptor, pero sin dar cuenta de las consecuencias sustantivas que se puedan generar en el mismo tras el trasplante. Los irritantes jurídicos, por tanto, tratan de complementar la metáfora del trasplante para explicar las transformaciones jurídicas que irremediamente sufren los sistemas jurídicos receptores al tomar prestada una norma. Con ello, Teubner intenta explicar que en cualquier trasplante jurídico la norma no viaja íntegramente de un sistema a otro, sino que se producen cambios y transformaciones inevitables en la norma prestada para que pueda tener cabida en el ordenamiento jurídico receptor, pero también en éste, al tener que adaptar su estructura a la nueva norma trasplantada. Para Teubner no hay, en definitiva, ninguna posibilidad de que se produzca un trasplante íntegro de la norma, ya que en el proceso se producen mutaciones jurídicas, por lo que tampoco se llega a producir una equivalencia total entre la norma transferida y la trasplantada. En estos casos, por tanto, el trasplante jurídico provoca mediante su irritación un proceso de reconversión del sistema jurídico receptor hacia, a veces, situaciones jurídicas inesperadas (Teubner, 1998, p. 12), dando lugar a un acoplamiento del ordenamiento jurídico que, finalmente, aúna elementos de la norma transferida con la naturaleza propia del sistema jurídico, lo que de alguna manera demuestra la conexión actual de los múltiples sistemas jurídicos entre sí y de la evolución del derecho hacia situaciones de pluralismo jurídico e interlegalidad (Sousa Santos, 2002).

Esta imposibilidad, por tanto, de establecer una equivalencia total de la norma trasplantada entre su función en el sistema jurídico emisor y su adaptación final en el receptor, y que Teubner lo encuentra determinante y necesario señalar como fenómeno ineludible en la circulación normativa, Pierre Legrand, por otra parte, lo utiliza para negar la posibilidad absoluta de los trasplantes jurídicos (Legrand, 1997). Con este enconado nihilismo, Legrand considera que todo sistema jurídico está atravesado por una dimensión cultural determinada, lo que haría imposible trasplantar normas de culturas jurídicas distintas o incompatibles, ya que todo sistema jurídico posee su propio mundo de significados (Legrand, 1997, p. 114). Ninguna norma podría ser trasplantada de un ordenamiento jurídico a otro porque el sentido que pueda tener en uno puede ser completamente distinto al que alcance en el otro. Y esto es así porque, al atravesar las fronteras jurídicas, en el trasplante jurídico cualquier norma sufre una transformación que afecta a su naturaleza primigenia, ya que la interpretación que ha tenido en uno será completamente diferente en el otro. La conclusión, por tanto, que se obtiene de esta imposibilidad es que las culturas jurídicas son desgraciadamente inconmensurables, con lo que cualquier regla jurídica sería ininteligible fuera de su contexto legal o cultural.

Esta crítica de Legrand, que podría interpretarse como una resignación ante las diferencias constitutivas de las culturas jurídicas y la imposibilidad de cualquier

ejercicio comparativo que busque hallar puntos de encuentro, en realidad encierra una defensa férrea de la idiosincrasia de las mismas. Con esta inconmensurabilidad, lo que Legrand se propone, es defender la particularidad de cada una de las culturas jurídicas existentes, frente a un posible proceso de homogenización que podría estar ocurriendo con la globalización. Según entiende, la utilización de una terminología aglutinadora en algunos discursos dominantes sobre la racionalización del derecho en un mundo global, escondería, en realidad, una agenda claramente ideológica en favor de culturas jurídicas afines a un modelo de capitalismo (Legrand, 2006). Los trasplantes jurídicos, por tanto, sólo serían un mecanismo de homogenización forzada para determinados sistemas jurídicos que quisieran relacionarse a un nivel global con otros ordenamientos jurídicos con una interpretación normativa que, en realidad, habrían alcanzado una condición hegemónica y estarían intentando imponerse. En definitiva, los trasplantes jurídicos no serían posibles, ya que estarían eliminando del análisis comparativo la variable del poder, pero sí lo podría seguir siendo el uso de una disciplina comparativa en derecho, aunque únicamente para mostrar una dialéctica inevitable entre las diferentes culturas jurídicas (Legrand, 2006a).

3. Pluralismo jurídico y dimensión étnica de los trasplantes jurídicos

Con los trasplantes jurídicos, Watson inauguró toda una discusión comparativa sobre la circulación normativa y la influencia recíproca entre los diferentes sistemas jurídicos. Pero hoy en día, los debates en torno al préstamo y trasplante de normas jurídicas han quedado ya muy determinados por el contexto de la globalización, el desarrollo económico o la democratización de las sociedades, para poder llegar a unos estándares comunes que legitimen a los Estados a entablar relaciones de confianza entre sí. Esta nueva situación comparativa ha fomentado la aparición, ya a partir de la última década del siglo pasado, de dos nuevos enfoques para el estudio de los trasplantes jurídicos (Miller, 2003): uno sobre el crecimiento y desarrollo de proyectos promovidos por grupos de Estados y fundaciones para la promoción de reformas jurídicas para la democratización y desarrollo económico; y otro sobre el creciente impacto del derecho internacional público en la promoción internacional de normas de derecho interno que, desde el consenso entre los diferentes Estados, se convierten en reglas transnacionales. Yo añadiría una tercera, algo que tiene que ver con el contenido de este último epígrafe: la importancia creciente, en esta ocasión, del derecho internacional privado en el reconocimiento de la diversidad cultural y, por tanto, jurídica de los Estados modernos con la llegada de la inmigración y el auge de las relaciones transnacionales con la globalización.

El contexto internacional y actual de los Estados modernos ha modificado, por tanto, la percepción de los motivos y adecuaciones de los trasplantes jurídicos. Como hemos repetido ya varias veces, a un nivel macro se impone la adopción de reglas estandarizadas que, de forma consensuada por todos, acaban siendo trasplantadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados para mejorar el entendimiento mutuo y las relaciones entre los mismos, a fin de dotar al nuevo sistema de relaciones de cierta previsibilidad. Entre las principales preocupaciones están las integraciones regionales de los Estados en grandes entidades supranacionales como la Unión Europea; el entendimiento entre los dos grandes modelos jurídicos, el continental y el *common-law*; o el seguimiento de los sistemas jurídicos en desarrollo. Sobre todas estas cuestiones se han ido identificando canales de influencia jurídica mutua entre los diferentes ordenamientos jurídicos. Pero estos nuevos cauces de interacción jurídica ya no sólo se producen entre sistemas jurídicos entre sí, sino también entre sistemas jurídicos y contextos

socioculturales, o entre sistemas jurídicos y las diferentes culturas jurídicas. Son, en definitiva, nuevas situaciones de interacción determinadas por la globalización, el multiculturalismo y la aparición del fenómeno del pluralismo jurídico (Örücü, 2000).

El problema de los trasplantes jurídicos en las primeras teorías de Watson, o de los préstamos en general en las primeras propuestas de los iuscomparativistas, fue que únicamente se configuraron para explicar o, más bien, describir el fenómeno por el cual se produce un trasvase normativo de un sistema jurídico a otro sin haber entrado a considerar, en cambio, el papel determinante de la cultura jurídica del país origen de la norma o la de su receptor, como tampoco las posibles consecuencias normativas de aceptar la inclusión de una norma jurídicamente ajena. Y otra carencia también de estas teorías es que intentaban describir esta circulación normativa desde un punto de vista demasiado institucional o sistémico, solamente desde la mirada de los operadores jurídicos o mediante el análisis de las propias normas, sin entrar a considerar la fuerza de las subjetividades de los distintos sujetos e individuos que pueden haber empujado a la adopción de ese préstamo o trasplante. Es decir, por un lado, tenemos, en primer lugar, teorías sobre los préstamos y trasplantes jurídicos que no tienen en cuenta los resultados de la circulación normativa ni tampoco el cambio de motivaciones para adoptar mediante el trasplante normas de otros sistemas jurídicos, ahora más conectadas con necesidades de cooperación y coordinación entre Estados. Pero, por otro, tampoco tenemos, en segundo lugar, ningún análisis sobre las consecuencias jurídicas y normativas de la adopción de una norma mediante el trasplante, de la posible configuración mixta de la jurisdicción del Estado receptor, de la estandarización de algunas de sus áreas jurídicas con una consecuente pérdida de la identidad jurídica o de, en definitiva, cualquier consecuencia que debiera afectar la futura armonización del ordenamiento jurídico transformado mediante el trasplante jurídico. Todo ello, termina afectando a la manera de abordar las implicaciones futuras del sistema jurídico con respecto a una nueva realidad social y jurídica, una en la que los trasplantes jurídicos pueden llegar a ser una constatación de la superposición de los ordenamientos jurídicos entre sí y la de su permeabilidad ante los nuevos factores de la globalización, la inmigración o las nuevas relaciones transfronterizas desde un punto de vista jurídico. El énfasis, por tanto, de este nuevo análisis de los trasplantes jurídicos debe concentrarse ahora en evaluar los posibles conflictos por la adopción de normas de otros sistemas jurídicos, la posible promoción de cambios jurídicos *bottom-up* por medio de la acción de sujetos particulares o, finalmente, la difícil resolución de la compatibilidad de normas trasplantadas con áreas jurídicas cultural e ideológicamente acotadas que llevan a aporías de difícil resolución. Todo ello teniendo en cuenta, de un modo particular, los conflictos irremediables del aumento de la diversidad cultural de nuestras sociedades y la consecuente importación de nuevas perspectivas jurídicas que van dando forma, aún de un modo descriptivo, a una realidad protagonizada por el pluralismo jurídico.

Durante los últimos años, el pluralismo jurídico ha servido para establecer una importante perspectiva crítica frente a los incondicionales del centralismo o del positivismo jurídico. Con la globalización, la mayoría de los Estados han visto amenazado su monopolio sobre la producción normativa, pero siguen resistiéndose a reconocer una situación jurídico plural que les pudiera relegar a un plano no tan preponderante como antaño. Los defensores del pluralismo jurídico, en cambio, defienden la asunción o, al menos, el reconocimiento, de la complejidad que ha alcanzado el espacio jurídico en cualquier nivel y de la necesidad de construir nuevas perspectivas que aboguen por dar cabida a una realidad jurídica plural que amplíe las bases conceptuales del derecho más allá de la visión monista predominante. Dentro de esta nueva perspectiva, los trasplantes jurídicos han servido también para algunas propuestas como indicadores de una existencia

jurídica plural. De este modo, algunos autores mantienen que la constatación del pluralismo jurídico puede demostrarse también a través de la identificación de los trasplantes jurídicos, señalando, de esta manera, la forma que tienen los diferentes sistemas jurídicos de entenderse entre sí aceptando la naturaleza jurídica de cada uno de ellos mediante la incorporación de sus normas. En muchas propuestas actuales, por tanto, los trasplantes jurídicos sirven también como mecanismo argumental para reforzar el énfasis en la constatación de la existencia del pluralismo jurídico mediante la identificación concreta de las normas trasplantadas.

Hasta finales del siglo pasado, la metáfora del trasplante jurídico daba cuenta de una manera potentemente descriptiva del fenómeno por el cual una norma de un sistema jurídico es adoptada por otro. Pero las carencias para la definición de sus consecuencias impulsaron nuevas propuestas teóricas en torno a los trasplantes, menos desapasionadas que las anteriores perspectivas y ahora teniendo en cuenta, esta vez sí, la variable cultural. De hecho, gran parte de la revitalización del trasplante jurídico como metáfora se debió a las propuestas teóricas de autores como Masaji Chiba, quien empezó a utilizar el término para completar sus teorías sobre el pluralismo jurídico. Chiba comenzó a utilizar el término trasplante para definirlo como el fenómeno por el cual una norma de un pueblo se traslada a la cultura jurídica de otro (Chiba, 1989, p. 179). Es quien, por tanto, introdujo el elemento cultural en la ecuación comparativa del análisis del mecanismo del trasplante jurídico. Chiba quería establecer con ello una relación causal entre el trasplante de normas y el pluralismo jurídico, al hablar de la circulación de normas entre los distintos países gracias al movimiento migratorio de individuos portadores de diferentes postulados legales. La teoría del pluralismo jurídico de Chiba está atravesada por una perspectiva subjetiva muy reveladora en cuanto a función que desempeña el sujeto en la configuración de una situación jurídica plural. Para Chiba, el pluralismo jurídico contiene una dimensión subjetiva que explica la transformación de los espacios jurídicos allí donde un portador de distintas cosmovisiones jurídicas, o de diferentes postulados legales, pretende hacer valer una posición jurídica propia (Chiba, 1998, p. 238 y ss.). Con ello quiere dar cuenta Chiba de la importancia que adquiere el sujeto en la provocación de una situación jurídica plural, quien no adopta una postura meramente pasiva, sino que se convierte en agente o precursor legal, al elegir entre los diferentes sistemas jurídicos que le atraviesan, lo cual le sirve para reafirmar su elección jurídica como cultural o étnicamente motivada (Chiba, 1998, p. 239). Esta posibilidad, una en la que pueda darse una situación jurídica plural y pueda producirse entonces un trasplante jurídico, no evita en absoluto la posibilidad de conflicto. Para Chiba, a diferencia de lo que proponen otras teorías sociológicas, que ven en el conflicto una amenaza al orden social, la posibilidad de conflicto jurídico y normativo debe tomarse como una oportunidad para el cambio y la adaptación del sistema jurídico receptor al nuevo contexto social que le rodea (Chiba, 1998, p. 237).

El conflicto jurídico, por tanto, no es una amenaza ni una condena contra el orden social, sino que es una oportunidad para el cambio y adaptación jurídica del derecho. Y la manera de resolver el conflicto en estas situaciones le ha sido encomendada tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales. Para este nuevo enfoque de los trasplantes jurídicos étnicamente condicionados, la utilización del derecho internacional privado ha llegado a ser uno de los principales mecanismos para la resolución de los conflictos que han podido surgir en el encuentro de normas pertenecientes a culturas jurídicas distintas. Mediante el derecho internacional privado y sus normas de conflicto, es decir, los mecanismos por los que se decide qué sistema jurídico hay que aplicar, los jueces y tribunales han llegado a trasplantar normas de otros sistemas jurídicos únicamente para resolver cuestiones de justicia sustantiva. A diferencia de las causas y motivos de los trasplantes jurídicos de las

primeras teorías, en las que la fuerza o prestigio jugaban un papel determinante, desde la perspectiva del derecho internacional privado la motivación para la adopción de una norma ajena se sustenta, sobre todo, en el reconocimiento: el reconocimiento, por un lado, de una cultura jurídica particular y el reconocimiento, por otro, de una situación jurídica particular. La confluencia de ambas da como resultado la adopción de una decisión sustantivamente motivada por la cual los jueces y tribunales deciden resolver posibles aporías teniendo en cuenta, no la incompatibilidad de una norma y la incongruencia de su reconocimiento, si no la posible indefensión de algunos individuos por una interpretación demasiado estricta en la que no exista un esfuerzo por confluir la pertenencia cultural con una necesidad jurídica particular.

Sobre estos esfuerzos interpretativos y estas confluencias de los jueces y tribunales, muchos estudios actuales sobre la adopción de normas culturalmente ajenas han recuperado la metáfora del trasplante jurídico para señalar esos pequeños acoples de los sistemas jurídicos receptores (Fournier, 2010). En concreto, Fournier ha realizado un extenso estudio del reconocimiento de la figura de la dote islámica o *mahr* en diversos países occidentales como Estados Unidos, Canadá, Francia o Alemania. Con su estudio, Fournier ha querido analizar también los mecanismos de rechazo o reconocimiento de la figura islámica, extrapolables también a otras muchas parecidas, que utilizan los tribunales, quienes, según el país o la época de la resolución, adoptan perfiles más conservadores o progresistas. Algo que también se da en el entorno jurisdiccional español (Backenköhler Casajús, 2017). Son, en definitiva, nuevas formas de un reconocimiento normativo particular que toman como referencia descriptiva la metáfora del trasplante jurídico para, ya de una manera prescriptiva, jugar con las posibilidades teóricas y normativas que supone el encuentro entre culturas jurídicas diferentes y el establecimiento de una situación de pluralismo jurídico.

4. Conclusiones

Los trasplantes jurídicos son una poderosa metáfora. Estos tuvieron un papel relevante en la revitalización de las teorías difusionistas sobre la circulación normativa y el préstamo jurídico a partir de la década de los setenta con la obra de Alan Watson. Fuimos viendo que uno de los principales motivos para su configuración fue para justificar el origen común de la mayoría de los sistemas jurídicos de los países occidentales, pero, sobre todo, para desmitificar también el paralelismo natural que la sociología jurídica imponía hasta el momento entre el derecho y la sociedad.

Con el tiempo, y también con las discusiones teóricas sobre los distintos enfoques proyectados sobre el fenómeno del préstamo y los trasplantes jurídicos, el concepto ha ido evolucionado adaptando su contenido al nuevo contexto social, sobre todo con la importancia de la globalización. En los últimos años, el trasplante jurídico ha obtenido una revitalización importante sobre todo desde las teorías acerca del pluralismo jurídico. Aquí la novedad de su importancia se ha ido estableciendo en la consecuencia natural de las trasposiciones normativas entre los diferentes sistemas jurídicos, resultado también de un espacio jurídico atravesado por múltiples afiliaciones étnicas. En la actualidad, la figura del trasplante jurídico nos sigue sirviendo como metáfora descriptiva de ese proceso de adopción de una norma jurídicamente ajena, pero también de las posibles consecuencias de su incorporación y, sobre todo, de los futuros conflictos jurídicos a los que

irremediablemente deberán enfrentarse los ordenamientos jurídicos para su mejor adaptación a la nueva realidad social que quedará por venir.

Bibliografía

- Arminjon, P., Nolde, B. B., & Wolff, M. (1950). *Traité de Droit Comparé. Vol. 1*. París, Francia: Librairie Générale de droit et de jurisprudence.
- Backenköhler Casajús, C. J. (2017). Multiculturalismo y pluralismo jurídico de base religiosa: el derecho islámico en España. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 115, pp.119-139.
- Chiba, M. (1989). *Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture*. Tokyo, Japón: Tokai University Press.
- Chiba, M. (1998). Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. *Ratio Juris*, 11(3), pp. 228-245.
- Fournier, P. (2010). *Muslim marriage in western courts: Lost in transplantation*. Farnham, Inglaterra: Ashgate Publishing Company.
- Langer, M. (2004). From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), pp. 1-64.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), pp. 111-124.
- Legrand, P. (2006). On the Singularity of Law. *Harvard International Law Journal*, 47(2), pp. 517-530.
- Legrand, P. (2006a). Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity. *Journal of Comparative Law*, 1(2), pp. 365-460.
- Luhmann, N. (2016). El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 50, pp. 185-199.
- Merryman, J. H. (2008). *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Miller, J. M. (2003). A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Proces. *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), pp. 839-886.
- Mousourakis, G. (2006). Towards a Comparative Theory of Legal Change. *Kansai University Review of Law and Politics*, 27, pp. 53-68.
- Mousourakis, G. (2010). Transplanting Legal Models across Culturally Diverse Societies. A Comparative Law Perspective. *Osaka University Law Review*, 57, pp. 87-106.
- Örücü, E. (2000). Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition. *EJCL. Netherlands Comparative Law Association*, 4(1). Recuperado de <https://www.ejcl.org/41/art41-1.html>
- Papagianni, K. (2005). Transitional Politics in Afghanistan and Iraq: Inclusion, Consultation, and Public Participation. *Development in Practice*, 15(6), pp. 747-759.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), pp.1-34.
- Sacco, R. (1991a). Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), pp. 343-401.
- Shah, P. (2005). *Legal Pluralism in Conflict: coping with cultural diversity in law*. Londres, Inglaterra: Glass House Press.
- Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Getafe, España: Universidad Carlos III de Madrid.

- Sousa Santos, B. d. (2002). *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. 2nd Edition. Londres, Inglaterra: Butterworths.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. *The Modern Law Review*, 61(1), pp.11-32.
- Watson, A. (1993). *Legal transplants: An approach to comparative law*. Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press.
- Watson, A. (1995). From legal Transplants to Legal Formants. *The American Journal of Comparative Law*, 43(5), pp. 469-476.
- Watson, A. (2001). *Society And Legal Change (2nd Edition)*. Philadelphia, Estados Unidos: Temple University Press.
- Zweigert, K., & KÖTZ, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press.

Privacidad (digital)

(Digital) privacy

Carlos Fernández Barbudo
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0003-0508-8032
cfbarbudo@ucm.es

Cita recomendada:

Fernández Barbudo, C. (2019). Privacidad (digital). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 276-288.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5033>

Recibido / received: 28/06/2018
Aceptado / accepted: 05/09/2019

Resumen

El desarrollo de las tecnologías de la información, y en particular Internet, ha supuesto la aparición de nuevas preocupaciones sociales que plantean la imposibilidad de preservar la privacidad —que no la intimidad— de la población en el ámbito digital. Esta contribución aborda, en perspectiva histórica, la formación de un nuevo concepto sociopolítico de privacidad que ha sustituido al de intimidad en el ámbito digital. A tal fin se presentan los principales elementos que diferencian a ambos y cuáles son las transformaciones sociotécnicas fundamentales que han posibilitado este cambio conceptual. El desarrollo del texto llevará a defender la idoneidad de una mirada política sobre la privacidad y finaliza con la presentación de algunas propuestas recientes que abogan por entender la privacidad como un problema colectivo.

Palabras clave

Espacio público, derecho a la privacidad, intimidad, público/privado, ciberespacio.

Abstract

The development of information technologies, and in particular the Internet, has led to the emergence of new social concerns that raise the impossibility of preserving privacy in the digital sphere. This contribution addresses, in historical perspective, the formation of a new socio-political concept of privacy that has replaced the previous one. To this end, the main elements that differentiate both are presented and what are the fundamental sociotechnical transformations that have enabled this conceptual change. The development of the text will lead to defend the suitability of a political view on privacy and ends with the presentation of some recent proposals that advocate understanding privacy as a collective problem.

Keywords

Public space, right to privacy, private life, public/private, cyberspace.

SUMARIO. 1. Introducción: ¿un problema de traducción? 2. El paso de la intimidad a la privacidad. 3. Fase actual: un nuevo concepto. 4. Por una privacidad colectiva: la necesidad de una mirada política. 5. Conclusiones.



1. Introducción: ¿un problema de traducción?

Que el término privacidad pueda considerarse un anglicismo del que es preferible prescindir no es una cuestión pacífica. Los detractores de su uso han argumentado, tradicionalmente, que esta palabra no añade nada sustantivamente diferente a lo que ya se puede expresar mediante el uso del término intimidad. Esta es la razón por la que en la edición a cargo de Benigno Pendás (1995) de uno de los textos más citados sobre el derecho a la privacidad, «The Right to Privacy», se prescinde de la palabra privacidad en favor de la de intimidad. En esta misma línea, el filólogo Díaz Rojo (2002) ha analizado el controvertido uso que se ha hecho del término privacidad en la prensa y como muchos de estos usos eran, en bastantes ocasiones, intercambiables por otros afines y más precisos como vida privada, intimidad o confidencialidad. En definitiva, según sus detractores, la palabra privacidad sería una mala traducción de la voz inglesa *privacy* o, en el mejor de los casos, un neologismo tolerable.

No en vano, si acudimos al Diccionario de la RAE podemos encontrar una definición de privacidad que tiene importantes elementos en común con la de intimidad:

- «Privacidad». f. Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.
- «Intimidad». f. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Los defensores del término privacidad, por su parte, argumentan que su uso recoge un significado que va más allá de la intimidad. El ejemplo más claro de este tipo de usos lo encontramos en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal:

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que esta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

De este modo, la privacidad alude a algo que está más allá de la intimidad pero que comparte con esta una función mediadora entre la publicidad y el secreto, pues reconoce la existencia de algo que debe mantenerse al margen del circuito público de información y que, en consecuencia, debe gozar de confidencialidad.

2. El paso de la intimidad a la privacidad

Ambos conceptos, por tanto, recogen la necesidad de que los individuos cuenten con mecanismos para mantener un ámbito propio al margen del escrutinio público,

ya provenga este de la sociedad civil o de los poderes públicos. Esta necesidad tiene como fundamento moral la idea, de origen liberal, de que todo individuo cuenta con una dignidad y autonomía personal inalienables (véase Richardson, 2017). Asunto que se encuentra bien consolidado a nivel internacional tanto en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 (art. 12) como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 8), y que encuentra en los denominados derechos de la personalidad su necesaria concreción a través de la protección del honor, la propia imagen y la intimidad personal y familiar. La principal diferencia entre ambos conceptos parecería radicar, por tanto, en el papel que desempeñan la informática y las telecomunicaciones en la configuración de las amenazas que se vierten sobre este ámbito, íntimo o privado, que se tiene derecho a mantener en secreto.

Estas amenazas provinieron inicialmente del desarrollo de la informática y, en particular, del creciente uso por parte de las administraciones públicas de las bases de datos. Estas herramientas generaron una fascinación fruto de la eficacia que introdujeron en la gestión, a la vez que una honda preocupación por las capacidades de control sobre la población que inauguraron, ya que la existencia de herramientas que pudieran dar acceso inmediato y unificado a toda la información disponible sobre una persona era materia reservada a las obras de ciencia ficción. En esta línea, la década de 1970 supuso el inicio de la regulación de las bases de datos (véase González Fuster, 2014): el estado alemán de Hesse aprobó la Ley de Protección de Datos de Hesse (*Hessische Datenschutzgesetz*) en 1970, Suecia aprobó la Ley de Datos (*Datalag*) en 1973 y Estados Unidos de América la *Privacy Act* en 1974. Estas normas otorgaban a los afectados diversos derechos, como los de acceso y rectificación, sobre la información que acerca de su persona poseyera la administración (tan solo la sueca lo extendió a organizaciones de derecho privado), y marcaron una gran influencia en el desarrollo legislativo posterior. De este modo, el concepto alemán de Protección de Datos (*Datenschutz*) marcó el proceso europeo que desembocó en el Convenio 108, mientras que en Estados Unidos la capacidad de limitar la adquisición y circulación de información personal se vinculó al concepto de *informational privacy*.

Nótese que en la recepción de estos debates jurídicos en España se ha preferido traducir el término *privacy* por el de intimidad (véase Pérez Luño, 1979), mientras que el término privacidad se utiliza, fundamentalmente, en ámbitos no jurídicos para expresar los problemas que tecnologías como Internet plantean a la intimidad y al respeto por la vida privada de las personas. Por tanto, para entender cómo estos debates no jurídicos han cargado semánticamente la recepción del concepto de privacidad ha de observarse qué temas han marcado el debate de la *privacy* en los desarrollos tecnológicos.

Así, podemos observar que seguridad informática y *computer privacy* han sido tradicionalmente conceptos distintos, pero estrechamente relacionados (véase Yost, 2007). En este sentido, la seguridad informática ha sido históricamente un campo de estudio orientado a la seguridad de estado y las aplicaciones militares, ámbitos dominados por la criptografía y muy cerrados a la discusión pública. No en vano debemos esperar hasta la década de 1990 para asistir al nacimiento de una industria de aplicaciones comerciales de seguridad informática orientada al usuario final. No obstante, fue la criptografía académica, alrededor de la década de 1980, la responsable de abrir al público especializado los problemas de privacidad que la informática podía conllevar. Al respecto cabe destacar la aportación de David Chaum (1985), quien introdujo el anonimato como nueva pieza clave en el diseño de los sistemas criptográficos. Hasta el momento, el problema de la atribución era un

problema de integridad, esto es, orientado a evitar la suplantación de identidad, pero con este giro se introdujo una nueva forma de entender la privacidad como derecho a no ser identificado. El objetivo de este anonimato era sortear el problema del control social y evitar que la vigilancia electrónica conllevara una alteración de la conducta de los ciudadanos, garantizándose, así, que su autonomía y libertad no se vieran afectadas. En efecto, la privacidad ya no aparece aquí como algo relativo exclusivamente a la confidencialidad de las comunicaciones, sino como un problema relativo a la autonomía individual, ya que la falta de seguridad en los sistemas informáticos puede llegar a alterar la voluntad personal: el incremento de interacciones sociales mediadas por ordenadores y de bases de datos que almacenan información personal han hecho que aumente el número de personas en disposición de observar, a través de los múltiples registros electrónicos existentes, las actividades que se realizan cotidianamente; lo cual, argumenta Chaum (1985), puede traducirse en que las personas alteren sus comportamientos al percibir que sus actividades están siendo observadas sin su conocimiento.

El desarrollo de las redes de datos, que posteriormente desembocarían en lo que hoy conocemos como Internet, permitió que se establecieran comunicaciones a distancia entre los primeros ordenadores y con ello la *computer privacy* cobró una nueva dimensión. ARPAnet es la más conocida entre las pioneras pero este mismo concepto se desarrolló en paralelo en otros puntos del globo, entre estas primeras redes cabe destacar la francesa CYCLADES (que comenzó a operar en 1975), la inglesa NPL (1973), la canadiense DATAPAC (1976) y la japonesa DDX-1 (1977) (Kim, 2005; Mathison, 1978; Winston, 1998). Estas redes se desarrollaron desde el ámbito académico, con un alto grado experimental, para poner en común recursos científicos almacenados a distancia y no pensando en un hipotético uso generalizado como el que hoy conocemos, de ahí que las medidas de seguridad orientadas a garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y evitar accesos no autorizados fuesen muy limitadas. Internet nacería posteriormente como un método para permitir la comunicación entre las redes ya existentes, de ahí que la Red que hoy conocemos haya heredado los problemas de diseño de estas primeras redes en materia de seguridad y confidencialidad. De este modo, al problema iniciado con el desarrollo de las bases de datos se le sumó, con la capacidad de poner estas máquinas en comunicación remota, el riesgo de que se produjesen accesos no autorizados al contenido de estas bases de datos sobre una red que, además, no estaba diseñada para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones que sobre ella se producía. No en vano, el que ha sido el enfoque dominante en este ámbito, el paradigma CIA recogido en la norma ISO 17799, hay que entenderlo desde estas problemáticas, pues sus tres principios rectores (garantizar la Confidencialidad, Integridad y Accesibilidad o disponibilidad de la información) responden a lo que son los tres principales problemas de la arquitectura de Internet. Si su diseño hubiese sido distinto, las preocupaciones de seguridad y privacidad habrían sido diferentes.

3. Fase actual: un nuevo concepto

Cuando Internet se populariza, el problema relativo a las bases de datos experimenta un salto cualitativo. La información personal ya no se circunscribe a la almacenada en una base de datos tradicional custodiada por una organización dada, sino que la propia web se convierte en sí misma en una gran base de datos a la que cualquier usuario puede contribuir. Los motores de búsqueda son los responsables de esta transformación de la web, ya que gracias a su capacidad de indexación hacen que cualquier página web funcione como una entrada en esta

gran base de datos mundial y permiten, a través de su servicio público, que cualquier usuario pueda consultar todo lo indexado sobre una persona con tan sólo introducir su nombre. A este respecto cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 contra Google España (asunto C 131/12) en el que se reconoce el conocido como "derecho al olvido", esto es, el derecho de un ciudadano europeo a solicitar a los buscadores web la desindexación (o eliminación de la lista de resultados) de aquellos contenidos sobre su persona que aparezcan a raíz de introducir su nombre completo y que carezcan de interés público (véase Powles, 2015).

Además, los debates y preocupaciones por los peligros que estas tecnologías puedan acarrear para la dignidad y autonomía de las personas cobran importancia social y política, haciendo que se multipliquen las voces que participan en estas discusiones. A partir de este momento es cuando corresponde hacer un análisis sociopolítico del concepto de privacidad, pues gracias a la historia conceptual podemos observar que el surgimiento de este nuevo concepto de privacidad obedece a la formulación colectiva de una experiencia social basada en las transformaciones sociotécnicas acaecidas con el desarrollo de Internet (Abellán, 2007; sobre este enfoque véase Koselleck, 2004). Dicho de otro modo, desde que se populariza la expresión "la privacidad ha muerto" es cuando debemos comprender el concepto de privacidad como expresión de una experiencia sociopolítica colectiva. Aunque parezca contradictorio, la privacidad nace porque se proclama su muerte: nadie diría que la intimidad ha muerto, sino la privacidad, y este es el mejor ejemplo de que son conceptos diferentes que recogen experiencias y proyectan expectativas distintas. De este modo, definiendo que lo específico de la privacidad hay que buscarlo en tres ámbitos distintos, pero estrechamente relacionados entre sí y que desbordan, con creces, el ámbito de la intimidad:

Ciberseguridad

El despliegue de Internet no sólo ha afectado al ámbito de las comunicaciones interpersonales, su penetración en los ámbitos económicos y productivos ha sido tal que podemos afirmar que, en las economías desarrolladas, no existe proceso social que no esté mediado por dispositivos con conexión de datos. De este modo, el número de dispositivos conectados a redes IP alcanzó los 18.000 millones en 2017 y se calcula que lleguen a los 28.500 millones en 2022 (Cisco, 2019). Este crecimiento se debe, entre otros factores, al desarrollo del Internet de las Cosas (*Internet of Things*) (véase Ziegeldorf, Morchon, & Wehrle, 3/2014) y su consiguiente despliegue de dispositivos inteligentes y sensores de distinta índole con conectividad de red.

La seguridad y privacidad de este conjunto de dispositivos interconectados ya no afecta, únicamente, a los individuos que los portan, sino que inciden especialmente en los procesos sociales que dependen de ellos. Esta situación no afecta sólo a infraestructuras militares, la penetración de las tecnologías de la información en todos los ámbitos de la vida social permite ahora el acceso remoto a máquinas que controlan procesos estratégicos a diferentes niveles (medios de comunicación, banca, telefonía, energía, salud, etc.) y que hasta el momento no podían más que accederse de manera física y presencial. De ahí que se introduzcan las llamadas ciberamenazas en los planes estratégicos de Protección de Infraestructuras Críticas (Choras, Kozik, Flizikowski, Hołubowicz, & Renk, 2016; véase al respecto Rinaldi, Peerenboom, & Kelly, 2001) y el ciberespacio se plantee como una amenaza para la soberanía y seguridad nacional (Bendrath, 2001; Manjikian, 2010, p. 391), tal y como plantea la recientemente publicada Estrategia Nacional de Ciberseguridad (Departamento de Seguridad Nacional, 2019).

Parte de la responsabilidad de esta situación recae en que en el diseño de estos dispositivos y redes no se han introducido las necesarias consideraciones acerca de su impacto sobre la privacidad. Esta reflexión ha llevado a acuñar el término *Privacy by Design* como un enfoque que pretende revertir dicha situación introduciendo en el proceso de diseño recomendaciones y códigos de buenas prácticas orientados a proteger la privacidad y seguridad de los sistemas, para intentar, de este modo, superar el modelo reactivo que domina en la actualidad (Danezis et al., 2014; véase Langheinrich, 2001).

El Reglamento General de Protección de Datos introduce este concepto de privacidad por diseño (adapto al enfoque de protección de datos) en el art. 25, instando a las organizaciones a aplicar técnicas de seudonimización sobre los datos recopilados, así como a procurar que los datos almacenados sean los mínimos imprescindibles y estén en posesión de la organización únicamente el tiempo necesario para los fines del tratamiento.

Economía de la vigilancia

Tras el estallido de la burbuja de las *puntocoms* en 2001 se inaugura un nuevo periodo en la explotación comercial de Internet. El modelo de negocio que saldrá triunfante de esta crisis tiene como nuevo motor de la economía de Internet la venta de publicidad personalizada. En comparación con la publicidad ofrecida anteriormente por otros medios, especialmente los transmitidos a través de medios de comunicación de masas, la publicidad personalizada supondrá un avance cualitativo para el sector por dos motivos: 1) su capacidad para seleccionar el público objetivo de un anuncio con una elevada precisión y 2) la posibilidad de medir la eficacia de los anuncios en un plazo de tiempo muy reducido (véase Goldfarb, 2013).

La información disponible sobre los usuarios es el factor que determina la precisión con la que se puede seleccionar el público objetivo de un anuncio. En función de con qué fines se acumule esta información y, especialmente, qué tipo de precisión se pretenda vender a los anunciantes, esta información será tratada para generar un perfil sobre cada usuario acorde con los objetivos perseguidos (véase Ferraris, Bosco, Cafiero, D'Angelo, & Suloyeva, 2013). De este modo, a las variables ya empleadas en la publicidad no digital, se suman las disponibles por la especificidad de la conectividad de red, esto es, aquellas que permiten reconstruir el comportamiento de los usuarios durante su actividad en Internet y que dan lugar a un nuevo tipo de publicidad basada en el comportamiento (véase Beales, 2010; Evans, 2009).

Dicha información se puede obtener por fuentes propias del servicio o través de fuentes externas. Las propias consisten tanto en la información que vierte deliberadamente el usuario de manera activa como aquella que es capturada de manera pasiva por el servicio durante su uso. Captura que únicamente está limitada por la tecnología del dispositivo sobre el que se ejecuta el servicio y el sistema de permisos que establece la aplicación a través de la que se accede al mismo. De ahí que exista un fuerte incentivo económico para que el diseño de los servicios esté orientado a que 1) el usuario vierta la mayor información posible sobre él mismo y 2) lleve a cabo comportamientos de los que se puedan inferir datos significativos para la construcción de su perfil.

El incentivo económico para generar perfiles de comportamiento sobre las personas no se acota al ámbito publicitario. Aunque la economía de la vigilancia encuentra en Internet un punto de inflexión en cuanto a su capacidad para captar y

encontrar un rendimiento a esta información, esta se ha expandido rápidamente a otros sectores gracias a la digitalización del mundo y el auge de dispositivos con capacidad para registrar la actividad humana y transmitir sus datos a distancia (véase Lyon, 2019; Zuboff, 2015). El desarrollo del *Big Data*, y en general la capacidad de computar grandes volúmenes de datos con fines estadísticos, así como los nuevos desarrollos en Inteligencia Artificial, requieren de un gran volumen de información sobre el comportamiento humano para entrenar los modelos matemáticos (algoritmos) que los posibilitan. Esta situación inaugura una nueva etapa en la economía de la vigilancia en la que se producen fuertes presiones por reducir las barreras que, en pos de la privacidad, tratan de limitar la capacidad de control y estudio del comportamiento de las personas (con o sin su consentimiento).

Impacto en la configuración del espacio público digital

La economía de la vigilancia no sólo posibilitó el desarrollo de la publicidad personalizada en Internet sino que aupó, en general, el fenómeno de la personalización de contenidos en la web. Internet ha sido vista tradicionalmente como una herramienta que permite que los usuarios sorteen las limitaciones geográficas a la hora de establecer contactos entre personas afines, de modo que puedan encontrar una mayor diversidad de opiniones o cosmovisiones de las que tendrían a disposición en su comunidad local y construir, así, públicos con un alto grado de homogeneidad a pesar de su dispersión geográfica. Sin embargo, dada la multiplicidad de voces disponibles en el espacio público digital, la capacidad de un usuario para encontrar aquel público que maximice sus afinidades electivas sería muy reducida de no ser por la personalización de contenidos.

Esta personalización persigue un doble objetivo: 1) que la publicidad mostrada goce de una mayor efectividad, gracias a que las posibilidades para definir el público objetivo de una campaña se vuelven mucho más precisas, y 2) que los usuarios pasen un mayor tiempo en cada uno de los servicios, ya que la personalización permite que los usuarios encuentren con mayor rapidez y facilidad aquellos contenidos en los que están interesados e incluso pueden descubrir nuevos contenidos que, gracias a la agregación de reacciones de usuarios similares, desconocía pero coinciden con las preferencias manifestadas a través del uso del servicio.

Una personalización que, además, tiene el efecto de reunir a los usuarios en función de sus diferencias particulares, generando, de este modo, públicos que se encuentran expuestos a unos niveles muy bajos de pluralidad. Esta situación obliga a replantear el carácter público de la web personalizada, pues la premisa de la máxima visibilidad (Arendt, 1958/2003) queda aquí en entredicho, ya que lo que ahí se exponga deja de ser visible por todos, o lo que es lo mismo: su publicidad deja de ser común para convertirse en particular. Efectivamente, el principio de visibilidad general de lo público queda ciertamente suspendido por efecto de la personalización, ya que el todos de cada público varía y el carácter común de la exposición pública se disuelve, especialmente por el carácter individual de la articulación de cada espacio público digital. Correspondería, entonces, hablar de mundos comunes, en plural, que se dan sobre articulaciones efímeras de carácter semipúblico, pues un mundo común sin casi pluralidad se parece más a un ámbito privado que a uno propiamente público.

4. Por una privacidad colectiva: la necesidad de una mirada política

Previamente al auge de los debates sobre la privacidad, que dató en la irrupción de la informática y las telecomunicaciones, la palabra privacidad en el castellano de España era un cultismo que se refería a la calidad de lo privado, del mismo modo que publicidad lo es de público, y que en ocasiones se utilizaba de manera muy similar al de ámbito privado o íntimo (véase Béjar, 1990). Esta línea que pensó la privacidad desde lo privado y no tanto desde lo íntimo, o como un derecho a disfrutar de una vida privada, produjo interesantes reflexiones desde la filosofía y la sociología. A este respecto cabe destacar el trabajo de E. Garzón Valdés (1998) y su distinción entre lo íntimo, lo privado y lo público que permita establecer criterios morales para una legítima intervención de terceros en cada uno de estos ámbitos.

Esta perspectiva sobre la privacidad está muy influenciada por la filosofía alemana, en la que se desarrolló la teoría de las tres esferas, y de la que J. Habermas es una de sus máximos exponentes. En este sentido, Habermas (1990/2009) plantea una relación de lo privado con lo público que resulta muy fructífera para entender el carácter no individualista de la privacidad, pues es en este ámbito en el que se producen las relaciones sociales (privadas) con relevancia pública y que desembocan en la creación de un espacio público en el que se acaba forjando la opinión pública.

La línea que inaugura Habermas puede actualizarse desde el punto clave que entiende el problema planteado en este texto como un asunto relativo a la visibilidad del ámbito privado y, por tanto, que afecta a cómo se estructura el espacio público. Este asunto de la visibilidad de lo privado es lo que ha sufrido una transformación estructural con el desarrollo de las tecnologías de la información, pues lo que hace público y secreto ya no solo se refiere a aquello que podíamos localizar en el ámbito privado, sino también (y sobre todo) en el ámbito íntimo.

Dicho de otro modo, hay una mirada posible sobre la privacidad que se refiere a cómo se produce y reproduce el secreto, y más concretamente a cómo se estructura la visibilidad personal. Esta mirada dista de la dominante en otros ámbitos que abordan la necesidad de desarrollar instrumentos para garantizar el derecho a la intimidad o privacidad, esto es, proteger el ámbito de la vida privada e íntima. Estas perspectivas dan por supuesta la existencia de un ámbito a proteger y se centran en el desarrollo de instrumentos para defenderla. Ahora bien, esos instrumentos solo se pueden desarrollar desde la constatación de hechos sociales que la ponen en cuestión. Nunca antes se dibuja el ámbito privado o íntimo, únicamente se hace esto a partir de sus amenazas; o lo que es lo mismo: solo es posible dibujar el ámbito privado e íntimo desde sus contornos, desde las cosas que la amenazan y por tanto nos obligan a tomar partido y decidir: el ámbito llega hasta aquí. Y esta toma de partido por definir hasta dónde llega es política. De ahí la necesidad de una mirada política a la privacidad, pues las pugnas por definirla y las amenazas que se engloban en las discusiones sobre la privacidad, son las que están dibujando los contornos de ese ámbito privado y/o íntimo.

Esta mirada política permite entender que los problemas que se plantean actualmente a la privacidad no son de orden individual sino colectivo, ya que las situaciones descritas en la sección anterior no afectan al individuo considerado aisladamente sino a una serie de fenómenos socioeconómicos que afectan a la sociedad en su conjunto. Actualmente pueden encontrarse algunos trabajos que abordan los problemas de privacidad desde una perspectiva grupal (véase Taylor, Floridi, & van der Sloot, 2017), argumentando que las técnicas estadísticas asociados al *Big Data* no están orientadas al tratamiento de información que permita

identificar personas (esto es, datos personales), sino información relativa a grupos o unidades de análisis agregadas (datos sociales).

El problema no es solo que, en materia de privacidad, las decisiones de otros me afecten a mí o que las decisiones que se tomen sobre otros tengan repercusiones sobre uno (véase Sarigol, Garcia, & Schweitzer, 2014). El nudo gordiano radica en el actual paradigma de atribución de derechos individuales del enfoque de protección de datos y, especialmente, en el pilar del consentimiento informado. Actualmente, la cantidad de actores involucrados en la recolección, tratamiento y compra-venta de datos personales es tan elevada que resulta prácticamente imposible que los titulares de derechos puedan otorgar un consentimiento realmente informado, especialmente atendiendo a las consecuencias y fines de los diversos tratamientos a los que se pueden ver sometidos (Mundie, 2014). Tras esta situación se puede observar una desigual relación de poder entre las partes involucradas en el consentimiento, de tal modo que la capacidad de los titulares para oponerse efectivamente al mismo queda en entredicho.

Habría, por tanto, que atender a la existencia de una dimensión colectiva sobre la privacidad que trasciende el ámbito individual de decisión. Esta dimensión tiene su fundamento no tanto en la naturaleza del bien jurídico a proteger —el derecho a mantener en secreto ciertos aspectos de la vida privada de uno—, como en el funcionamiento de las tecnologías implicadas en la vigilancia. Por un lado, al ser objeto de tratamiento estadístico los datos agregados de diversos individuos que comparten unas características determinadas, ya sean estas demográficas, en función de sus intereses o según el comportamiento que desarrollen, de nada sirve que uno o pocos individuos decidan oponerse al tratamiento de su información: mientras siga siendo posible adscribirlos al grupo estudiado, las consecuencias sobre su privacidad seguirán siendo las mismas. El grupo, en tanto que agregado de individuos que comparten determinados rasgos, es el que es objeto de vigilancia y por consiguiente el que debe tener la capacidad de otorgar el consentimiento. Por otro lado, cabe argumentar que la eficacia de la oposición a nivel individual resulta muy limitada, por dos motivos fundamentales. El primero se refiere a que la vigilancia sobre una persona puede operar a través de la información que suministran otros, intencionadamente o no, sobre actividades, lugares o intereses que son compartidos, de modo que resulte trivial extrapolar ese conocimiento al individuo opositor. El segundo consiste en que, dado el volumen de actores que intervienen en la economía de la vigilancia, resulta poco operativo que los individuos tengan que estar constantemente mostrando o no su consentimiento, lo cual implica el severo riesgo de que los usuarios acaben aceptando cualquier situación por mero hartazgo.

Resuelta conveniente, en consecuencia, pensar una aproximación colectiva a la privacidad que entienda la desigual relación de poder existente y dote de herramientas de negociación colectiva a los titulares para garantizar la privacidad en el ámbito digital, como ha planteado A. Mantelero (2017). Esto podría pasar por transferir la capacidad de otorgar consentimiento a organizaciones que representen los intereses de privacidad colectivos, de tal modo que la decisión pueda ser realmente informada y en un contexto de negociación en el que pueda darse un reequilibrio de poder. Esto llevaría, muy posiblemente, a que la explotación de datos fuese remunerada y se produjese, al estilo de lo que ocurre con las asociaciones que gestionan los derechos de los autores, un reparto colectivo de los intereses generados por explotación de datos personales. Conviene no confundir esta propuesta con la literatura que defiende entender los datos personales como una

propiedad y aplicar, en consecuencia, la aproximación de propiedad intelectual y una solución mercantilista a la cuestión (véase Ritter & Mayer, 2018).

Si se pudiesen establecer cauces de negociación colectiva, al estilo de las presentes en las relaciones laborales, entre representantes de las diversas industrias interesadas en el tratamiento de datos personales y representantes de los consumidores o asociaciones en defensa de los derechos civiles en Internet, se podría desarrollar una perspectiva de gestión colectiva de la privacidad. Esto podría tener diversas ventajas frente al paradigma individualista actual. En primer lugar, permitiría entender que tras la explotación de los datos personales hay una relación económica que se desarrolla en un contexto asimétrico y con intereses contrapuestos entre generadores y explotadores de datos. A partir de ahí se podrían desarrollar mecanismos para: 1) acordar tarifas que habiliten la recolección y tratamiento de ciertos tipos de datos; 2) gestionar colectivamente los ingresos derivados de la explotación de estos datos; 3) establecer mecanismos de auditoría e inspección sobre los acuerdos de cesión y tratamiento, de tal manera que se garanticen su cumplimiento; y 4) limitar el alcance de los datos recopilados de acuerdo a los fines acordados (minimización de datos).

Esta gestión colectiva permitiría, además, garantizar que no se produjesen asimetrías de privacidad entre los usuarios. En efecto, la tendencia actual en sectores como el de las finanzas y la actividad aseguradora es la de desarrollar productos que permitan obtener descuentos en los seguros o recomendaciones crediticias a cambio de la instalación de aplicaciones de seguimiento en los *smartphones* de los clientes. De este modo, a través del estudio de la actividad física del individuo, gracias a los datos proporcionados por los sensores del terminal, o el análisis de los movimientos de su cuenta bancaria, a través de aplicaciones ofrecen información en tiempo real sobre los movimientos en la cuenta o interfaces de gestión de su actividad económica; estas empresas obtienen información directa del individuo que son utilizadas para analizar más eficazmente los riesgos que presenta (véase Christl, 2017). En consecuencia, la asimetría de esta relación económica produce una asimetría de privacidad, ya que oponerse a esta clase de vigilancia conlleva un coste económico que, a largo plazo, acabará convirtiendo a la privacidad en un bien de pago.

5. Conclusión

La distinción público/privado ha sido históricamente un tema central en la filosofía política occidental, ya que sobre esta oposición se ha desarrollado el criterio básico para delimitar qué cuestiones son materia de deliberación pública y cuáles deben mantenerse al margen del escrutinio público. No en vano, delimitar el alcance de estos ámbitos ha sido una cuestión altamente controvertida, razón por la que Norberto Bobbio (1998) calificó este par conceptual como una de las «grandes dicotomías» de la historia del pensamiento político y social.

En este contexto, el concepto de privacidad ha ido variando históricamente en función de los problemas que socialmente han marcado la discusión sobre los límites del ámbito privado y, en consecuencia, sobre el alcance legítimo que el secreto debe tener para garantizar que las cuestiones relativas a este ámbito quedasen al margen del escrutinio público, ya fuese este público entendido en el sentido mediático (el que se desarrolla en la esfera pública) o en el sentido político (que opera a través de las administraciones públicas).

El desarrollo de las tecnologías de la información y, en particular, el surgimiento de la informática en conjunción con las redes de datos han supuesto la aparición de nuevas preocupaciones sociales relativas a la imposibilidad de preservar el debido secreto que asiste al ámbito privado. Aquí han sido expuestos tres de los principales temas en los que se basan estos temores, aunque la lista podría ampliarse: cómo el desarrollo de Internet y el crecimiento de los dispositivos interconectados plantean riesgos de ciberseguridad que trascienden el ámbito individual; el desarrollo de una economía de la vigilancia orientada al control sistemático del comportamiento y los afectos de la población; y el proceso de personalización del espacio público digital que hace mermar el principio de visibilidad general de lo público.

Debido a la especificidad de estas nuevas preocupaciones sociotécnicas, y los conflictos políticos que a ellas van asociadas, podemos afirmar que nos encontramos ante un nuevo concepto de privacidad (véase Fernández Barbudo, 2019). A diferencia de lo que ocurría con el de intimidad, este nuevo concepto ya no tiene al individuo en su núcleo fundamental, sino que pone el énfasis en cómo se estructura la visibilidad personal de manera agregada, esto es: cómo se produce y reproduce digitalmente el secreto del ámbito privado e íntimo y, por tanto, cómo se establece la distinción público/privado. De ahí que sea necesario continuar desarrollando una mirada política que comprenda la privacidad como un asunto colectivo antes que individual y, que atienda a las condiciones estructurales que han posibilitado esta transformación sociotécnica.

Bibliografía

- Abellán, J. (2007). En torno al objeto de la «historia de los conceptos» de Reinhart Koselleck. En E. Bocado Crespo (Ed.), *El Giro Contextual: Cinco ensayos de Quentin Skinner, y seis comentarios* (pp. 215–248). Madrid, España: Tecnos.
- Arendt, H. (2003). *La condición humana*. Buenos Aires, Argentina: Paidós. (Original publicado en 1958).
- Beales, H. (2010). *The value of behavioral targeting*. Washington, Estados Unidos de América: Network Advertising Initiative. Disponible en: https://www.networkadvertising.org/pdfs/Beales_NAI_Study.pdf
- Bendrath, R. (2001). The Cyberwar Debate: Perception And Politics In Us Critical Infrastructure Protection. *Information Security*, 7, pp. 80–103.
- Béjar, H. (1990). *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*. Madrid, España: Alianza.
- Bobbio, N. (1998). La gran dicotomía: público/privado. En *Estado, Gobierno y Sociedad* (pp. 11–38). México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Chaum, D. (1985). Security without identification: transaction systems to make big brother obsolete. *Communications of the ACM*, 28(10), pp. 1030–1044. doi: <http://doi.org/10.1145/4372.4373>
- Choras, M., Kozik, R., Flizikowski, A., Hołubowicz, W., & Renk, R. (2016). Cyber Threats Impacting Critical Infrastructures. En R. Setola, V. Rosato, E. Kyriakides, & E. Rome (Eds.), *Managing the Complexity of Critical Infrastructures* (pp. 139–162). Cham, Suiza: Springer.
- Christl, W. (2017). *Corporate Surveillance in Everyday Life*. Vienna, Austria: Cracked Lab – Institute for Critical Digital Culture. Disponible en: <http://crackedlabs.org>
- Cisco. (2019). *Cisco Visual Networking Index: Forecast and Trends, 2017–2022. White Papers*. San José, Estados Unidos de América.

- Danezis, G., Domingo-Ferrer, J., Hansen, M., Hoepman, J.-H., Le Metayer, D., Tirtza, R., & Schiffner, S. (2014). *Privacy and Data Protection by Design—from policy to engineering*. Heraklion, Grecia: European Union Agency for Network and Information Security.
- Departamento de Seguridad Nacional. (2019). *Estrategia Nacional de Ciberseguridad*. Madrid, España: Ministerio de la Presidencia.
- Díaz Rojo, J. A. (2002). Privacidad: ¿neologismo o barbarismo? *Espéculo*, (21). Disponible en: <https://webs.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>
- Evans, D. (2009). The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), pp. 37–60.
- Fernández Barbudo, C. (2019). El nuevo concepto de privacidad: la transformación estructural de la visibilidad. *Revista De Estudios Políticos*, (185), pp. 139–167. doi: <http://doi.org/10.18042/cepc/rep.185.05>
- Ferraris, V., Bosco, F., Cafiero, G., D'Angelo, E., & Suloyeva, Y. (2013). *Defining Profiling*. PROFILING. Fundamental Rights and Citizenship Programme of the European Union. Disponible en: www.proling-project.eu
- Garzón Valdés, E. (1998). Privacidad y publicidad. *DOXA, Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 1(21), pp. 223–244.
- Goldfarb, A. (2013). What is Different About Online Advertising? *Review of Industrial Organization*, 44(2), pp. 115–129. doi: <http://doi.org/10.1007/s11151-013-9399-3>
- González Fuster, G. (2014). *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Cham, Suiza: Springer.
- Habermas, J. (2009). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona, España: Gustavo Gili. (Original publicado en 1990).
- Kim, B.-K. (2005). *Internationalizing the Internet*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Koselleck, R. (2004). Historia de los conceptos y conceptos de historia. *Ayer*, 1(53), pp. 27–45.
- Langheinrich, M. (2001). Privacy by Design—Principles of Privacy-Aware Ubiquitous Systems. En G. D. Abowd, B. Brumitt, & S. Shafer (Eds.), *Ubicomp 2001: Ubiquitous Computing*, (pp. 273–291). Berlin, Alemania: Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.
- Lyon, D. (2019). Surveillance Capitalism, Surveillance Culture and Data Politics. En D. Bigo, I. E. & E. Ruppert (Eds.), *Data Politics. Worlds, Subjects, Rights*, (pp. 64–78). Nueva York, Estados Unidos de América: Routledge.
- Manjikian, M. M. (2010). From Global Village to Virtual Battlespace: The Colonizing of the Internet and the Extension of Realpolitik. *International Studies Quarterly*, 54(2), 381–401. doi: <http://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2010.00592.x>
- Mantelero, A. (2017). From Group Privacy to Collective Privacy: Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era. En L. Taylor, L. Floridi, & B. van der Sloot (Eds.), *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies* (pp. 139–158). Cham, Suiza: Springer International Publishing.
- Mathison, S. L. (1978). Commercial, legal, and International Aspects of Packet Communications. *Proceedings of the IEEE*, 66(11), pp. 1527–1539.
- Mundie, C. (2014). Privacy Pragmatism. Focus on Data Use, Not Data Collection. *Foreign Affairs*, 93(2), pp. 28–38.
- Pérez Luño, A.-E. (1979). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978. *Revista De Estudios Políticos*, (9), pp. 59–72.
- Powles, J. (2015). The Case That Won't Be Forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, 47, pp. 583–615.
- Richardson, M. (2017). *The Right to Privacy. Origins and Influence of a Nineteenth-Century Idea*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Rinaldi, S. M., Peerenboom, J. P., & Kelly, T. K. (2001). Identifying, understanding, and analyzing critical infrastructure interdependencies. *IEEE Control Systems*, 21(6), pp. 11–25.

- Ritter, J., & Mayer, A. (2018). Regulating data as property: a new construct for moving forward. *Duke Law Technology Review*, 16(1), pp. 220–277.
- Sarigol, E., Garcia, D., & Schweitzer, F. (2014). Online privacy as a collective phenomenon. En *Proceedings of the second ACM conference on Online social networks* (pp. 95–106). Nueva York, Estados Unidos de América: ACM Press. DOI <http://doi.org/10.1145/2660460.2660470>
- Taylor, L., Floridi, L., & van der Sloot, B. (Eds.). (2017). *Group Privacy*. Cham, Suiza: Springer International Publishing. doi: <http://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-319-46608-8>
- Warren, S. D., & Brandeis, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*. (B. Pendás y P. Baselga, Eds.). Madrid, España: Civitas.
- Winston, B. (1998). *Media Technology and Society. A History: From the Telegraph to the Internet*. Nueva York, Estados Unidos de América: Routledge.
- Yost, J. R. (2007). A History Of Computer Security Standards. En K. de Leeuw & J. Bergstra (Eds.), *The History of Information Security A Comprehensive Handbook* (pp. 595–621). Ámsterdam, Países Bajos: Elsevier.
- Ziegeldorf, J. H., Morchon, O. G., & Wehrle, K. (2014). Privacy in the Internet of Things: threats and challenges. *Security and Communication Networks*, 7(12), 2728–2742. DOI <http://doi.org/10.1002/sec.795>
- Zuboff, S. (2015). Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, 30(1), pp. 75–89. doi: <http://doi.org/10.1057/jit.2015.5>.

Acto ilícito atípico

Atypical torts

Seren Ataoglu Colonnello

Universidad Diego Portales

ORCID ID 0000-0001-5485-0586

serenataoglucolonnello@gmail.com

Cita recomendada:

Ataoglu Colonnello, S. (2019). Acto ilícito atípico. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 289-298.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5034>

Recibido / received: 30/01/2019

Aceptado / accepted: 17/07/2019

Resumen

La presente voz sintetiza el origen y el desarrollo teórico de la expresión 'acto ilícito atípico'. La investigación se concentra solo en la formulación que realizan Atienza y Ruiz Manero en dos libros: "*Las piezas del derecho*" e "*Ilícitos atípicos*", y busca evidenciar tres cambios conceptuales que los autores introducen en relación a las teorías imperativistas: a) el significado de los actos; b) la noción de ilicitud y c) la noción de atipicidad. Ya que el sintagma 'acto ilícito atípico' y su contracción 'ilícito atípico' son una manifestación de una posición post-positivista, la voz considera que esta expresión se desarrolló, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas 'positivistas' o 'formalistas' y; por otro lado, como una teoría interpretativa enfocada en cómo los jueces deben resolver casos no regulados explícitamente conforme a los valores reconocidos por el sistema normativo.

Palabras clave

Ilícitud, atipicidad, sentido subjetivo y objetivo de los actos, innovación conceptual, Atienza y Ruiz Manero.

Abstract

This work synthesizes the origin and the theoretical development of the expression 'Atypical Illicit Act'. The research focuses only on the formulation made by Atienza y Ruiz Manero in two books: "*Las piezas del derecho*" and "*Ilícitos atípicos*", and seeks to evidence three conceptual changes that the authors introduce in relation to imperativist theories: a) the meanings of the acts; b) the notion of torts; c) the notion of non-criminality. Since the term 'Atypical Illicit Act' and its contraction 'Atypical Torts' are a post-positivist manifestation, this paper considers that this expression was developed, on the one hand, as a theoretical criticism to the 'positivist' or 'formalist' postures and, on the other hand, as an interpretative theory focused on how judges must resolve cases not explicitly regulated according to the values recognized by the normative system.

Keywords

Torts, atypical torts, the meaning of the acts, conceptual innovation, Atienza and Ruiz Manero.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El concepto 'acto ilícito atípico' y su origen. 3. La razón subyacente de las reglas. 4. Elucidando el concepto de 'acto ilícito atípico'. 5. La innovación conceptual de Atienza y Ruiz Manero.

1. Introducción

El sintagma ‘acto ilícito atípico’ posee una significativa complejidad porque sirve para referirse a figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, en legislaciones en las que ellas no encuentran una regulación expresa. Por esta razón, es necesario ofrecer al lector un marco general que permita entender su origen y desarrollo.

La interpretación jurídica y el razonamiento jurídico, han sido temas muy tratados por la teoría del derecho durante el siglo XX. Esta preocupación por el trabajo de los jueces ha sido casi correlativa al proceso de creciente constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. En este contexto general, los trabajos de Atienza y Ruiz Manero son los principales desarrollos del post-positivismo en lengua española. Los libros *Las piezas del derecho* e *Los Ilícitos Atípicos*, constituyen las bases de un particular modo de entender el funcionamiento del sistema jurídico. *Las piezas del derecho*, pretende ser la primera parte de una teoría general del derecho. *Los Ilícitos Atípicos*, su continuación (2004 [1996], p. 17; 2000, p. 9).

La presente voz es descriptiva y busca responder a la pregunta de si la distinción introducida por Atienza y Ruiz Manero entre ‘ilícitos típicos’ e ‘ilícitos atípicos’ cumple el propósito que ellos mismos establecen: «complejiza[r] el conjunto de conceptos sin los cuales no podemos imaginar un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (2000, p. 13). La respuesta a esta pregunta es afirmativa; los autores innovan respecto de tres conceptos usados por las teorías imperativistas: la noción de ‘ilicitud’, ‘atipicidad’ y sentido objetivo y subjetivo de los actos. Para justificar esta respuesta el texto se ordena del modo siguiente. En primer lugar, la voz analiza el concepto ‘acto ilícito atípico’. En segundo lugar, expone de manera breve cómo se justifica la teoría de los ilícitos atípicos. Para ello, analiza la noción de ‘razón subyacente’ empleada por los autores. En tercer lugar, elucida el concepto de ‘acto ilícito atípico’. Para ello, compara la noción de ‘ilicitud’ kelseniana con la usada por Atienza y Ruiz Manero. Finalmente, se presenta un apartado a modo de conclusión que discute si los cambios conceptuales introducidos por los autores dan lugar a una concepción del Derecho diferente de la imperativista. Advierto al lector que este trabajo se limita a analizar los libros “*Las piezas del derecho*” e “*Ilícitos atípicos*” de Atienza y Ruiz Manero, porque son el punto de partida de la posición autodenominada ‘post-positivismo’.

2. El concepto de ‘acto ilícito atípico’ y su origen

Según Atienza y Ruiz Manero, un acto ilícito es un acto contrario a una norma de mandato¹. Las normas de mandato, a su vez, pueden ser reglas o principios. Un ‘ilícito típico’ es un acto contrario a una regla de mandato, en cambio, un ‘ilícito atípico’, es un acto contrario a un principio de mandato (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 27). Como se advierte, para Atienza y Ruiz Manero un acto ilícito es la negación del derecho y no su condición.

Atienza y Ruiz Manero señalan que existen dos modalidades de los ilícitos atípicos: «unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en las reglas (analogía legis) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (analogía iuris)» (2000, p. 27). En cambio, la segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprenden casos que, *prima facie*, estarían cubiertos por una regla permisiva, pero una vez considerados

¹ Es decir, los comportamientos contrarios a normas constitutivas y las normas regulativas permisivas no son ilícitos. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 24-25).

todos los factores, esas reglas modifican su estatus deóntico y la conducta pasa a estar prohibida².

El origen del concepto ‘acto ilícito atípico’ está en la distinción entre reglas y principios. A su turno, la teoría de los ilícitos atípicos se refiere a figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder³, ya que estas figuras no fueron estudiadas por los clásicos de la teoría del derecho del siglo pasado⁴, porque ellos no distinguían entre reglas y principios.

Para distinguir las reglas de los principios, Atienza y Ruiz Manero usan tres enfoques característicos que suelen adoptarse en relación con las normas (2004 [1996], p. 28): 1) el estructural; 2) en cuanto a las razones para la acción y 3) la conexión entre las normas, los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad.

Respecto al primer enfoque, los autores elaboran dos niveles de análisis: el interno y el externo⁵. El interno tiene por objeto caracterizar y distinguir entre los diversos tipos de reglas y principios. Las reglas se subdividen en dos clases según sea el contenido regulado: de acción y de fin. Las primeras, califican deónticamente una acción, en cambio, las segundas, califican deónticamente la obtención de un cierto estado de cosas (Atienza y Ruiz Manero, 2004 [1996], pp. 29-30). Los principios, por su parte, se subdividen en dos clases según el contenido regulado: principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los primeros atribuyen a una acción un valor último, lo que significa que no se tomarán en cuenta sus consecuencias y, los segundos, realizan esa atribución a un estado de cosas (2000, p. 21). En cuanto al nivel externo, éste tiene por objeto distinguir externamente las reglas y los principios como pautas de comportamiento diferentes entre sí. Las reglas (de mandato) tienen una condición de aplicación cerrada, en cambio, los principios (de mandato), tienen una condición de aplicación abierta (2004 [1996], pp. 29-33)⁶.

En el segundo enfoque (aquel vinculado a las razones para la acción), los autores adoptan la terminología de Raz con el objeto de entender las normas como razones (2004 [1996], p. 34). Las reglas «constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida y una razón de segundo orden para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción» (2004 [1996], p. 35). Es decir, son razones para la acción, perentorias e independientes del contenido. En cambio, en los principios se debe distinguir que: los explícitos son razones para la acción, independientes del contenido y no perentorias y, los implícitos, son razones para la acción que no son independientes del contenido y no son perentorias (Atienza y Ruiz Manero, 2004 [1996], p. 36).

El tercer enfoque consiste en observar las normas en conexión con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad⁷. Aquí Atienza y Ruiz Manero señalan que

² Tanto a los autores como a este trabajo interesa únicamente el análisis de la segunda modalidad de los ilícitos atípicos. Toda vez que la segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprende las figuras de abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 28).

³ En esta voz no realizaré una descripción de las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Esto porque la voz se centra en el estudio del género ‘acto ilícito atípico’ y no en sus especies.

⁴ Atienza y Ruiz Manero se refieren a Austin, Kelsen y Ross. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 13-15).

⁵ Estos dos niveles de análisis no se encuentran enunciados de esta manera en “*Las Piezas del Derecho*”, sin embargo, es una distinción que puede inferirse de ella. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004, pp. 28-34).

⁶ Por razones de espacio no se profundiza en las diversas formas de reconstruir la distinción entre principios y reglas.

⁷ Los autores definen el concepto de poder de la siguiente manera: «A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar los intereses de B». En relación con esto señalan que: «esta definición —si se quiere, este concepto de poder— puede interpretarse de diversas maneras —puede dar lugar a diversas concepciones de poder—. De todas ellas, la más general —y es la que adoptamos aquí— se caracteriza por entender que: 1) A y

la existencia de los ordenamientos jurídicos (o más bien, de las normas jurídicas) se justifica en que ellas permiten la vida en sociedad, toda vez que sin ellas ésta no sería posible. A su juicio, las normas jurídicas se encuentran conectadas de diferentes maneras con los intereses y con el poder⁸. Además, señalan que la articulación de los intereses puede hacerse de diferentes maneras, por ejemplo, a través de disposiciones jurídicas que permiten a los destinatarios lograr «su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales» (2004 [1996], p. 40). Esta articulación se instancia mediante reglas de acción, porque las reglas de fin y las directrices permiten promover «activamente determinados intereses sociales» (2004 [1996], p. 41). Por último, los principios en sentido estricto «imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los diversos sujetos sociales mediante la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses» (2004 [1996], p. 41). Por ello, la labor que cumplen los principios es evitar que la persecución de determinados intereses dañe o afecte dichos valores.

3. La razón subyacente de las reglas

En el apartado anterior sintetice la raigambre de la expresión ‘acto ilícito atípico’ de Atienza y Ruiz Manero, en la distinción entre reglas y principios. Este apartado tiene por objeto saber qué es la teoría de los ilícitos atípicos y cómo se justifica.

La teoría de los ilícitos atípicos es una teoría que tiene fines interpretativos del derecho vigente. Tiene por objeto entregar un conjunto de herramientas interpretativas con el objeto de que los jueces y dogmáticos, a pesar de no disponer de norma explícita, puedan justificar las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. El concepto de ‘acto ilícito atípico’ es un concepto de teoría del derecho, y por ser tal, requiere ser analizado. Otra cosa es que la doctrina sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, tenga un carácter de ‘alta dogmática’ en la medida en que se refiera a un ordenamiento positivo⁹.

La justificación de la teoría de los ilícitos atípicos se encuentra en los principios, que dotan de sentido a las reglas, constituyendo su “razón subyacente” (2000, p.18). Así, la distinción —entre reglas y principios— solo tiene sentido en el nivel de análisis *prima facie* de la conducta, y no una vez establecidos todos los factores (*all things considered*), porque las reglas y principios están interrelacionadas (2000, p. 20).

La diferencia entre el nivel de análisis *prima facie* de la conducta y el nivel de análisis que considera todos los factores, permite construir la distinción entre dos dimensiones de

B pueden ser tanto individuos como grupos: clases sociales, grupos de presión, etc.; 2) para “tener capacidad” basta, por un lado, con que B crea que A la tiene aunque de hecho no sea así y, por otro lado, A puede tener capacidad aunque no lo sepa o no sea consciente de ella; 3) la capacidad de A para afectar a los intereses de B puede ser en sentido negativo (esto es, poder para afectar los intereses de B en sentido contrario a los intereses de este último) o en sentido positivo (el poder ejercido en beneficio de otro —por ejemplo, el poder del padre sobre el hijo cuando se ejerce correctamente— también es poder); 4) pueda tratarse tanto de intereses subjetivos como de intereses reales u objetivos de B. Por “intereses reales u objetivos” entendemos aquellos intereses de los que B no es consciente, pero que es razonable suponer que percibiría como sus intereses, sobre la base de lo que el propio B considera como sus intereses últimos, si dispusiera de la información relevante acerca de las conexiones causales pertinentes». Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004 [1996], p. 39).

⁸ Señalan que las normas jurídicas, «por un lado son el resultado de intereses y de relaciones de poder; por otro lado, configuran jurídicamente relaciones de poder; y, finalmente, el ejercicio de esos poderes produce como efecto determinadas alteraciones en las relaciones de poder existentes en la sociedad». Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004 [1996], p. 40).

⁹ Para los autores, la noción de ‘alta dogmática’ no significa profundidad de análisis conceptual, sino nivel de abstracción. Desafortunadamente, Atienza y Ruiz Manero no distinguen con claridad la teoría del derecho de la alta dogmática (2000, p. 11).

las reglas: la directiva y la valorativa o justificativa (2000, p. 20). La primera guarda relación con la dirección de la conducta de los individuos. La segunda, enjuicia el comportamiento ajeno y genera que «la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente» (2000, p. 20). Así, la dimensión valorativa de las reglas es un juicio de valor:

Los juicios de valor atribuyen un valor positivo, negativo o indiferente a los objetos valorados [...]¹⁰ Atribuir un valor positivo a un objeto (a una acción o un estado de cosas) significa afirmar que existe una razón para considerar justificado realizar la acción A o procurar que se produzca el estado de cosas E. Atribuir un valor negativo a esos mismos objetos significa que existe una razón para considerar injustificado realizar la acción A o procurar E. Además, A y E pueden ser indiferentes, si no existe una razón ni para considerar justificado realizar A o procurar E (2004 [1996], p. 161).

Atienza y Ruiz Manero consideran que los valores incorporados a los enunciados jurídicos son «la plasmación de los juicios de valor» (2004 [1996], p.161) por parte de las autoridades jurídicas. Con ello no quieren decir que atribuyen a las autoridades la capacidad de crear valores, sino que el derecho expresa los valores asumidos por la autoridad. Estos valores configuran la dimensión justificativa de las reglas, la cual tiene prioridad lógica por sobre la dimensión directiva, toda vez que Atienza y Ruiz Manero consideran que determinadas acciones están prohibidas por el hecho de ser disvaliosas¹¹.

La distinción de estas dos dimensiones de las reglas, permite que Atienza y Ruiz Manero usen la noción de razón subyacente de Schauer para componer su teoría de los ilícitos atípicos. Siguiendo a Schauer, Atienza y Ruiz Manero asumen que la generalización de los predicados fácticos de las reglas puede ser subincluyente o sobreincluyente respecto de las razones que la subyacen¹². En palabras de Jorge Rodríguez:

En primer lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según la terminología de Schauer, sobreincluyente respecto de su justificación subyacente. Piénsese en un no-vidente que quisiera ingresar al restaurante con un perro lazarillo. Los lazarillos son perros muy bien entrenados, que suelen comportarse mucho mejor que una buena cantidad de seres humanos. O —aunque un tanto más artificioso— considérese el caso de una persona que pretendiera ingresar al restaurante con un pequeño chihuahua que, además, está embalsamado y oculto dentro de un maletín. Cualquiera de estos casos queda indudablemente comprendido dentro del alcance del predicado fáctico de la norma, pero resulta seriamente controvertible que las razones que subyacen a la colocación del cartel justifiquen la exclusión del restaurante, dado que es altamente dudoso que tales perros vayan a ocasionar molestias a los clientes. Si bien la presencia de un perro en el restaurante, como categoría o tipo, está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la norma, puede suceder que en casos particulares no se configure la consecuencia prevista por esa justificación. En segundo lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según Schauer, subincluyente respecto de su justificación subyacente, esto es, no cubrir ciertos estados de cosas que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente. En nuestro ejemplo, es muy fácil advertir que los clientes del restaurante pueden ser molestados por muchas situaciones diferentes de la presencia de un perro: imagínese que alguien pretendiera ingresar al restaurante con un oso (Rodríguez, 2012, p. 132).

¹⁰ Los objetos de valoración son las acciones y estados de cosas. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004 [1996], p. 160).

¹¹ Atienza y Ruiz Manero (2000:123-124). Esto invierte el dogma kelseniano que señala que las acciones son disvaliosas por el hecho de estar prohibidas.

¹² El predicado fáctico de la regla es subincluyente cuando no cubre estados de cosas que, en virtud de su justificación subyacente, sí deberían quedar comprendidos. En cambio, el predicado fáctico es sobreincluyente cuando comprende estados de cosas que, en virtud de su razón subyacente, no deberían estar incluidos, pero que, a pesar de ello, lo están. Véase: Schauer (2004 [1991], p. 90).

4. Elucidando el concepto de ‘acto ilícito atípico’

La expresión ‘acto ilícito atípico’ forma la teoría de los ilícitos atípicos, porque la dualidad entre los ‘ilícitos típicos’ y los ‘ilícitos atípicos’ está mediada por el tipo de norma cuyo contenido describe la conducta en cuestión. Si la norma es una regla de mandato el acto será un ‘ilícito típico’. Si, en cambio, la norma es un principio de mandato, el acto será un ‘ilícito atípico’.

Atienza y Ruiz Manero construyen su postura a partir de una crítica a la teoría imperativista¹³. Inician su trabajo reconociendo, con base en Austin, que el concepto de ilícito o delito (*injury*) es uno de aquellos que «tienen carácter necesario, en el sentido de que no podemos imaginar coherentemente un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (2000, p. 13). Luego, los autores señalan que en la teoría imperativista austiniana no aparece la noción que ellos denominan ‘ilícitos atípicos’ (2000, p. 13). Acto seguido, los autores afirman que «el concepto de delito o de acto ilícito, forma parte del elenco de los conceptos básicos de la teoría kelseniana del Derecho» (2000, p. 14) y constatan que Kelsen no entra en el análisis de las figuras que a ellos les interesan. Finalmente, al observar la teoría de Ross señalan que «la teoría del Derecho de Ross no incluye un tratamiento general de la noción de ilícito [...]» (2000, p. 15). Así, a juicio de Atienza y Ruiz Manero, la teoría de los ilícitos atípicos evidencia un descuido en que habrían incurrido Austin, Kelsen y Ross: no reconocer que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios.

Ahora bien, de las tres posiciones analizadas por Atienza y Ruiz Manero, la obra de Kelsen es la única que trata profundamente la noción de ‘ilicitud’ o ‘ilícito’. Por esta razón, para clarificar el concepto de ‘acto ilícito atípico’, hay que considerar lo que el autor de la *Teoría pura del derecho* entiende por ‘acto’ y por el predicado ‘ilícito’ o su substantivización en la palabra ‘ilicitud’¹⁴. Solo de este modo podremos observar con claridad si Atienza y Ruiz Manero logran su cometido: complejizar el conjunto de conceptos jurídicos sin los cuales no es posible pensar un sistema de Derecho.

Para Kelsen, un acto es un acontecimiento fáctico externo y la racionalidad de una acción no implica conocimiento axiológico alguno. La realización de un acto puede tener dos sentidos: uno subjetivo, en cuya virtud quien realiza el acto se fija un propósito para su realización (asumiendo que se trata de un agente racional) y un sentido objetivo, que es la comparación del acto con el derecho vigente (1995 [1979], p. 16). Ambos sentidos pueden coincidir, pero no es necesario que lo hagan¹⁵. Para Kelsen, solo es relevante el sentido

¹³ Atienza y Ruiz Manero critican la teoría imperativista. Entendiendo por ella la designada por Hart (1965, pp. 353-354). «*The theory (which is no favourite of mine) that law is most usefully distinguished from other forms of social control by its organized provision for sanctions as a distinguishing mark of law by writers like Austin or Kelsen was [...] motivated by the conviction that the introduction of organized sanctions explains the peculiarly imperative character of legal as distinguished from other types of social norms, and brings with it a number of associated differences*». De este modo, la teoría imperativista agrupa a Austin, Kelsen y a Ross. En esta voz, por razones de simplicidad, se asume que los términos ‘positivismo’ e ‘imperativismo’ son sinónimos.

¹⁴ El sintagma ‘acto ilícito típico’ y el sintagma ‘acto ilícito atípico’ no están en Kelsen. Las he adoptado desde Atienza y Ruiz Manero para enfocar la oposición entre un ‘ilícito típico’ y un ‘ilícito atípico’.

¹⁵ Para explicitar el sentido objetivo o subjetivo de los actos, Kelsen menciona los siguientes ejemplos: «Alguien dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás —en razón de algún defecto de forma— que no lo sea. Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital. Un acto —en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede el mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural.

objetivo, porque eso garantiza la posibilidad de discrepar sobre el sentido subjetivo de los actos.

Atienza y Ruiz Manero, a diferencia de Kelsen, dan prioridad al sentido subjetivo por sobre el objetivo y exigen que exista coincidencia entre el uno y el otro. El intérprete debe preferir el significado subjetivo (es decir, lo que el agente pretende conseguir), en razón de que el significado del acto está determinado por valores sociales que el agente conoce en la medida en que su racionalidad supone que quien actúa sabe qué valores están implicados por su comportamiento. Por esta razón, Atienza y Ruiz Manero afirman que ante un comportamiento no-regulado (como un ilícito atípico) es posible modificar el estatus deóntico de la norma (i.e. modificar el significado objetivo del acto) atendiendo al significado subjetivo del mismo: abusar de un derecho, defraudar a la ley o desviar un poder. En otras palabras, ejecutar un acto cuyo sentido subjetivo es disvalioso, pero que no está tipificado como tal por el derecho positivo (es decir no posee un sentido objetivo, porque no es condición de una sanción), es razón suficiente para modificar el estatus deóntico de una norma (permisiva)¹⁶ pasando la conducta, a estar prohibida. En este sentido, la distinción entre sentido subjetivo y objetivo de los actos se esfuma, y deja de ser tajante. Si se quiere interpretar correctamente el significado de los actos, ambos sentidos deben coincidir.

Las palabras 'lícito' e 'ilícito' son adjetivos. Predicados de un acto. Mientras que las palabras 'licitud' e 'ilicitud' son su expresión sustantivizada¹⁷. Kelsen afirma que estos adjetivos son una explicitación específica, normativa (1995 [1979], p. 17). Decir que un acto es 'lícito' o 'ilícito' (o contrario a derecho) es un modo de explicitar el significado objetivo de ese acto (1995 [1979], p. 17). El acto cuenta con dicha significación en virtud de una norma que se refiere a él en su contenido. Así, es la norma (o más bien su contenido) la que otorga al acto el carácter de conforme a derecho (o contrario a derecho) (1995 [1979], p. 18).

A su vez, Kelsen entiende por 'acto ilícito' aquel acto que el orden jurídico positivo ha convertido en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción¹⁸. Esto explica por qué el significado jurídico del acto es otorgado por la norma que incluye al acto en su contenido y cuya consecuencia jurídica es una sanción.

La noción de tipicidad no es una categoría de análisis en la obra de Kelsen. La definición kelseniana de 'licitud' o 'ilicitud' colapsa con la idea dogmática de tipicidad, porque en ambos casos el acto debe ser el contenido de una norma y la 'ilicitud' solo se diferencia de la 'licitud', porque la norma que incluye al acto como parte de su contenido le asocia una sanción.

La noción de 'acto ilícito típico' en Kelsen no tiene sentido, en la medida en que las nociones de 'ilicitud' y 'tipicidad' (en sentido penal) en conjunto, no proporcionan ninguna información nueva sobre cualquiera de los dos conceptos. Es decir, basta comprender el

Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio jurídico. El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico». Véase: Kelsen (1995 [1979], pp.16-17).

¹⁶ Me refiero a la segunda modalidad de los ilícitos atípicos.

¹⁷ La palabra 'ilicitud' hace referencia a la cualidad de ilícito y se forma por substantivización léxica del adjetivo 'ilícito' y el prefijo i-.

¹⁸ Kelsen señala: «la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como 'acto ilícito' o 'delito', y el acto coactivo, estatuido como consecuencia es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; solo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito». Véase: Kelsen (1995 [1979], p.125).

significado de 'ilícito' en Kelsen, para advertir que la noción de 'tipicidad' dogmático-penal corresponde por completo a la primera. A su vez, la noción 'acto ilícito atípico' carece de asidero en la teoría kelseniana, por la sencilla razón de que no es posible predicar la atipicidad de un acto ilícito.

La teoría de los ilícitos atípicos no define las cualidades designadas con los sustantivos 'licitud' e 'ilicitud' o con los adjetivos 'lícito' e 'ilícito'¹⁹. Solo se limita a definir 'acto ilícito' como un acto contrario a una norma de mandato, la que puede ser un principio o una regla de mandato²⁰. En cuanto a la noción de 'tipicidad', la teoría de los ilícitos atípicos adopta el concepto de 'tipo de garantía' elaborado por los penalistas, específicamente por Ferrajoli (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 26). Este concepto establece que una acción solo es típica cuando puede subsumirse estrictamente en la descripción del supuesto de hecho de una norma de mandato (2000, p. 25).

La ausencia de una definición de 'ilicitud' en la teoría de Atienza y Ruiz Manero permitiría pensar que ellos siguen a Kelsen. A la luz de la teoría kelseniana, hipotéticamente podría afirmarse que la idea de 'ilicitud' de Atienza y Ruiz Manero, es un predicado que hace referencia a un disvalor ajeno al derecho positivo. Entonces, un acto podría ser calificado como 'ilícito' con independencia del contenido del derecho, porque la regulación reconocería que el acto posee un estatus disvalioso afuera del derecho. Sin embargo, este razonamiento es erróneo. Para Atienza y Ruiz Manero el disvalor designado por el concepto de 'ilicitud' no es ajeno al derecho positivo. La noción de ilicitud que usan los autores es, entonces, diversa de la kelseniana.

La 'ilicitud atípica' consiste en la vulneración de un principio de mandato (explícito o implícito) que forma parte del derecho positivo. Por esta razón Atienza y Ruiz Manero señalan que una conducta no es disvaliosa por estar prohibida, sino que está prohibida por ser disvaliosa (2000, p. 20). Así, los autores invierten el clásico dogma kelseniano de que 'no hay *mala in se*, sino solo *mala prohibita*'. La noción de ilicitud de Atienza y Ruiz Manero da pie a una concepción del Derecho diferente que la kelseniana por la introducción de la distinción entre la 'ilicitud típica' y la 'ilicitud atípica'.

La pregunta que es necesario responder es si esta distinción complejiza el conjunto de conceptos que permite describir un sistema de Derecho desarrollado (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 13). Para dar respuesta a esta pregunta, es importante observar —como anuncié más arriba—, que la noción kelseniana de ilicitud (no conformidad al derecho) se corresponde con el concepto de tipicidad usado por Atienza y Ruiz Manero. Toda vez que ambos entienden estas nociones —ilicitud en el caso de Kelsen y tipicidad en el caso de Atienza y Ruiz Manero— como inclusión del acto en el contenido de la norma²¹. Ahora bien, si la ilicitud kelseniana y la tipicidad de Atienza y Ruiz Manero significan lo mismo, resta determinar qué significa la noción de atipicidad.

La noción de atipicidad depende de la distinción entre reglas y principios. Un acto es atípico cuando es contrario a un principio de mandato (explícito o implícito). Por esta razón, la atipicidad es un concepto que está fuera del alcance de la teoría kelseniana, ya que ella solo reconoce la existencia de reglas y no de principios. Además, a diferencia de la noción de tipicidad que es construida en sede de producción del derecho, la noción de atipicidad se formula en sede de aplicación del derecho, ya que ella depende de dos tesis interpretativas: a) la tesis que sostiene que es posible extender por analogía legis la ilicitud fijada en una regla o la que surge de una ponderación entre principios relevantes del sistema que exigen la generación de una nueva regla prohibitiva mediante analogía iuris y, b) la tesis que afirma

¹⁹ En este sentido, es posible afirmar que los autores *usan* el concepto de ilicitud, pero no lo *mencionan*.

²⁰ Si la norma es una regla de mandato el acto será 'típico'. En cambio, si la norma es un principio de mandato el acto será 'atípico'.

²¹ Cfr., Kelsen (1995 [1979], p. 18); Atienza y Ruiz Manero (2000, p. 26).

que, una vez considerados todos los factores, es posible invertir el sentido de una regla permisiva en razón de su oposición a algún principio (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 27). En este sentido, los predicados típico y atípico son asimétricos, porque el primero hace referencia a la producción de una norma general y abstracta que regula una conducta por parte del legislador, mientras que el segundo, designa dos modos de aplicación de normas por parte del juez.

5. Las innovaciones conceptuales de Atienza y Ruiz Manero

Ningún concepto es inmune al cambio y un cambio conceptual siempre altera nuestra forma de hablar y de pensar sobre el mundo. Mosterín (2016, p. 18) señala que lo que pensamos y decimos del mundo no depende solo de él, sino que también de nuestro sistema conceptual que “selecciona, condiciona y determina los aspectos del mundo que tenemos en cuenta, en lo que pensamos, de los que hablamos”.

El modo en que Atienza y Ruiz Manero construyen la noción de ‘ilícito atípico’ está determinado por el cambio conceptual de tres puntos: a) la relación entre el significado subjetivo y objetivo de los actos; b) la modificación de la noción ‘ilicitud’ kelseniana y, c) la creación de un concepto de ‘atipicidad’. La primera pregunta que es necesario responder es si estos cambios complejizan el conjunto de conceptos sin los cuales «no podemos imaginar un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 13). En esta voz he mostrado que la respuesta a esta pregunta puede ser afirmativa.

La segunda pregunta que hay que responder es si las tres innovaciones conceptuales dan pie a una concepción del Derecho diferente de la imperativista. A mi juicio, la respuesta es positiva, si por ‘concepción’ se entiende una ‘matriz disciplinaria’²² y a condición de que la innovación conceptual se combine con la negación de las dos tesis principales del positivismo²³.

La tercera pregunta que resta por responder es si entre el positivismo y el post-positivismo existe una ‘inconmensurabilidad de paradigmas’²⁴. Creo que la respuesta a esta pregunta es negativa. Si tomamos una noción de incomensurabilidad de paradigmas de la filosofía de la ciencia, por ejemplo, la de Roberto Torretti (1997, p. 30), es posible advertir que el cambio conceptual requiere, entre otras condiciones, que se pierda la referencia al paradigma que es punto de partida del nuevo. Esto no ocurre en este caso. Los cambios conceptuales analizados en esta voz permiten establecer el vínculo entre la posición de Atienza y Ruiz Manero y la de Kelsen. Así, la innovación en relación al sistema de conceptos kelsenianos no trae consigo la pérdida de todas las referencias a él. Todo esto es cierto, siempre y cuando, se entienda que el positivismo constituye un ‘paradigma’ o una ‘matriz disciplinaria’.

²² En esta voz el concepto de matriz disciplinaria corresponde al concepto de ‘paradigma’ desarrollado por Thomas Khun. En 1970, ante los reproches de ambigüedad del término ‘paradigma’, el autor lo descartó y lo reemplazó por ‘matriz disciplinaria’. Mosterín y Torretti señalan que el nuevo término no alcanzó la misma aceptación y difusión que el primero «quizás porque no es eufónico y no tiene resonancias románticas, o simplemente porque es más preciso». Véase: Mosterín y Torretti (2010 [2002], pp. 447-448).

²³ Las dos tesis a las que me refiero son: 1) la tesis de las fuentes sociales del derecho y 2) la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Para un mejor panorama sobre este asunto, véase: Albert Calsamiglia (1998, pp. 209-220).

²⁴ La noción de ‘inconmensurabilidad de paradigmas’ fue elaborada por Thomas S. Khun. Véase: Khun (1962, p. 110).

Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos Atípicos*. Madrid, España: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004) [1996]. *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Ni Positivismo ni Neoconstitucionalismo: Una Defensa del Constitucionalismo Postpositivista*. Recuperado de: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>
- Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa*, volumen 1 (n° 21), pp. 209-220.
- Hart, H.L.A. (1965). Review of the Morality of Law. *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-1296.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1995) [1979]. *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Khun, T.S. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Mosterín, J. (2016). *Conceptos y teoría de la ciencia*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Mosterín, J. y Torretti, R. (2010) [2002]. *Diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Rodríguez, J. (2012). Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, num. 1, pp. 127-145.
- Schauer, F. (2004) [1991]. *Las reglas en juego*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Torretti, R. (1997). Ruptura y continuidad en la historia de la física. *Revista de Filosofía*. Universidad de Chile, volumen XLIX-I, pp. 29-43.
- Torretti, R. (2012) [1990]. *Inventar para entender*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Sedición (Delito de) Sedition (Crime of)

Rafael Rebollo Vargas
Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID ID 0000-0002-7149-2984
rafael.rebollo@uab.cat

Cita recomendada:

Rebollo Vargas, R. (2019). Sedición (Delito de). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 299-313.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5035>

Recibido / received: 03/06/2019
Aceptado / accepted: 28/08/2019

Resumen

El delito de sedición se ubica sistemáticamente en el Código penal como un delito contra el orden público, por lo que su objeto de tutela y sus fines nada tienen que ver con una «rebelión en pequeño», a pesar de que algunas resoluciones recientes de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo lo desnaturalicen hasta el punto de atribuirle unas finalidades que no se corresponden con su actual configuración típica.

Palabras clave

Delitos contra la Constitución, delitos contra el orden público, rebelión, sedición, alzamiento público y violento, alzamiento público y tumultuario.

Abstract

The sedition crime is located systematically in the Penal code as a crime against the public order, for what its object of tutelage and its ends not at all they have to do with a «rebellion in child», although some recent resolutions of the National Audience and of the proper Supreme Court denature it up to the point of attributing to him a few purposes that do not correspond to its current typical configuration.

Keywords

Crimes against the Constitution, crimes against public order, rebellion, sedition, violent and public uprising, public uprising and tumultuary.

SUMARIO. 1. Consideraciones Generales. 2. Delitos contra el orden público y sedición. 3. El alzamiento público y tumultuario en la sedición. 4. La maleabilidad del delito de sedición en el reciente tratamiento jurisprudencial. 4.1. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 27 de septiembre de 2017: las mixturas con el Código penal de 1973, la confusión con el delito de rebelión y la competencia de la Audiencia Nacional cuando el delito de sedición atente contra la forma de Gobierno. 4.2. El auto de la Sala de lo Penal

de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2017: la corroboración del malabarismo jurídico y la confusión entre los delitos de rebelión, de sedición y la confirmación de la competencia de la Audiencia Nacional. 4.3. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 19 de febrero de 2018: más de lo mismo, la atribución al Comisario Jefe de la Policía Autonómica de un segundo delito de sedición y de un delito de organización criminal del art. 570 bis del Código penal. 4.4. El corolario de lo anterior: el Auto de procesamiento del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 4 de abril de 2018, y la imputación a los procesados, entre otros, de un delito de sedición.

1. Consideraciones Generales

El delito de sedición es uno de los ilícitos al que la doctrina le ha prestado muy poca atención y sobre el que, hasta ahora, apenas existían pronunciamientos de los Tribunales. En todo caso, si hay dos particularidades que caracterizan a este delito es que, en primer lugar, una referencia en común de todos los trabajos que lo han abordado es el que se caracterice como una «rebelión en pequeño». Calificación que ha hecho una cierta fortuna en la doctrina, que se atribuye a Viada y Vilaseca (1926, 298) y que, no comparto¹. Una vez afirmado lo anterior, y desde un punto de vista absolutamente antagónico, me parece oportuno anticipar cuál es mi criterio a ese respecto que, en realidad, no difiere del propuesto en su momento por García Rivas, quien de manera contundente afirma que sólo un desconocimiento jurídico «supino» ha podido emparejar este delito con el de rebelión, pues, mientras que el delito de rebelión supone un ataque a la estructura del Estado, la sedición es una infracción de orden bien distinta (2007, p. 1059)².

La otra característica de los trabajos que se han dedicado al análisis del delito de sedición es que invariablemente hay una Sentencia del Tribunal Supremo que deviene en cita obligada, la de 10 de octubre de 1980. Una resolución que, si bien es ilustrativa ya que realiza un cierto análisis histórico de la trayectoria de este delito hasta incluir pequeñas referencias de derecho comparado o, incluso, particularizar los elementos que componían el comportamiento típico entonces vigente, se dicta bajo la todavía vigencia de un Código penal franquista, por ello, en clave preconstitucional. En todo caso, el momento histórico por el que atraviesa nuestro país, así como la sucesión de distintas y controvertidas resoluciones de los tribunales de justicia ha hecho surgir un inusitado interés por un delito que, probablemente, debería de haber sido derogado por el legislador en una de las tantas reformas llevadas a cabo en tan poco tiempo que, en realidad, lo han convertido en irreconocible si adoptamos como punto de referencia el Código penal de 1995.

En todo caso, es el Código penal de 1995 quien de forma inequívoca establece las diferencias entre ambos delitos, rebelión y sedición, al ubicarlos bajo rúbricas distintas. El delito de rebelión en el Capítulo I del Título XXI, «Delitos contra la Constitución» (arts. 472 y ss.), mientras que el delito de sedición se dispone en el Capítulo I del Título XXII, «Delitos contra el orden público» (arts. 544 y ss.), lo cual, de inicio, supone que con independencia de la descripción típica de ambos comportamientos o de sus finalidades, el objeto de protección es distinto y dispar a

¹ Vid., al respecto Quintano Ripollés, quien hace ya muchos años afirmaba: «Es casi un lugar común, en materia de sedición, recurrir a la frase de Viada y Vilaseca de que no es otra cosa que una rebelión en pequeño» (1966, p. 555).

² Cfr., también sobre esta cuestión, Sandoval Coronado (2018, pp. 39-40).

lo previsto en el Código penal de 1973 donde, como se recordará, se tipificaban en los Capítulos III y IV –respectivamente, arts. 214 y ss., y, 218 y ss.– además de compartir en el Capítulo V unas disposiciones comunes, todo ello bajo la rúbrica del Título II, «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (Rebollo Vargas, 2018).

Es probable que el origen de la, llamémosle así, «confusión» en la subsunción típica de determinados comportamientos se produce como consecuencia de la querrela que en su momento interpuso el Foro de Ermua contra el *Lehendakari* del Gobierno Vasco por el denominado «Plan Ibarretxe», así como contra «aquellos que pudieran aparecer como responsables de los hechos que se relatan a lo largo de la instrucción» por la presunta comisión de un delito de conspiración para la rebelión o, subsidiariamente, por un delito de conspiración para la sedición. Acción penal que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal), mediante su Auto 11/2005, de 1 de marzo, deniega su admisión a trámite y archiva las actuaciones ya que, afirma, reproduciendo la opinión del Fiscal, que: «el Estado de Derecho tiene mecanismos suficientes al margen del Derecho Penal, para, en esta fase que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales constitucionalmente establecidos».

Sea como fuere, continúa el Tribunal, la rebelión es un delito contra la Constitución, que se describe típicamente por la acción de alzarse, violenta y públicamente, para cualquiera de los fines previstos en el art. 472 del Código penal; mientras que la sedición es un delito contra el orden público, que se caracteriza por la existencia de un «alzamiento, en este caso, público y tumultuario», añadiendo que no cabe deducir, ni siquiera indiciariamente, que se haya producido un concierto de voluntades entre el *Lehendakari* y otras personas con el serio y firme designio, ya de alzarse, «violenta y públicamente, para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución y/o declarar la independencia de una parte del territorio nacional, ya de alzarse, pública y tumultuariamente, para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad [...] el legítimo ejercicio de sus funciones...».

Siguiendo el *iter* de los entonces querellantes, las acciones penales en las que se atribuía a los investigados la comisión de, entre otros, la comisión de un delito de rebelión y subsidiariamente de sedición se han sucedido en Cataluña, a pesar de que sucesivamente se inadmitían por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC).

A pesar de lo anterior, de que la ceremonia de confusión en relación a la imputación de estos delitos parecía haber perdido intensidad, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, mediante su Auto de 27 de septiembre de 2017, acuerda incoar Diligencias Previas a instancias del Ministerio Fiscal, por un delito de sedición contra los dirigentes de Òmnium Cultural y la Asamblea Nacional Catalana, como consecuencia de los hechos ocurridos en Barcelona durante los días 20 y 21 de septiembre de 2017, en relación a las concentraciones y manifestaciones llevadas a cabo «para impedir por la fuerza la actuación de las autoridades y sus agentes en el ejercicio de sus funciones en defensa del ordenamiento constitucional». En todo caso, me interesa destacar en este momento una parte del Razonamiento Jurídico

Tercero, donde, para arrogarse la competencia³, el Juzgado afirma que le corresponde:

No porque los delitos de sedición con carácter general sean competencia de la Audiencia Nacional, sino porque el delito de sedición que trata de investigar el Ministerio Fiscal en este caso puede atentar también contra la forma de gobierno «al tratar de cambiar ilegalmente la organización territorial del Estado y declarar la independencia de una parte del territorio nacional», lo que determina la competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴.

Resolución que, como no podía ser de otra manera, se inicia con la inevitable cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1980, para asegurar, seguidamente, que el bien jurídico protegido en este delito es el orden público, además de tutelarse el principio de autoridad, lo cual parece contradictorio con la afirmación del Auto que acabamos de reproducir y que viene a superponer, una vez más, los delitos de rebelión y sedición⁵, a pesar de que sus ámbitos de protección, su ubicación en el Código penal, las finalidades que persiguen ambos ilícitos o los elementos que configuran la descripción típica de cada comportamiento ilícito sea la que es⁶.

2. Delitos contra el orden público y sedición

Una cuestión sobre la que es imprescindible detenerme es el concepto de orden público, asumido por una buena parte de la doctrina y que, con más o menos matices, caracterizan como «tranquilidad pública», lo vinculan con la «paz pública», «tranquilidad material», «convivencia colectiva» o «manifestaciones colectivas de la vida cotidiana»; nótese como, sin ir más lejos, en el actual art. 557 CP, delito de desórdenes públicos, uno de los elementos nucleares que describe el comportamiento típico previsto en el tipo es el de alteración de la «paz pública», ampliándose de esa forma la conducta incriminada en el precepto anterior a la reforma ya que en él se exigía la presencia de un elemento subjetivo del injusto «con el fin de alterar la paz pública» que, ahora, no se requiere.

En relación con lo anterior, creo que no es aventurado afirmar que se trata de fórmulas ambiguas e indeterminadas que, considero, no contribuyen a perfilar un concepto de orden público en clave constitucional, en particular porque se trata de una noción que adquiere una nueva dimensión con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, centrándose ahora, básicamente, en el respeto inexcusable a los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos (STC 43/1986, de 15 de abril).

Es verdad que el Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha usado esas fórmulas que me suscitan importantes dudas por su ambigüedad o incluso ha

³ Resolución que, con similares argumentos a los formulados por el Magistrado Instructor, fue confirmada en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto 467/2017, de 6 de noviembre. Vid. no obstante, el Voto Particular del Magistrado De Prada Solaesa.

⁴ Al respecto, Dopico Gómez-Aller (2017, *passim*).

⁵ En este sentido, Fernández Rodería (1996, p. 1531), donde afirma que: «Se ha llegado a definir la sedición como una rebelión en pequeño o una “rebelión de segundo grado”». Fórmula que vuelve a emplear el mismo autor en 2015, p. 403.

⁶ Vid., Manzanares Samaniego (2016): «El núcleo de la acción en el delito de rebelión es el alzamiento violento y público mientras que la sedición consiste en un alzamiento público y tumultuario, de forma que, según se adelantó, no sólo difieren los objetos perseguidos sino las propias conductas típicas»

utilizado conceptos afines que ha empleado indistintamente como sinónimos o, desde luego, como semejantes. Una muestra de ello, entre otras muchas, es la STC 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 3, «Es cierto –hemos dicho ya– que el concepto de "paz pública" o de orden público puede comprender, en un sentido amplio, el de "tranquilidad pública" y que el principio de reserva de Ley no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como el que nos ocupa en la tipificación de infracciones». Ahora bien, nótese que en este caso, como en otros muchos (SSTC 24/2015, de 16 de febrero, FJ 4; STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 4; 163/2006, de 22 de mayo, FJ 3), la «paz pública se articula como límite al ejercicio de los derechos fundamentales».

Sin embargo, creo que se debe de invertir el objeto e interpretar el concepto de orden público en sentido positivo, además de que no puede considerarse como un límite implícito de los derechos fundamentales, sino que ese límite ha de venir expresamente previsto en el texto constitucional. Esto es, no me parece admisible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales atendiendo a un concepto tan polémico como el de «orden público constitucional», interpretándolo como un conjunto de valores implícitos en nuestro texto constitucional (Carro Fernández-Valmayor, 1990, p. 11)⁷. Es más, como el propio Tribunal Constitucional ha dicho en repetidas ocasiones:

La primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, «un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» (entre otras, STC 31/2009, FJ 13).

Como es bien sabido, en el texto constitucional el orden público actúa como límite al ejercicio de los derechos únicamente en dos ocasiones. El primero de ellos es el art. 16.1, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, donde la única limitación que se le impone es «la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Asimismo, el art. 21.2, establece como límite al derecho de reunión, que solo podrá prohibirse «cuando existan razones fundadas en la alteración del orden público, con peligro para personas y bienes». Por lo tanto, como sostiene Carro Fernández-Valmayor, no puede adjudicarse al concepto de «orden público» un carácter metajurídico sino que, continúa, existe en el propio texto constitucional un orden público definido y delimitado por las leyes (1990, p. 13). Así es, la expresión utilizada en el art. 21.2 CE «alteración del orden público, con peligro para personas o bienes», es un mecanismo de carácter preventivo con motivo de la celebración de reuniones o manifestaciones que debe vincularse a razones de peligro objetivo para personas o bienes y no, desde luego, en criterios subjetivos o puramente valorativos, esto es, el contenido del orden público se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás.

Criterio que parece asumir el Tribunal Constitucional en el FJ 4 de su Sentencia 193/2011, de 12 de diciembre, donde refiere que la prohibición o la restricción del derecho de manifestación requiere una alteración del «orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes o suponga un

⁷ Asimismo, ampliamente, vid. De Bartolomé Cenzano (2002, pp. 439-ss).

sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles. Esto es así porque, como también hemos reiterado, «en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación» (entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 9; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2). A lo que puntualiza el propio Tribunal un poco más adelante que la alteración del orden público, «entendido como desorden material», puede justificar la imposición de límites al ejercicio del derecho (Sandoval Coronado, pp. 40-41).

En definitiva, lo que no me parece asumible es la delimitación del concepto de orden público partiendo de criterios como los referidos con anterioridad, esto es, los de «mantenimiento de la tranquilidad ciudadana», «tranquilidad pública», «paz pública», «tranquilidad material», «convivencia colectiva» o «manifestaciones colectivas de la vida cotidiana».

En este sentido, de acuerdo con Álvarez García, se ha de superar un concepto de orden público que lo identifica como «tranquilidad en la calle (2014, p. 29)⁸». En efecto, el citado autor propone un concepto de orden público en sentido positivo, esto es, descarta un concepto material de orden público y propone sustituirlo por otro que se refiera a la «participación plena de los ciudadanos en la vida pública». El ejercicio público de derechos constitucionales, como los de reunión o manifestación no pueden entenderse, a priori, como una situación en la que el orden público resulte comprometido, sino como su plena realización, formando parte de su propio contenido.

Así, no puede obviarse la STC 19/1985, de 13 de febrero, donde en su FJ 1 se afirma que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un concepto esencial del orden público», por ello, continúa Álvarez García, las protestas, reuniones, manifestaciones públicas han de ser entendidas no como presupuestos de la alteración del orden público, sino como expresión de participación ciudadana en la reafirmación o confirmación del «orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado» (2014, p. 30). Es más, continúa, los tipos penales no han de configurarse partiendo del presupuesto de que son los derechos de reunión o de manifestación los que deben ceder ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos, sino que han de adecuarse esos derechos pretendidamente afectados a una situación de conflicto. Por ello, el ejercicio del derecho de reunión o de manifestación sólo puede condicionarse cuando existan fundadas razones de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes; en todo caso, el concepto de orden público ha de construirse integrado con el ejercicio de derechos constitucionales. En suma, un concepto de orden público que atienda a conceptos tan flexibles, subjetivos y ambiguos como «tranquilidad en la calle» no puede actuar de otra manera que no sea la de un mecanismo cercenador del ejercicio de derechos y libertades (Álvarez García, 2014, p. 30).

3. El alzamiento público y tumultuario en la sedición

El delito de rebelión se caracteriza por un alzamiento violento y público con el que se pretende alcanzar determinados fines; por su parte, el alzamiento público y

⁸ Autor, que citando a Martín Retortillo enfatiza en la necesidad de superar la “trivialización” del concepto de orden público. Vid., Martín Retortillo (1983, pp. 298), quien afirma que el orden público es una “expresión odiosa que hubiera sido muy conveniente haber superado”. Asimismo, particularmente crítico con la denominación de la rúbrica del T. XXII, Polaino Navarrete (1996, pp. 827-828).

tumultuario característico de la sedición tiene un objeto distinto. Es decir, el «alzamiento» es intrínseco a ambas modalidades típicas, a pesar de que el bien jurídico protegido en ambos delitos es distinto. En uno es el sistema constitucional y en otro el orden público. Creo, por lo tanto, que no sólo se trata de delitos cuantitativamente distintos, sino cualitativamente diferentes. La distinción de carácter cuantitativo en razón de los distintos fines perseguidos (no de la intensidad de la violencia ejercida) fue puesta de relieve por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de julio de 1991 (Sandoval Coronado, 2018, p. 42, nota a pie núm. 20).

En la resolución acabada de referir, se caracterizaba a la rebelión como un comportamiento dirigido a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones de legislar y gobernar, mientras que la sedición, afirmaba, tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar. Lo cierto es que si el comportamiento nuclear de ambos ilícitos es el mismo, pero tutelan bienes jurídicos diferentes y tienen fines distintos, obviamente, la conducta punible no es la misma.

Si atendemos a un análisis gramatical del término «alzamiento» parece que el Tribunal Supremo lo interpreta de forma similar. Así, en la ya tantas veces citada STS 10 de octubre de 1980, caracteriza al alzamiento como un «levantamiento, sublevación o insurrección...», particularidades que son absolutamente idénticas al alzamiento rebelde (Sandoval Coronado, 2013, p. 304). No obstante, el criterio adoptado por la mayoría de la doctrina para deslindar el alzamiento rebelde del sedicioso es el carácter que reviste, esto es, en la rebelión el alzamiento es violento y público, mientras que en la sedición el alzamiento es público y tumultuario. Nota común de ambas modalidades típicas es que el alzamiento es público, aunque en la sedición reviste también el carácter de tumultuario. A lo anterior cabe añadir que la conducta típica en el delito de sedición se caracteriza por tratar de impedir «por la fuerza o fuera de las vías legales...». Esto es de modo violento —«violencia, bien absoluta, bien compulsiva y tanto recayente sobre las personas como sobre las cosas» o «de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la Ley arbitre o prescriba». En palabras de la STS 10 de octubre de 1980, las particularidades que revisten el uso de la fuerza o el impedir «fuera de las vías legales» es la de impedir o dificultar la aplicación de las funciones de administrar y juzgar. En virtud de lo anterior, es inevitable concluir que, el legislador equipara el comportamiento violento con el que se lleva a cabo fuera de las vías legales, es decir, del tenor literal del precepto se desprende que el legislador atribuye el mismo desvalor a dos comportamientos que vienen presididos por formas distintas de llevar a cabo el comportamiento típico, esto es, una sedición pacífica (fuera de las vías legales) con una sedición violenta (por la fuerza) (Terradillos Basoco, 2002, p. 1146).

A este respecto, al margen de que el precepto diferencie entre el uso de la «fuerza» o «fuera de las vías legales» (Sánchez Tomás, 1999, p. 122), un sector de la doctrina considera que el alzamiento en la sedición es siempre violento (García Albero, 2008, pp. 1039-1040), por lo que carecería de relevancia penal la pacífica oposición colectiva a la ejecución de leyes o al ejercicio de las leyes, incluso cuando estuviera fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación que la ley arbitre (Baucells Lladós, 2004, p. 2511). El elemento determinante de tal propuesta es la formulada en su día por Quintano Ripollés (1966, p. 556), para quien el adverbio tumultuariamente debía interpretarse en el sentido de «abierta hostilidad», de manera que solo resulte constitutivo del delito de sedición el alzamiento público llevado a cabo con violencia o, al menos, con intimidación, es decir con la amenaza de llevar a cabo actos de violencia. Por lo tanto, para la «abierta hostilidad» particularidad del levantamiento tumultuario, será irrelevante el

carácter «gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado» (STS 10 octubre 1980).

En suma, Quintano Ripollés considera que el adverbio «tumultuariamente» incluye tanto la violencia en sentido estricto como la intimidación; por ello, el alzamiento por la fuerza sería aquel en el que se emplea violencia física, mientras que el alzamiento fuera de las vías legales sería aquel que se realiza mediante intimidación, sin que ello signifique que el alzamiento sólo puede realizarse cuando esté desprovisto de un plan de ejecución (1966, p. 556). Es más, el alzamiento propio de la sedición no significa que este carezca de organización. Así, en la influyente Sentencia de 10 de octubre de 1980 la propia Sala considera que nada impediría «que de ser organizado y ordenado también se aplicara el precepto analizado». Criterio que mantiene igualmente en la Sentencia de 11 de marzo de 1994, donde manifiesta «si no existió entre los acusados una organización ni concierto previo relativo a las acciones a desarrollar en el Pleno Municipal...entonces los hechos juzgados no podrían entenderse como una sedición, que requiere una organización, planificación y designio de producir el alzamiento público contra la autoridad...». Una vez dicho lo anterior, creo que es oportuno puntualizar dos cuestiones, la primera de ellas es que la ausencia de «violencia» en la descripción típica del delito de sedición no significa que esta queda extramuros del ilícito sino todo lo contrario, ya que difícilmente pueden conseguirse los fines sediciosos sin recurrir a los medios violentos y, en segundo lugar, el hecho de que el carácter del alzamiento «tumultuario» solo se recoja en el comportamiento típico sedicioso, no puede interpretarse como que la sedición carezca de planificación o de organización (Sandoval Coronado, 2013, p. 306)⁹.

En definitiva, en los fines buscados, bien por los rebeldes bien por los sediciosos estaría la diferencia entre ambos alzamientos (Sandoval Coronado, 2018, p. 41).

4. La maleabilidad del delito de sedición en el reciente tratamiento jurisprudencial

Uno de los principios básicos del Derecho es que no se le puede obligar a decir lo que, en realidad, no dice ya que ello supondría, entre otras cosas, una vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, a mi parecer, tanto el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, como el Instructor del Tribunal Supremo en la Causa Especial núm. 20907/2017, en determinadas resoluciones judiciales relacionadas con lo que ha venido a denominarse el «*procés*», no han sido demasiado afortunados hasta el punto de atribuir a los delitos de rebelión y de sedición una «elasticidad» que contraviene cualquier lógica jurídica. En este sentido, no puede perderse de vista que cuando el Partido del actual Gobierno se encontraba en la oposición llegó a anunciar una proposición de ley para reformar el Código penal y con ello adecuar el delito de rebelión a lo que denominaba «el desafío independentista». La razón no es otra que la interpretación realizada por los Tribunales genera indiscutibles dudas acerca de su adecuación al principio de legalidad, todo ello al margen de la interpretación «macro extensiva» que le dispensan al concepto de violencia.

Atendiendo al objeto de estas páginas, no puedo realizar un análisis detallado de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional en este

⁹ Igualmente, López Garrido/ García Arán (1996, p. 202).

asunto, sino que me detendré en algunas de las, a mi parecer, más significativas en relación con el delito de sedición.

4.1. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 27 de septiembre de 2017: las mixturas con el Código penal de 1973, la confusión con el delito de rebelión y la competencia de la Audiencia Nacional cuando el delito de sedición atente contra la forma de Gobierno

El Auto, en el que se acuerda incoar Diligencias Previas además de aceptar la competencia para el conocimiento de las actuaciones y la práctica de diligencias, se dicta como consecuencia de la denuncia que interpone el Ministerio Fiscal por la comisión de un pretendido delito de sedición como consecuencia de los hechos ocurridos en Barcelona los días 20 y 21 de septiembre de 2017 que, en síntesis, consistieron en que «una muchedumbre de personas se concentró ante los edificios registrados (Consejería de Economía, Consejería de Exteriores, Consejería de Gobernación, además de en la sede del PSC) con la finalidad de impedir por la fuerza a los agentes de la autoridad el legítimo ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de las resoluciones judiciales...», además, continúa la resolución, de que se pincharon ruedas y se destrozaron diversos coches patrullas de la Guardia Civil y se impidió a los agentes y a los miembros de la comisión judicial abandonar los edificios tras los registros practicados. Hechos que en el Razonamiento Jurídico Segundo se valora que pudieran ser constitutivos de un delito de sedición, previsto y penado en el art. 544 CP.

Seguidamente, el Auto cita la imperecedera Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980 para concluir que el elemento subjetivo del delito de sedición «comprende la intención de conseguir uno de los fines ilícitos contemplados en el precepto, como es impedir la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

Consideraciones que, al margen de referir como precedente jurisprudencial una Sentencia donde la descripción típica y las finalidades del delito de sedición eran distintas al texto actualmente vigente, pueden suscribirse para el actual art. 544 CP. Sin embargo, en el razonamiento siguiente afirma que el conocimiento del delito de sedición, cuando atenta contra la forma de Gobierno, es competencia de la Audiencia Nacional. Consideración que pretende sustentar con un malabarismo jurídico absolutamente insólito, como es el hecho de traer a colación el Título II del Libro II del CP de 1973: «Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la nación y forma de Gobierno», para añadir que cabe entender que son delitos contra la forma de Gobierno los «actos encaminados o dirigidos a romper la organización territorial del Estado». Sin embargo, no es eso todo ya que concluye que «la descripción típica del delito de sedición en el Código penal vigente encajará en las conductas materiales descritas en el delito contra la forma de Gobierno si los actos se ejecutan con el propósito de cambiar ilegalmente la organización del Estado». Llegados a este punto, he de admitir mi perplejidad ya que la redacción actual del art. 544 nada refiere al «propósito de cambiar legalmente la organización del Estado» y, por lo tanto, a mi parecer, la imposibilidad material de calificar esos actos como un delito de sedición ya que este no contempla la hipótesis de declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

Por otro lado, sobre la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de estos delitos ya hemos referido que Dopico Gómez-Aller (2017), aborda con

sólidos argumentos la discutible arrogación de competencias para la instrucción y enjuiciamiento de los mismos, por lo que no voy a abundar en ello. No obstante, una lectura detenida del Auto permite poner de manifiesto dos circunstancias que no pueden pasar desapercibidas. La primera de ellas se encuentra en el Razonamiento Jurídico Tercero, donde la Magistrada trae a colación el Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, quien consideró «que el conocimiento del delito de rebelión no era competencia de la Audiencia Nacional». Obsérvese como la Instructora se refiere al delito de rebelión no al delito de sedición, más allá de que pueda ser competente o no para conocer de ellos, a mi parecer evidencia su confusión en cuanto al comportamiento típico subsumible en ambos ilícitos y con ello calificar como sedición (no se olvide que la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal se circunscribía al delito de sedición, no al delito de rebelión) hechos que no se compadecen con el tenor del precepto.

En segundo lugar, una muestra de la creatividad interpretativa del Auto es la siguiente afirmación: «Es claro que el legislador de 1985 quiso que el conocimiento de aquellos delitos que atentaren contra la forma de gobierno fuera competencia de la Audiencia Nacional, estableciendo con ello un marco competencial que no puede entenderse derogado por el hecho de haber sido modificada la nomenclatura contenida en el nuevo Código Penal». Otra cosa es, continúa, que el delito de sedición, actualmente ubicado entre los delitos contra el orden público, no tenga por objeto atentar contra la forma de Gobierno, o que se pretenda aplicar el art. 164 del derogado CP de 1973 o que, en fin, se interprete la voluntad del Legislador en el momento de aprobar la Ley Orgánica del Poder Judicial y se pretenda que los hechos objeto de las actuaciones son competencia de la Audiencia Nacional porque el art. 65 de la citada Ley Orgánica la contempla para enjuiciar los delitos contra la forma de Gobierno, a pesar de que, como se afirma en la resolución, la Ley se haya reformado hasta en ocho ocasiones y «ninguna de ellas ha modificado su contenido para hacerlo coincidir con la rúbrica de ningún título o capítulo de dicho texto legal».

Efectivamente, el Legislador no ha modificado en ese apartado el marco competencial de la Audiencia Nacional, pero de lo que no cabe ninguna duda es que esa deficiencia es reprochable en exclusiva a él mismo y que no es factible moldear su contenido para arrogarle una competencia a la Audiencia Nacional de la que carece; sin olvidar que el delito de sedición no tiene como objeto la alteración ilegal de la organización territorial del Estado ni declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

4.2. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2017: la corroboración del malabarismo jurídico y la confusión entre los delitos de rebelión, de sedición y la confirmación de la competencia de la Audiencia Nacional

El Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2017 resuelve el recurso de apelación formulado contra el de 27 de septiembre de 2017, confirmado en reforma por Auto de fecha 11 de octubre de 2017 donde, en resumida síntesis, se interesaba la inhibición del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y que este declinara su competencia a favor de los Juzgados de Instrucción de Barcelona.

Como se desprende de la rúbrica que encabeza el presente epígrafe, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirma su competencia para instruir los hechos investigados, además de reafirmar la existencia de indicios de un delito de sedición. En efecto, la Sala afirma expresamente que comparte los «acertados razonamientos» de la Instructora, que justifican las competencias de la Audiencia

Nacional, hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de sedición «entendido como delito contra la forma de Gobierno» y, todo ello, me permito añadir, a pesar de que la citada rúbrica haya desaparecido del Código penal, que esos ilícitos abran los «Delitos contra el orden público» o que los derogados delitos contra la forma de Gobierno no compartan estructuralmente nada con la actual configuración típica del art. 544 CP.

En la misma línea de consideraciones, permítaseme insistir, el Tribunal se hace eco y asume como propia la ceremonia de confusión en la que incurre el Juzgado Central de Instrucción núm. 3. Así, vuelve a vincular a la sedición con sustituir al Gobierno de la Nación, con declarar la independencia y con despojar a la Corona de sus prerrogativas o facultades en Cataluña, enfatizando que ya no se trata únicamente de que los delitos de sedición sean competencia de la Audiencia Nacional (a pesar de que la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial no lo contempla), «sino porque el delito de sedición que en el caso concreto se trata de investigar puede atentar también contra la forma de Gobierno». Otra cosa es que la dicción literal de los arts. 544 y ss. CP vigente, ilícitos que se imputan a los investigados en esta causa, no prevean ni los comportamientos típicos que se les atribuyen, ni contemplen la finalidad que el Instructor y la Sala les arrogan.

No obstante, el Voto Particular a esa resolución formulado por el Magistrado De Prada Solaesa, es a mí parecer particularmente clarificador sobre las dos cuestiones polémicas que en ese momento procesal se dirimían: la competencia de la Audiencia Nacional y la calificación de los hechos como un delito de sedición. En primer lugar, aunque no nos detendremos en ello, cuestiona la competencia de la Audiencia Nacional ya que, afirma categóricamente, el sometimiento de la predeterminación de la competencia de los Tribunales al principio de legalidad estricta, admitiendo que, es cierto, existe un margen para la interpretación de la legalidad, «pero no para la sustitución de esta», y menos, como es el caso, estableciendo por vía jurisprudencial atribuciones competenciales que no existen para casos concretos y menos la creación de tribunales «*ad hoc*», concluyendo que no caben las interpretaciones extensivas de la competencia «por razones de oportunidad si no tienen suficiente amparo legal». Sin olvidar que el delito de sedición, cualquiera que fuera la intención última de los sujetos no ha sido competencia de la Audiencia Nacional, en ninguno de nuestros Códigos penales, ni ha sido considerado como un delito contra la forma de Gobierno. Entendiendo que el concepto de delitos contra la forma de Gobierno no puede «ser estirado a conveniencia» para encajar en ellos a cualquier delito contra la Constitución o «asimilados», sino únicamente a la forma en cómo la Constitución define el art. 1.3 la forma política de Estado, como «monarquía parlamentaria».

Por otro lado, por lo que respecta al delito de sedición y en la línea de lo aquí defendido, el Voto Particular afirma que el Instructor parece que esté creando una categoría jurídica inexistente ya que el delito de sedición, tal y como lo contempla el art. 544 CP, prevé en su descripción típica «únicamente» la finalidad de impedir la aplicación de la Leyes o el ejercicio de funciones a sujetos públicos, cumplimiento de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, careciendo de ningún elemento teleológico ulterior como sí acontece con otras tipologías delictivas. Es verdad, continúa, que los sujetos activos de un delito de sedición tendrán una finalidad última para realizar los actos que llevan a cabo, pero esta será irrelevante para el Derecho penal a no ser que esa finalidad sea en sí misma delictiva, pero ya no será un delito de sedición sino otro distinto. Es más, puntualiza, si los tipos penales que pudiera tener en mente el Instructor son los delitos de rebelión, debería tener en cuenta las características y exigencias típicas de este delito y, con ello, una clara exigencia del elemento de violencia.

4.3. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 19 de febrero de 2018: más de lo mismo, la atribución al Comisario Jefe de la Policía Autonómica de un segundo delito de sedición y de un delito de organización criminal del art. 570 bis del Código penal

Mediante Auto de 19 de febrero de 2018 se atribuye al Comisario Jefe de la Policía Autonómica la condición de investigado por la comisión de un segundo delito de sedición como consecuencia de la celebración del referéndum del 1 de octubre y otro de un delito de organización criminal, con la particularidad de que le ya había sido atribuida esa misma condición por otro presunto delito de sedición en virtud de los hechos acaecidos los días 20 y 21 de septiembre de 2017.

En el Auto se afirma que se han recabado nuevos indicios que ponen de manifiesto «la existencia de una compleja y heterogénea organización unida por el propósito de lograr la secesión de la Comunidad Autónoma de Cataluña y su proclamación como República independiente alterando de esta forma la organización política del estado y con ello la forma de Gobierno, con clara contravención del orden constitucional y estatutario». En la resolución se describe la estrategia urdida por los distintos sujetos partícipes de un plan común para obtener la independencia y se le atribuye a la Policía Autonómica una actitud no sólo pasiva sino, se dice, que se mantuvo al margen de las actuaciones desarrolladas por la Guardia Civil, evitando intervenir incluso cuando alguno de sus miembros era agredido, además de obstaculizar la actuación de aquellas otras policías, llegando incluso a increpar y enfrentarse a alguno de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que en el ejercicio de sus funciones se encontraban en el lugar.

En todo caso, en lo que respecta a la finalidad del Comisario Jefe en los hechos se dice que era la de «facilitar la celebración del referéndum y con ello la proclamación de una república catalana, independiente de España, siendo consciente de que desarrollaba una actuación al margen de las vías legales, desatendiendo el mandato recibido desde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en contra de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional».

A mi juicio, está fuera de cualquier duda que la convocatoria y la celebración del referéndum del día 1 de octubre eran ilegales, que se desatendieron los mandatos del Tribunal Superior de Justicia ya que este ordenó a la Policía Autonómica que se impidiera el uso de locales o edificios públicos para la celebración del referéndum, que la actuación de la Policía Autonómica ese día fue de total inactividad, es indiscutible que se desatendieron las resoluciones del Tribunal Constitucional que, en suma, el proceder de la Policía Autonómica fue reprobable. Ahora bien, ¿constituye la actuación del Comisario Jefe un delito de sedición? Un delito de sedición que, entiendo, debería ser atribuido en comisión por omisión (nótese que la sedición es un delito de simple actividad mientras que los delitos en comisión por omisión son delitos de resultado), pero, al margen de la modalidad del comportamiento atribuible al Comisario Jefe, cabe preguntarse si concurren en ese caso los elementos típicos constitutivos del delito que se le arroga. Esto es, más allá de la desobediencia, creo que es sumamente controvertida la afirmación de que la finalidad del responsable operativo de la Policía Autonómica era la proclamación de la república catalana independiente de España, y que ello es constitutivo de un delito de sedición cuando ese propósito no se explicita en la descripción típica del delito del art. 544 CP. Sin embargo, más paradójico resulta

que los hechos llevados a cabo con ese mismo propósito, por otros actores que se encuentran procesadas en la Causa Especial seguida en el Tribunal Supremo, se hayan instruido como un delito de rebelión.

A la vista de lo anterior, creo que no es difícil concluir que las resoluciones dictadas por la Instructora de la Audiencia Nacional suscitan algo más que dudas en relación a la concurrencia de los requisitos típicos de ese delito.

4.4. El corolario de lo anterior: el Auto de procesamiento del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 4 de abril de 2018, y la imputación a los procesados, entre otros, de un delito de sedición.

En el referido Auto se acuerda el procesamiento del Comisario Jefe de la Policía Autonómica por dos delitos de sedición y uno de organización criminal, a otro de los investigados por un delito de sedición y a otros dos por un delito de sedición y uno de organización criminal. En el Antecedente de Hecho Cuarto se describe con detalle lo que se denomina la existencia de una compleja y heterogénea organización presidida por la finalidad de lograr la secesión de Cataluña del resto del Estado y su proclamación como República, la alteración de la organización política del Estado y de la forma de Gobierno, «con clara contravención del orden constitucional y estatutario».

Ahora bien, por lo que aquí interesa, es en el Razonamiento Jurídico Cuarto donde se califican los hechos atribuidos como un delito de sedición. En efecto, el inicio del Razonamiento se refiere a la ubicación sistemática del ilícito entre los delitos contra el orden público, reproduciendo literalmente el texto del art. 544 CP. Como no podía ser de otra manera se vuelve a citar la omnipresente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980, se incide en que el alzamiento tumultuario característico de la sedición va dirigido a impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o cualquiera de las personas que en el mismo se relacionen el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. Concreta que el bien jurídico protegido es el orden público, entendido como «la paz y tranquilidad en las manifestaciones de la convivencia ciudadana». Igualmente se refiere al principio de autoridad como objeto de protección para acabar añadiendo que, en el supuesto de autos, «los delitos cometidos, además de atentar contra los bienes jurídicos que le son propios, suponen al mismo tiempo una ofensa contra la forma de gobierno».

A partir de aquí, la Instructora vuelve a abundar en la confusión entre los delitos de rebelión y sedición que ya había perfilado en resoluciones anteriores, como es el hecho de atribuir a los procesados unas finalidades que subsume en el delito de sedición que, en todo caso, no se enmarcan en la descripción típica del precepto. Aun así, constata la presencia de un dolo específico de los procesados de romper «la organización territorial del Estado», de modo que los actos realizados iban encaminados a violar la legalidad constitucional y a alterar la organización territorial del Estado, «por lo que en este caso deben ser también considerados como delitos contra la forma de Gobierno».

Hemos visto que la ubicación sistemática de los delitos de rebelión y sedición es distinta, que los objetos de protección de ambos ilícitos difieren o de que su comportamiento típico no es coincidente, lo cual no impide que vuelva a referirse a la sedición como «rebelión de segundo grado», descarta expresamente la presencia de la violencia en el comportamiento de los procesados, pero vuelve a abundar en la finalidad que, desde «la perspectiva de la antijuridicidad» resulta mucho más grave, «y en consecuencia un mayor desvalor del injusto, en cuanto la última finalidad de la

misma, además de la propia de este tipo penal, es la prevista para los delitos de rebelión».

Llegados a este punto no puedo menos que volver a evidenciar un elemento que subyace en esta resolución que, asimismo, impregna las actuaciones desde el Auto de incoación de Diligencias Previas de 27 de septiembre de 2017, y es la confusión en la que incurre la Instructora al yuxtaponer los delitos de rebelión y sedición, ya que califica como sedición una modalidad del comportamiento típico que es exclusivamente propia del delito de rebelión, con la particularidad de que, más allá de que la denuncia de la Fiscalía General del Estado que da lugar a las actuaciones considere los hechos como sediciosos, la Instructora considera que en los hechos está ausente el elemento clave de la descripción típica del delito de rebelión, la violencia: «La concurrencia de esta doble finalidad, sin emplear violencia como sucede en el presente caso...».

Más adelante vuelve a referirse a la inagotable STS de 10 de octubre de 1980 donde, afirma, se relacionan los elementos que integran el delito de sedición, a pesar de que, como he insistido, en esa resolución se diriman unos hechos bajo la vigencia del preconstitucional CP de 1973, atribuyendo a la tan manida Sentencia unas afirmaciones que en ella no se recogen, como lo es: «Teniendo en cuenta que la soberanía nacional reside en el pueblo español, y en su representación en las Cortes españolas, no cabe mayor ataque al orden constitucional que pretender separar una parte del territorio nacional quebrantando de forma flagrante las normas constitucionales y sustrayendo al poder legislativo nacional su más genuina función».

Finalmente, no puedo concluir sin referir otra de las afirmaciones recogidas en el Auto de procesamiento que, a mi entender, ocasiona problemas de imputabilidad objetiva y subjetiva de hechos y situaciones a los sujetos procesados como es, refiriéndose a los hechos del 20 y 21 de septiembre: «se utilizó aquella masa de personas, aprovechando la innegable fuerza intimidatoria que produce la presencia física de un grupo compacto de multitud de personas dispuestas a oponer resistencia a los Agentes Policiales, incurriendo, en definitiva, en una conducta claramente subsumible en el delito de sedición previsto en el Código penal».

Lo dicho hasta ahora con el análisis sucinto de esas cuatro resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional es evidenciar la confusión, cuando no superposición, entre los delitos de rebelión y sedición, flexibilizando los elementos típicos de éste último y atribuyéndole unas finalidades que no se encuentran previstas en el tipo.

Bibliografía

- Álvarez García, F.J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, pp. 16-71.
- Bages Santacana, J. (2018). El objeto de protección en el delito de rebelión del art. 472 Cp desde la óptica del Modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 38, pp. 511-588.
- Baucells Lladós, J. (2004). Sedición. En J. Córdoba Roda/ M. García Arán (Dir.) *Comentarios al Código penal*, T. II, (pp. 2509-ss.), Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.

- Carro Fernández-Valmayor, J.L. (1990). Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica. *Revista Vasca de Administración Pública*, 27, pp. 9-26.
- De Bartolomé Cenzano, J.C. (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2017). ¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de [algunos de] los delitos de sedición? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, pp. 1-21.
- Fernández Roderia, F. (1996). Los delitos de rebelión y sedición. *Diario la Ley*, D-128, diario de 12 de abril.
- Fernández Roderia, F. (2015). Sedición, en M. Gómez Tomillo/ A. M. Javato Martín (Dir.). *Comentarios prácticos al Código penal*, T. VI, pp. 403-ss. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Alberio, R. (2008). Sedición, en G. Quintero Olivares (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, T. III, 5ª ed., pp. 1037-1041, Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Rivas, N. (2007). Sedición, en A.I. Nieto Martín/ A. Pérez Cepeda (Coord.). *Comentarios al Código penal*, pp. 1059-1060, Madrid, España: Iustel.
- López Garrido, D., García Arán, M. (1996). *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, España: Dykinson.
- Manzanares Samaniego, J.L. (2017). El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña. *La Ley*, núm. 9061, 16 de octubre.
- Martín Retorillo, L. (1983). El orden público como límite al derecho de libertad religiosa, en M. Ramírez Jiménez (coord.). *Bajo el signo de la Constitución*, pp. 111-144, Madrid, España: Libros Pórtico.
- Polaino Navarrete, M. (1996). *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, T. II, Madrid, España: Bosch.
- Quintano Ripollés, A. (1966). *Comentarios al Código penal*, 2ª ed. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rebollo Vargas, R. (2018). Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 19, pp. 139-177.
- Sánchez Tomas, J.M. (1999). *La violencia en el Derecho penal*, Barcelona, España: Bosch.
- Sandoval Coronado, J.C. (2013). *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Sandoval Coronado, J.C. (2018). La política de orden público y el delito de sedición. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, pp. 38-43.
- Terradillos Basoco, J. (2002). Voz "Sedición", en D. M. Luzón Peña (Dir.) *Enciclopedia penal básica*, Granada, España: Comares.
- Viada y Vilaseca, S. (1926). *Código penal reformado de 1870*, T. III, 5ª ed., Madrid, España: Suárez.

Innovación pública abierta

Open innovation in the public sector

Julián Villodre

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-0468-8802

julian.villodrede@uam.es

Cita recomendada:

Villodre, J. (2019). Innovación pública abierta. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 314-327.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5036>

Recibido / received: 03/06/2019

Aceptado / accepted: 28/07/2019

Resumen

La innovación pública abierta es un concepto amplio, que habitualmente hace referencia al aprovechamiento de conocimiento interno y externo con el objetivo de transformar las organizaciones y generar valor público. Esta voz se centra en estudiar el concepto de innovación pública abierta explorando los orígenes y evolución del mismo, así como su relación con el paradigma de la gobernanza pública inteligente. Adicionalmente, la voz presenta las comunidades digitales de innovación y los laboratorios de innovación pública como aplicaciones prácticas del concepto.

Palabras clave

Innovación pública, laboratorios de innovación, innovación abierta, comunidades digitales de innovación, gobierno abierto, gobernanza pública inteligente.

Abstract

Open innovation in the public sector is a broad concept which usually refers to the use of internal and external knowledge with the aim of transforming organizations and generating public value. This paper focuses on studying the application of the open innovation concept to the public sector. For this purpose, the paper explores the origins and evolution of the concept, and its relationship with the Smart Governance paradigm. In addition, this paper presents digital innovation communities and living labs as practical applications of the concept.

Keywords

Public innovation, living labs, open innovation, digital innovation communities, open government, smart governance.

SUMARIO. 1. Introducción: la innovación pública abierta como concepto en el sector público. - 2. Origen y desarrollo de la innovación pública abierta. La innovación abierta y la gobernanza pública inteligente. - 3. Poniendo en marcha la innovación: las comunidades digitales de innovación y los laboratorios de innovación pública - 4. Conclusiones.

1. Introducción: la innovación pública abierta como concepto en el sector público

Las sociedades experimentan, cada vez más, una creciente complejidad de los problemas públicos. Los desafíos de las nuevas tecnologías (Bertot, Jaeger y Grimes, 2012), el progresivo abandono de la consideración del ciudadano como mero usuario de servicios (Hilgers y Ihl, 2010; Pollitt y Bouckaert, 2004) o la presión de agentes externos capaces de mantener el pulso ante unos Estado-nación cada vez más debilitados (Castells, 2009), entre otros, urgen al sector público a introducir reformas de calado en sus procesos, en las formas de gestionar los recursos y en el enfoque hacia la solución de los problemas. La innovación cerrada (Chesbrough, 2003) comienza a dar poco a poco paso a soluciones más abiertas capaces de enfrentarse a entornos complejos, a la aparición de redes ciudadanas e intermediarios digitales, o a las nuevas habilidades y la morfología de unos empleados públicos más comprometidos con dar protagonismo al ciudadano (Lee, Hwang y Choi, 2012). A lo largo de esta voz, nos centramos en definir el concepto de innovación pública abierta, estudiar sus orígenes, su evolución y relación con los paradigmas de gestión pública. Finalmente, observamos su realización práctica a través de las comunidades digitales de innovación y de los laboratorios de innovación pública.

Referirnos a innovación en el sector público suele ser sinónimo de introducir nuevos aspectos. Así, Green, Howells y Miles (2001) o Cunningham (2005) han tendido a definir la innovación pública como la creación e implementación de nuevos procesos, productos o servicios con el resultado de un incremento en la eficiencia, la eficacia o la calidad de los mismos. La propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ha calificado el concepto como la puesta en marcha de nuevos enfoques diseñados para obtener mayores resultados públicos en términos de eficiencia, eficacia y satisfacción ciudadana. Por otro lado, autores como Sánchez, Lasagna y Marcet (2013) ponen también el acento en la novedad como impulsor de la eficiencia y la eficacia, pero también, como proyección de ideas “realizables” para generar cambios que generen valor público, esto es, valor para los servicios del interés general (Meynhardt, 2009).

Sin embargo, la innovación no siempre tiene porque ser algo nuevo. Así, Pollit (2011) ha destacado que las administraciones siempre han estado adaptándose y regulando a través de procesos en los que no han sido pioneros. Sin embargo, el hecho de que las administraciones se apropien de cosas que tal vez no sean nuevas forma, en realidad, parte también de un proceso innovador. Autores como Rogers (2003), han llegado a delimitar las fases de introducción de cualquier innovación: desde los propios innovadores, creadores del nuevo proceso, producto, o servicio, hasta los más rezagados, forman parte del proceso de difusión de la innovación (Rogers, 2003). De hecho, y especialmente en relación a la introducción de tecnologías sociales (web 2.0) en el sector público, las innovaciones no suelen ser novedosas, pues por el carácter disruptivo de estas tecnologías, muchas administraciones prefieren esperar a que hayan sido probadas primero por otras organizaciones.

Esta disparidad de enfoques acentúa que no hay consenso claro sobre lo que debe o no debe ser considerado como innovación pública. El concepto de innovación pública es habitualmente amplio, y habla, entre otros, de productos, servicios, posicionamiento, provisión, estrategias, gobernanza y, en ocasiones, incluso es solo pura retórica (Pollit, 2011). Es un concepto “vital” para entender la transformación del sector público hoy en día, pero muy difícil de operacionalizar para analizarlo empíricamente (Pollit, 2011). Por otro lado, el concepto en muchas de sus

definiciones ha sido vinculado a una manera concreta de entender la gestión pública, el paradigma de la Nueva Gestión Pública. En este paradigma, el papel de la innovación ha pasado habitualmente por mejorar la gestión operativa y estratégica a través de un incremento en la autonomía y flexibilidad del gestor y una orientación hacia la satisfacción del consumidor (Pettigrew, Whittington y Thomas, 2006).

La innovación abierta en el sector público (que en este artículo denominamos bajo el nombre de innovación pública abierta para reforzar su sustantividad, siguiendo corrientes propuestas por los propios empleados públicos¹) tampoco cuenta con una definición teórica clara. Una de las definiciones clásicas del concepto de innovación abierta ha sido la dada por Chesbrough (2003), que entiende la innovación abierta como un modelo de gestión de la innovación en el cual las organizaciones abren sus procesos de transformación hacia fuera, combinando ideas internas y externas para generar valor añadido en sus servicios o productos. Esta definición, sin embargo, no fue creada teniendo en mente al sector público, aunque ha servido de inspiración para las aproximaciones de la innovación pública abierta (Bakici, Almirall y Wareham, 2013). Así, la innovación pública abierta ha tendido a definirse a través de su conexión e integración con actores externos a la administración pública, copartícipes de la creación de valor público (Hilgers y Ihl, 2010), siendo denominado como *citizensourcing* cuando el proceso innovador pone al ciudadano en el foco de la idea y la transformación, como colaboradora de ésta junto a la administración (Mergel y Desouza, 2013; Hilgers y Ihl, 2010).

La mayor parte de las definiciones sobre innovación pública abierta ponen el acento en la colaboración a través de plataformas digitales. Como comentan Mergel y Desouza (2013) y Mergel (2014), los procesos colaborativos de la innovación abierta ocurren habitualmente en plataformas digitales, a través de tecnologías directamente relacionadas con la web 2.0, y donde es conveniente destacar redes sociales especializadas en *crowdsourcing* (Challenge.gov, Github, DecideMadrid...), plataformas wikis para el conocimiento colaborativo, habitualmente etiquetadas bajo el concepto de *WikiGovernment* (Criado y Villodre, 2016; Noveck, 2009), e incluso comunidades digitales especializadas en innovar (por ejemplo, GovLoop, en EEUU, y NovaGob, en Iberoamérica). A pesar de esto, son todavía pocos los estudios que han investigado estas plataformas en profundidad, especialmente en relación con los resultados de las interacciones que ahí se producen (Schmidhuber et al., 2018). En esta voz, revisaremos algunas de estas comunidades digitales de innovación.

Sin embargo, la realidad del concepto de la innovación pública abierta no pasa únicamente por la colaboración digital. Prueba de ello ha sido la reciente aparición de los laboratorios de innovación pública, denominados también a través de sus palabras anglosajonas *living labs* o *innovation labs*. Estos se configuran como espacios presenciales de colaboración entre administraciones y actores externos, capaces de generar soluciones a nuevos “problemas malditos” (Sørensen y Torfing, 2012) a través de la experimentación y la colaboración (Criado, Rojas-Martín y Silván, 2017). Los *living labs* se han convertido en intermediarios de la innovación pública (Gascó, 2017), donde la innovación se produce habitualmente a través de dos ideas (Gascó, 2017; Almirall, Lee y Wareham, 2012): a) impulsar la coproducción de los ciudadanos y su participación en procesos de creación de nuevas soluciones o implementación de soluciones existentes en términos de

¹ Véase para un mayor detalle el documento colaborativo online editado entre la Diputación de Castellón, la Red de Entidades locales por la Transparencia y Participación ciudadana de la FEMP y NovaGob.Lab, titulado “Innovación Pública Abierta: ideas, herramientas y valores para participar en la mejora de la administración”, disponible en este enlace: <https://novagob.org/documentos/innovacion-publica-abierta-ideas-herramientas-y-valores-para-participar-en-la-mejora-de-la-administracion>

igualdad con el resto de agentes y organizaciones y b) alcanzar el proceso innovador mediante la aplicación de metodologías específicas, basadas en dinámicas de construcción de comunidad o en experimentación en la vida real. En esta voz, trabajaremos también con los laboratorios de innovación, como forma de implementación de innovación abierta en el sector público.

2. Origen y desarrollo de la innovación pública abierta. La innovación abierta y la gobernanza pública inteligente

La innovación abierta nace como tal en las organizaciones privadas. Durante mucho tiempo, las organizaciones habían ocultado celosamente sus procesos de desarrollo de productos, y cualquier nueva idea sobre los mismos se trabajaba de forma “interna”, como una actividad cerrada (Chesbrough, 2003). Esto era así porque confiaban en que el modelo funcionase en torno a un círculo supuestamente virtuoso: las organizaciones invierten recursos en sus departamentos de innovación y desarrollo, lo que lleva a la organización a realizar ciertos descubrimientos que, en última instancia, le permiten mejorar productos y servicios ampliando las ganancias de las ventas, re-invirtiéndolas a través de éstas nuevamente en desarrollo e innovación interna, y protegiéndolas a través de la propiedad intelectual (Chesbrough, 2006). En el sector público, la innovación cerrada ha tendido a construirse a partir de un oxímoron (Borins, 2002): las administraciones públicas se han visto habitualmente como monopolios sin competencia, por lo que no tienen incentivos para innovar, ni tampoco para buscar innovación fuera de sus estructuras, habitualmente dotadas de gran estabilidad y consistencia. Y cuando se han producido innovaciones, el modelo ha navegado entre las estrategias “*top-down*”, donde cualquier cambio específico se ha generado desde la propia institución mediante prescripciones, regulaciones o apoyo, y “*bottom-up*”, donde los gobiernos han facilitado el desarrollo y difusión de una innovación siempre generada dentro de las redes de la propia administración (Borins, 2002).

Sin embargo, ese círculo virtuoso no es tan válido hoy en día. La apertura hacia una forma más abierta de innovar comenzó en organizaciones privadas pioneras, como Adidas o Lego, que han aplicado desde hace ya unos años modelos basados en la filosofía “*Do it Yourself*” (hazlo tú mismo), depositando en los consumidores parte del proceso de innovación (Hilgers y Ihl, 2010). En ese sentido, estas compañías han reconocido que la colaboración con sus consumidores directos es una fuente de conocimiento que debe ser aprovechada, especialmente cuando la complejidad de las demandas del mercado aumenta, y la información del entorno es valiosa para la supervivencia y éxito de la organización (Lukensmeyer y Torres, 2008).

El sector público ha comenzado también a abrazar modelos abiertos de innovación. Una de las primeras agencias en aplicar un modelo de innovación pública abierta fue la NASA, que puso en marcha un programa de retos ciudadanos para buscar nuevas soluciones a los desafíos de la agencia (Mergel, 2014). La introducción de la innovación pública abierta ha venido de la mano del gobierno abierto, como un modelo que anima a poner en marcha mecanismos de colaboración ciudadana, reutilizando la información pública ya compartida por los gobiernos a través de portales de datos abiertos, y empleada, posteriormente, en intermediarios de la innovación (Bakici, Almirall y Wareham, 2013). La reutilización y apertura de datos públicos promueve la innovación, convirtiendo a las administraciones públicas de meras proveedoras de servicios en parte del proceso de intermediación. De esta forma, actúan como gestoras de plataformas, y en última

instancia, como catalizadores de nuevas aplicaciones y servicios (Ramírez-Alujas, 2013), de la misma forma que permite a nuevos actores el acceso a materia prima (datos) para la solución de los problemas que les afectan.

De hecho, gobierno abierto, innovación pública abierta y plataformas digitales forman un curioso triángulo que se retroalimenta constantemente con base en las sinergias desarrolladas por la filosofía inherente a todos estos conceptos. A partir de la apertura de procesos, se apela de alguna forma a la idea de contribuir, distribuir y compartir la responsabilidad de la producción y prestación de servicios (Ramírez-Alujas, 2013). Estos, son valores básicos necesarios para que los procesos de innovación pública abierta puedan llegar a buen puerto. De la misma forma, el gobierno abierto siembra el campo idóneo para generar impulsos hacia una sociedad más abierta, donde la información esté distribuida de forma transparente y donde la generación de capital social sea básica para avanzar hacia una mayor calidad de vida (Criado, Ruvalcaba-Gómez y Valenzuela-Mendoza, 2018). Este proceso, de hecho, puede ser considerado como un factor habilitador de cambio también dentro de las culturas administrativas tradicionales. Finalmente, el gobierno abierto se ha visto revitalizado en gran medida por el auge de esas tecnologías, que como veremos son, a su vez, facilitadoras de procesos de innovación pública abierta. Esto, gracias a determinadas características intrínsecas de esas plataformas, como la eliminación de ciertas barreras de acceso (Forte y Lampe, 2013) o sus capacidades para garantizar visibilidad y reconocimiento, facilitar espacios de colaboración y hacer posibles procesos de participación gracias a la bidireccionalidad de las interacciones (Stamati, Papadopoulos y Anagnostopoulos, 2015).

Por otro lado, las principales diferencias en la aplicación de estas innovaciones entre organizaciones públicas y privadas no están claras. Para algunos, como Nambisan (2008), hay una similitud principal: todas ellas pretenden incorporar conocimiento externo al proceso de innovación. En última instancia, el mejor uso de ese conocimiento externo debe ir encaminado a incrementar el valor generado (Lee, Hwang y Choi, 2012). Es en ese valor donde surgen las principales diferencias, pues, en el caso del sector público, se trata de un beneficio público hacia el interés general (Lee, Hwang y Choi, 2012) a través de la mejora de servicios y no tanto de la elaboración de nuevos productos. Finalmente, como indican Cunningham y Kempling (2009), cualquier proceso de innovación exigirá en el sector público un mayor esfuerzo de negociación y resolución de disputas, esto es, una mayor necesidad de interactuar constantemente con los agentes implicados en los problemas y diseños.

Los tipos de innovación también se encuentran diferenciados. En una revisión sistemática de literatura recientemente publicada sobre innovación en el sector público, de Vries, Bekkers y Tummers (2016) clasificaron los tipos de innovación en seis: a) la innovación en el proceso, centrada en el incremento de la calidad y eficiencia de los procedimientos internos y externos; b) innovación administrativa, centrada en la incorporación de nuevas formas organizativas, nuevos métodos de gestión pública, y técnicas de trabajo; c) innovación tecnológica, esto es, el empleo de nuevas tecnologías para la prestación de servicios; d) innovación en el servicio o producto, responsable de la creación de productos o servicios realmente novedosos; e) innovación en la gobernanza, con el desarrollo de nuevos procesos para enfrentarse y gestionar los problemas públicos y, finalmente, f) la innovación conceptual, centrada en el diseño de nuevos paradigmas que permitan repensar los problemas públicos y sus soluciones.

El proceso de innovación pública abierta suele efectuarse a través del modelo *crowdsourcing*. Como han planteado Criado y Villodre (2016), Mergel y Desouza (2013) y Linders (2012), entre otros, este modelo se basa en un aprovechamiento consciente de la inteligencia colectiva, esto es, del conocimiento de otros actores, para dar solución a problemas públicos complejos que, de otra forma, requerirían de grandes esfuerzos en recursos por parte de las administraciones. Este proceso consta de diversas partes (Brabham, 2013): a) la administración selecciona a un colectivo o comunidad, más o menos formado, pero diferenciado de los habituales clubes de expertos; b) la comunidad se pone conjuntamente a buscar solución al problema, pudiendo las administraciones públicas incentivar el proceso (por ejemplo, con premios); c) el resultado final supone un beneficio mutuo para la administración y para la comunidad que ha trabajado conjuntamente en co-producir la solución.

Finalmente, y en relación con los resultados de la innovación pública abierta, a menudo son menos destacados, y lo hacen a través de sus supuestas ventajas. Muchos autores han enfatizado, entre sus principales beneficios, una mayor consciencia de las administraciones sobre los problemas públicos, prácticas más eficaces en base a las experiencias directas con el problema de los ciudadanos, y un incremento de la confianza del ciudadano con la administración. Sin embargo, en muchas ocasiones, los posibles beneficios de la innovación pública abierta se ven bloqueados por las propias regulaciones estrictas de las administraciones, que basadas en modelos antiguos de contratación pública, requieren a las administraciones conocer de ante mano la solución al problema. En ocasiones, las limitaciones vienen de la evaluación de la calidad de la solución. En estas, los propios comités parecen más interesados en verificar si la solución fue generada por un conjunto de expertos, que en validar cualquier creación comunitaria (Mergel y Desouza, 2013). En cualquier caso, la implementación de los resultados de la innovación pública abierta requerirá de una mayor flexibilidad en los procedimientos administrativos.

Tabla 1. La innovación a través de los paradigmas de gestión pública.

Dimensión	Administración Pública Tradicional	Nueva Gestión Pública	Gobernanza Pública Inteligente
Foco de atención	Consejos sobre políticas públicas	Gestión operativa y estratégica	Aprovechar la Inteligencia colectiva
Forma organizativa	Organización vertical	De alta autonomía	<i>Peer-to-peer</i>
Presión para mejorar el rendimiento	Baja (actitud monopolista)	Elevada, impulso de las TICs	Elevada, ciudadanía 2.0
Orientación hacia el ciudadano	Usuario	Consumidor	Coproductor
Rol del gestor	Limitado	Flexible	Detector de nichos de valor público
Orientación del cambio	Bajo	Alto	Alto

Fuente: elaboración propia ampliando la clasificación de Pettigrew, Whittington y Thomas (2006).

Este cambio hacia un modelo abierto de innovación en el sector público se ha visto reflejado a través de los diferentes paradigmas de gestión. Estos modelos científicos nos permiten representar con sencillez la realidad administrativa, de forma que podamos descomponer sus procesos en partes de más fácil estudio. La Tabla 1 da cuenta de las diferencias en la forma de innovar con respecto a los principales paradigmas en el sector público. Hasta los años 80, la predominancia de

una gestión basada en los ideales de la Administración pública tradicional dio lugar a una extensión del modelo de innovación basado en diversos aspectos (Pettigrew, Whittington y Thomas, 2006): a) las grandes organizaciones verticales imprimieron una visión de innovación cerrada, si bien orientada con un carácter universal; b) la capacidad innovadora, sin embargo, estaba limitada, en gran parte por la fuerte cultura procedimental, y el gestor se veía constantemente incentivado a tomar decisiones incrementales; c) adicionalmente, los incentivos para innovar estaban limitados por la actitud monopolista del sector (Borins, 2002), que apenas recibía presiones del entorno.

La Nueva Gestión Pública supuso un cambio radical, y centró sus esfuerzos en fomentar la innovación en el sector público. Puesto que la orientación del modelo de gestión era cercana a un modelo “de mercado” (Haque, 2007), la visión que la Nueva Gestión Pública imprimió sobre los procesos de innovación en el sector público fue de mayor apertura y flexibilidad para el gestor, a la vez que intensamente centrada en la mejora de la eficiencia y eficacia de los procesos (Bekkers, Edelenbos y Steijn, 2011). Esta visión ha llegado hasta nuestros días, y habitualmente ha sido la forma natural de aproximarse a la innovación pública.

Sin embargo, y fruto de la expansión de la filosofía web 2.0, basada en una concepción más colaborativa de la producción y prestación de servicios, nuevos modelos de gestión han comenzado a emerger. La innovación que presentaba la Nueva Gestión Pública estaba demasiado centrada en alcanzar mayores márgenes de eficiencia y eficacia, y olvidaba aspectos como el papel más protagonista que la ciudadanía ha comenzado a tener en la solución de problemas públicos. Como paradigma, la gobernanza pública inteligente (Criado, 2016; Noveck, 2015), coloca la innovación en un plano completamente abierto, al basar sus premisas de gestión en la importancia de promocionar procesos de colaboración y de innovación para tejer redes *peer-to-peer* (entre pares), capturando el conocimiento externo coproducido entre ciudadanía y administración (Linders, 2012).

La gobernanza pública inteligente destaca por sus rasgos centrados en el aprovechamiento de inteligencia colectiva para generar innovación. Como destacan Criado y Villodre (2018), este nuevo paradigma se basa en: a) el uso de plataformas digitales, tanto para la participación ciudadana como para la colaboración interna y externa dentro de una organización; b) un nuevo estilo de gestión, centrado en expertos innovadores especializados en detectar y crear valor público mediante el uso de conocimiento colaborativo externo; c) la definición del ciudadano como co-productor de servicios junto a la administración; d) un entorno dominado por la llamada “economía colaborativa” y, finalmente, e) un modelo de interacción social basado en una noción de “comunidad” (Criado, 2016; Luna-Reyes y Gil-García, 2014). El despliegue de todo esto suele efectuarse a través de “intermediarios” de la innovación (Bakici, Almirall y Wareham, 2013), que permiten a las administraciones públicas entrar en contacto con la inteligencia colectiva. En esta voz, y sin ánimo de excluir otros, exploramos las comunidades digitales de innovación y los laboratorios de innovación como plataformas de intermediación para la innovación pública abierta.

3. Poniendo en marcha la innovación: las comunidades digitales de innovación y los laboratorios de innovación pública

Para alcanzar altos grados de innovación, las organizaciones más pioneras en el sector público colaboran habitualmente con intermediarios de la innovación. Los intermediarios de la innovación son espacios habitualmente externos a la organización, que proporcionan oportunidades de colaboración y búsqueda de solución a problemas públicos con la ayuda de la ciudadanía, de organizaciones privadas e incluso de otras organizaciones públicas. El primer objetivo de estos intermediarios es generar redes de trabajo colaborativo y, posteriormente, atraer todas las ideas innovadoras generadas en ese trabajo, filtrando las mejores y llevando su realización práctica a las instituciones. El segundo objetivo clave es la ejecución de proyectos, cuando así lo necesitan las instituciones públicas. Finalmente, los intermediarios suelen generar conversación, a través de eventos o discusiones virtuales o presenciales, fomentando la concienciación sobre un tema público concreto (Bakici, Almirall y Wareham, 2013).

Uno de esos intermediarios es precisamente las plataformas virtuales. Estas plataformas se caracterizan por su facilidad para potenciar la interacción entre administración y actores externos. Entre ellas debemos incluir tecnologías como las redes sociales generalistas (Facebook, Weiboo, etc.), plataformas de microblogging (Twitter), blogs, wikis, plataformas de medios para carga de imágenes y video (Instagram, Flickr, Youtube, etc.), y comunidades especializadas (LinkedIn, o aquellas enfocadas en el sector público como GovLoop y NovaGob) e incluso mundos virtuales (Sansar, Second Life, Imvu, etc.). Estas plataformas se caracterizan, como señalan Forte y Lampe (2013), por el apoyo a la creación colectiva de un producto o servicio, presentando pocas barreras de entrada y salida, y bajo el soporte de estructuras caracterizadas por su alta persistencia y maleabilidad. Cuando el propósito de uso de algunas de estas plataformas digitales se encamina hacia la innovación pública, podemos denominarlas convenientemente como comunidades digitales de innovación pública (Criado y Villodre, 2018). A continuación, ofrecemos algunos ejemplos de estas comunidades digitales de innovación:

— **Challenge.gov (Figura 1)**
(<https://www.challenge.gov/>)

Esta plataforma fue lanzada por la Administración de Servicios Generales (GSA) del Gobierno de Estados Unidos en 2010. La plataforma respondía a una nueva directiva de política pública, bajo la denominación de “*Prizes and Contests*” (premios y concursos). La plataforma permite a las diferentes agencias públicas publicar en la red el problema o reto a resolver, y los ciudadanos interactúan en la plataforma en busca de una solución. Esas interacciones se desarrollan en un ambiente competitivo, que premia las mejores soluciones con algún incentivo o galardón. Los ciudadanos, además, pueden evaluar otras soluciones propuestas, votarlas e incluso involucrarse en la implementación de estas. Para conocer más sobre esta plataforma, recomendamos el análisis efectuado por Mergel y Desouza (2013) en *Public Administration Review*.

— **Future of Melbourne Wiki**
(<http://www.futuremelbourne.com.au/wiki/view/FMPlan>)

Se trata de una wiki abierta al ciudadano de Melbourne, la ciudad con el crecimiento más rápido de Australia. Su lema, “*the city plan that anyone can edit*” (el plan de ciudad que cualquiera puede editar), alude directamente a la filosofía

del *WikiGovernment* (Noveck, 2009), esta es, la de generar contenido colaborativo a través de sucesivas ediciones de documentos (denominados wiki). Para conocer más sobre esta plataforma u otras derivadas del gobierno wiki, recomendamos el análisis efectuado por Criado y Villodre (2016) publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

— **NovaGob, la red social de la administración pública**
(<https://red.novagob.org/>).

Se trata de una red social de ámbito iberoamericano centrada especialmente en los empleados públicos. NovaGob permite a empleados de diferentes administraciones públicas iberoamericanas entrar en contacto entre ellos, y con otros actores involucrados en el sector público, como organizaciones externas, consultores y académicos. Para conocer más, recomendamos el análisis de Criado y Villodre (2018), en la revista *First Monday*.

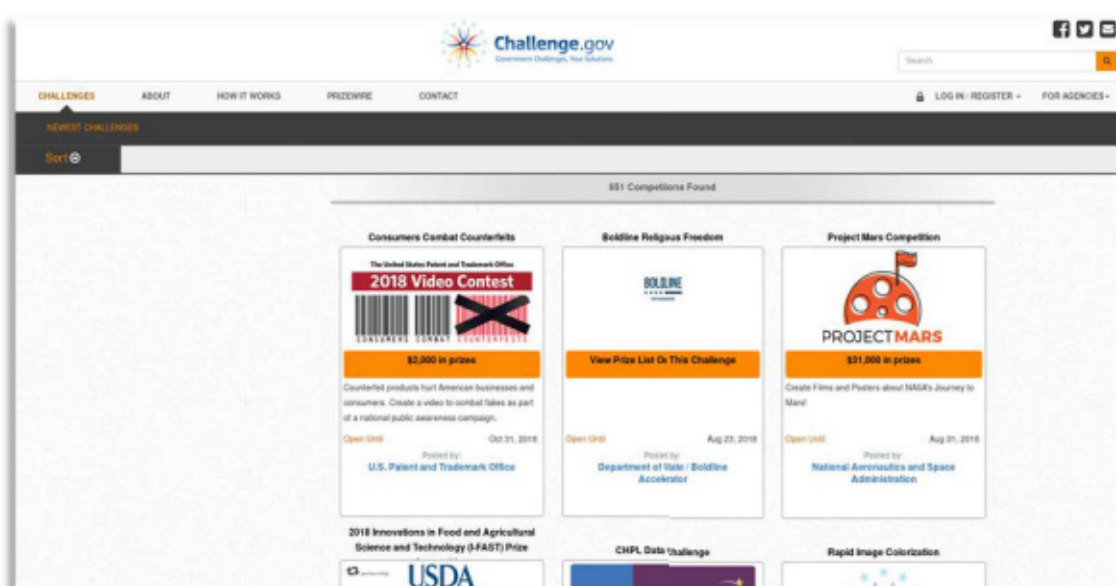


Figura 1. Página principal de Challenge.gov

Otro de esos posibles intermediarios para la innovación pública abierta son los laboratorios de innovación. También conocidos como *living labs*, se trata de espacios para la experimentación en las organizaciones públicas (Criado, Rojas-Martín y Silván, 2017). Tradicionalmente, los laboratorios de innovación eran espacios más cerrados, centrados en intercambios entre corporaciones privadas y públicas (Gascó, 2017), pero recientemente, impulsados por nuevos modelos de innovación, se han convertido en referentes en la mediación entre ciudadanos, organizaciones públicas y privadas, capturando y codificando las visiones ciudadanas en entornos experimentales reales (Gascó, 2017).

Al igual que las comunidades digitales de innovación, los laboratorios de innovación pública desarrollan el modelo abierto de innovación extrayendo conocimiento de las interacciones entre los diferentes agentes implicados. En general, los laboratorios de innovación cumplen tres funciones básicas (Gascó, 2017): a) conectan individuos con organizaciones; b) ofrecen espacios para el intercambio de ideas y conocimiento y c) proveen servicios tecnológicos, y modelos metodológicos, enfocados al aprendizaje continuo y la experimentación. A continuación, ofrecemos algunos ejemplos de laboratorios de innovación pública:

— **Laboratorio de Gobierno de Chile**
(<https://lab.gob.cl>)

Creado en 2014 por el Gobierno de Chile, este laboratorio se centra en el diseño de servicios públicos y la formación de empleados reorientando y concienciando en políticas públicas innovadoras. El laboratorio está representado por una red de colaboración ministerial, y su labor es especialmente destacada en el ámbito sanitario, a través de iniciativas como Impacta Salud (una convocatoria desarrollada el año 2015 con la idea de abrir el Estado a las ideas de diversos sectores para buscar en conjunto soluciones a la pregunta ¿cómo acercar la salud a las personas?).

— **The GovLab**
(<http://thegovlab.org/>)

Lanzado por la Universidad de Nueva York, The GovLab está muy centrada en la aplicación de innovación tecnológica en el sector público bajo el modelo de gobierno abierto. En The GovLab: a) se desarrollan y prueban prototipos para nuevas plataformas capaces de habilitar la colaboración e innovación pública abierta en instituciones públicas; b) diseminan información sobre los éxitos (y fracasos) de las innovaciones gubernamentales con el objetivo de aprender; c) entrenan a empleados públicos para poner en marcha proyectos abiertos de innovación en el sector público y d) generan, en última instancia, conexiones entre innovadores que les permita trabajar de forma colaborativa en marcos para una mejor gobernanza.

— **NovaGob Lab (Figura 2)**
(<https://novagob.org/goblab>)

Lanzado en 2016, y ubicado en la iniciativa de la red social NovaGob, el NovaGob Lab se acerca a The GovLab en su diseño híbrido experimental, así como en la utilización de prototipos y el ánimo de transferir conocimiento hacia el sector público y la sociedad. Puede encontrarse más información sobre este caso en el artículo de Criado, Rojas-Martín y Silván (2017), publicado en la revista *Gestión Pública*.



Figura 2. Página principal del NovaGob Lab.

4. Conclusiones

Esta voz ha trabajado con el concepto de innovación pública abierta. A través de sus orígenes y desarrollo, la voz se ha aproximado a una nueva corriente que impulsa una innovación pública más abierta, y que se puede vincular con el desarrollo de nuevos paradigmas en el sector público relacionados con la colaboración, la coproducción y el aprovechamiento de la inteligencia colectiva, como la gobernanza pública inteligente. A través de dos intermediarios de innovación pública abierta, las comunidades digitales de innovación y los laboratorios de innovación pública, observamos cómo se desarrolla este fenómeno en el sector público. El concepto de innovación pública abierta se ha configurado, así, como un término diferencial en torno a varias características que podrían componer su definición: a) el aprovechamiento de inteligencia colectiva de actores externos (aunque, en ocasiones, también internos) del sector público mediante procesos *peer-to-peer* y *crowdsourcing*; b) el hecho de encontrarse cada vez más intermediada (aunque puede no estarlo) mediante plataformas digitales o espacios de experimentación y c) la presencia, como resultado, de productos dotados de gran valor público, reforzados y dependientes de la legitimidad de los actores involucrados, siendo ese resultado beneficioso tanto para la administración como para los actores, que en muchos casos, podrían ser los propios receptores de la innovación.

Aunque la voz ha intentado ofrecer una visión integral sobre un concepto emergente en la literatura sobre gestión pública, algunos aspectos deben ser considerados como limitaciones de este artículo. En primer lugar, esta voz se ha centrado en revisar el concepto de innovación pública abierta en relación con el paradigma de la gobernanza pública inteligente. Aunque la voz reconoce en varias ocasiones que este concepto bebe también del gobierno abierto (Ramírez-Alujas, 2013), futuros avances deberían incorporar una revisión más sosegada de la relación con ese concepto. Por otro lado, las realizaciones prácticas del concepto de innovación pública abierta se han estudiado fundamentalmente sobre la base de intermediarios de la innovación, por el cariz e importancia que están adquiriendo en los últimos años. Sin embargo, debe aclararse que la innovación pública abierta también puede darse sin necesidad de intermediarios y fuera de comunidades digitales y *living labs*. Finalmente, debemos entender que el término de innovación pública abierta es un término reciente, que va ganando sustantividad propia en base a la literatura existente sobre innovación pública e innovación abierta (Meijer, 2015). Continuar monitorizando la literatura reciente sobre innovación pública abierta será importante (Mergel, 2018): se trata de procesos que desafían las, todavía muy presentes, lógicas de innovación tradicionales en el sector público, altamente reguladas y con procesos de acción rígidos.

El interés por la innovación pública, y en especial, por los nuevos modelos de innovación abierta en el sector público va en aumento. Conforme el interés se mantenga en el tiempo, es muy probable observar un aumento en la literatura, en los marcos de análisis y en los estudios de caso, actualmente escasos en relación con la innovación pública abierta y sus nuevos intermediarios. Estos estudios tendrán, además, importantes implicaciones prácticas para el sector público, en tanto a que habilitarán nuevas perspectivas que podrán servir para un mejor enfoque de la innovación. En ese sentido, es importante que los gestores públicos no se dejen llevar por la fiebre de la innovación, como si ésta se tratase de un fin en sí mismo. Por un lado, y con especial atención a su dimensión tecnológica, por la posible persistencia de una brecha digital capaz de dinamitar la legitimidad de estos procesos. Por otro lado, y en relación a su propósito, la innovación pública abierta deberá siempre atender a un objetivo, siendo, en ese sentido, capaces de responder a la pregunta: innovar, ¿para qué?

Bibliografía

- Almirall, E., Lee, M., y Wareham, J. (2012). Mapping living labs in the landscape of innovation methodologies. *Technology innovation management review*, September 2012, pp. 12–18.
- Bakici, T., Almirall, E., y Wareham, J. (2013). The role of public open innovation intermediaries in local government and the public sector. *Technology Analysis & Strategic Management*, 25(3), pp. 311–327.
- Bekkers, V., Edelenbos, J., y Steijn, B. (2011). Linking Innovation to the Public Sector: Contexts, Concepts and Challenges. En V. Bekkers, J. Edelenbos, J., y B. Steijn (eds.), *Innovation in the public sector. Linking capacity and leadership* (pp. 3–34). Nueva York, Estados Unidos: Palgrave MacMillan.
- Bertot, J. C., Jaeger, P. T., y Hansen, D. (2012). The impact of policies on government social media usage: Issues, challenges, and recommendations. *Government Information Quarterly*, 29, pp. 30–40.
- Borins, S. (2002). Leadership and innovation in the public sector. *Leadership & Organization Development Journal*, 23 (8), pp. 467–476.
- Brabham, D. C. (2013). Using Crowdsourcing in Government. IBM Center for the Business of Government (Collaborating across Boundaries). Recuperado de <http://www.businessofgovernment.org/report/using-crowdsourcing-government> [Última consulta: 30-07-2018]
- Castells, M. (2009). *Comunicación y Poder*. Madrid, España: Alianza.
- Chesbrough, H. (2006). *Open innovation: The new imperative from creating and profiting from technology*. Boston, Estados Unidos: Harvard Business School Press.
- Chesbrough, H.W. (2003). Open innovation. A new paradigm for understanding industrial innovation. En H. Chesbrough, W. Vanhaverbeke y J. West (eds.) (2006), *Open innovation. Researching a new paradigm* (pp. 1–15). Oxford: Oxford University Press.
- Criado, J. I., Ruvalcaba-Gomez, E. A. y Valenzuela-Mendoza, R. (2018). Revisiting the Open Government Phenomenon. A Meta-Analysis of the International Literature. *JeDEM-eJournal of eDemocracy and Open Government*, 10(1), pp. 50–81.
- Criado, J. I., y Villodre, J. (2018). Public employees in social media communities: Exploring factors for internal collaboration using social network analysis. *First Monday*, 23 (4). Recuperado de <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/8348/6661>
- Criado, J. I., Rojas-Martín, F., y Silván, A. (2017). Laboratorios de innovación para cambiar la gestión pública. Análisis del caso NovaGob Lab. *Revista de Gestión Pública*, 6 (1), pp. 19–42.
- Criado, J. I. (2016). Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma? En J.I. Criado (ed.) (2016), *Nuevas tendencias en la gestión pública* (pp. 27–52). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J. I., y Villodre, J. (2016). Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las administraciones públicas. ¿Hacia un WikiGovernment? En J.I. Criado (ed.) (2016), *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas* (pp. 95–119). Madrid, España: INAP.
- Cunningham, J. B., y Kempling, J.S. (2009). Implementing change in public sector organizations, *Management Decision*, 47 (2), pp. 330–44.
- Cunningham, P. (2005). Innovation in the Public Health sector: A case study analysis. Informe publicado por NIFU Step Oslo.

- De Vries, H., Bekkers, V., y Tummers, L. (2016). Innovation in the public Sector: A Systematic Review and Future Research Agenda. *Public Administration*, 94 (1), pp. 146-166.
- Forte, A., y Lampe, C. (2013). Defining, Understanding, and Supporting Open Collaboration Lessons from the Literature. *American Behavioral Scientist*, 57(5), pp. 535-547.
- Gascó, M. (2017). Living Labs: Implementing Open Innovation in the Public Sector. *Government Information Quarterly*, 34(1), pp. 90-98.
- Green L, Howells J, Miles I. (2001). Services and Innovation: Dynamics of Service Innovation in the European Union. Informe final PREST y CRIC University of Manchester.
- Haque, S. (2007). Introduction: growing concerns for public accountability under the state in transition. *Public Administration Quarterly*, 31(4), pp. 386-96.
- Hilgers, D., y IHL, C. (2010). Citizensourcing: Applying the Concept of Open Innovation to the Public Sector. *The International Journal of Public Participation*, 4(1), pp. 67-88.
- Lee, S. M., Hwang, T., y Choi, D. (2012). Open innovation in the public sector of leading countries. *Management Decision*, 50(1), pp. 147-162.
- Linders, D. (2012). From E-Government to We-Government: Defining a Typology for Citizen Coproduction in the Age of Social Media. *Government Information Quarterly*, 29, pp. 446-454.
- Lukensmeyer, C. J., y Torres, L. H. (2008). Citizensourcing: Citizen Participation in a Networked Nation. En K. Yang y E. Bergrud (eds.) (2008), *Civic Engagement in a Network Society* (pp. 207-233). Charlotte, North Carolina: Information Age Publishing.
- Luna-Reyes, L., y Gil-García, J. (2014). Digital government transformation and Internet portals: The co-evolution of institutions, technology, and organizations. *Government Information Quarterly*, 31(4), pp. 545-555.
- Meijer, A. (2015). E-Governance Innovation: Barriers and Strategies. *Government Information Quarterly*, 32(2), pp. 198-206.
- Mergel, I. (2018). Open innovation in the public sector: drivers and barriers for the adoption of Challenge.gov. *Public Management Review*, 20(5), pp. 726-745.
- Mergel, I. (2014). Opening Government: Designing Open Innovation Processes to Collaborate With External Problem Solvers. *Social Science Computer Review*, pp. 1-15. Recuperado de https://www.cbs.dk/files/cbs.dk/mergel_2014_sscr.pdf
- Mergel, I., Desouza, K. (2013). Implementing Open Innovation in the Public Sector: The Case of Challenge.gov. *Public Administration Review*, 73(6), pp. 882-890.
- Meynhardt, T. (2009). Public Value Inside: What is Public Value Creation?. *International Journal of Public Administration*, 32(3-4), pp. 192-219.
- Nambisan, S. (2008). Transforming Government through Collaborative Innovation. Informe IBM Centre for the Business of Government research report.
- Noveck, B. S. (2015). *Smart Citizens, Smarter State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Noveck, B. S. (2009). *Wiki-government: How Open-source Technology Can Make Government Decision-making more Expert and more Democratic*. Washington, DC, Estados Unidos: Brookings Institution Press.
- Pettigrew, A., Whittington, R., y Thomas, H. (2006). *Handbook of Strategy and Management*. Londres: Sage.
- Pollit, C. (2011). Innovation in the Public Sector: An Introductory Overview. En V. Bekkers, J. Edelenbos y B. Steijn (eds.) (2011), *Innovation in the public sector. Linking capacity and leadership* (pp. 35-43). Nueva York, Estados Unidos: Palgrave MacMillan.
- Pollitt, C., y Bouckaert, G. (2004). *Public Management Reform*. Oxford: Oxford University Press.

- Ramírez-Alujas, A. (2013). Gobierno Abierto. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, pp. 201-216.
- Rogers, E. M. (2003). *Diffusion of Innovations*. New York, Estados Unidos: Free Press.
- Sánchez, C., Lasagna, M., y Marcet, X. (2013). *Innovación Pública: un modelo de aportación de valor*. Santiago de Chile, Chile: RIL Editores.
- Schmidhuber, L., y Hilgers, D. (2018). Unleashing Innovation beyond Organizational Boundaries: Exploring Citizenourcing Projects. *International Journal of Public Administration*, 41(4), pp. 268-283.
- Sørensen, E., y Torfing, J. (2012). Collaborative Innovation in the Public Sector. *The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal*, 17(1), pp. 1-14.
- Stamati, T., Papadopoulos, T., y Anagnostopoulos, D. (2015). Social media for openness and accountability in the public sector: Cases in the Greek context. *Government Information Quarterly*, 32, pp. 12-29.

Pactos de integridad

Integrity pacts

Esteban Arribas Reyes
Universidad de Alcalá de Henares
ORCID ID 0000-0002-6809-0570
esteban.arribas@uah.es

Cita recomendada:

Arribas Reyes, E. (2019). Pactos de integridad. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 328-348.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5037>

Recibido / received: 09/05/2019
Aceptado / accepted: 08/09/2019

Resumen

El trabajo analiza los pactos de integridad como concepto en construcción –no existe ningún trabajo científico sobre el particular– dentro de la lógica conceptual y teórica de la acción colectiva y, en particular, la aplicación de esta a la “gestión de la integridad” de los procesos de contratación pública (transparencia, rendición de cuentas). Los pactos de integridad nacen de la necesidad de ofrecer soluciones anti-corrupción innovadoras en el ámbito de la contratación pública.

Palabras clave

Acción colectiva, gestión de la integridad, pactos de integridad, corrupción, transparencia, contratación pública.

Abstract

This work analyses integrity pacts as a concept under construction –there is no scientific work on the particular– within the conceptual and theoretical logic of collective action and, in particular, on the application of these to the management of integrity of public procurement processes (transparency, accountability). Integrity pacts are born from the need to offer innovative anti-corruption solutions in the field of public procurement.

Keywords

Collective action, management of integrity, integrity pacts, corruption, transparency, public procurement.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Fundamentos teóricos y conceptuales de los pactos de integridad. Alcance y ‘bondades’ como complemento a otras soluciones: acción colectiva, gestión de la integridad en la contratación pública y corrupción. 3. ¿Qué son los pactos de integridad en la práctica?: Orígenes y desarrollo en Europa. 3.1 ¿Qué son los pactos de integridad en la práctica? 3.2 Los pactos de integridad: orígenes en Europa. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Desde la lógica conceptual y teórica de la acción colectiva, en los últimos años, organizaciones supranacionales como la Unión Europea, organismos internacionales como la OCDE u organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional han ido impulsando nuevos instrumentos con los que prevenir la corrupción, fomentar la integridad, la transparencia, la rendición de cuentas, la eficacia, la eficiencia y la competitividad en los procesos de contratación pública.

El trabajo analiza los pactos de integridad como instrumento y como concepto en construcción (Voz) –no existe ningún trabajo científico sobre el particular– dentro de la lógica conceptual y teórica de la acción colectiva y, en particular, la aplicación de esta a la gestión de la integridad de los procesos de contratación pública (transparencia, rendición de cuentas, la eficacia, la eficiencia y la competitividad). Los pactos de integridad nacen de la necesidad de ofrecer soluciones innovadoras en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación pública.

En la práctica, un pacto de integridad es un acuerdo facilitado y monitorizado por la sociedad civil entre una administración pública (en particular, un órgano de contratación) y las empresas licitadoras o las asociaciones o entidades que representan sus intereses por el que se comprometen a seguir un procedimiento de contratación transparente y evitar cualquier práctica que pueda ser considerada como corrupción. Al mismo tiempo, permite crear condiciones favorables para el uso eficaz y eficiente de los recursos públicos, así como el fomento de la competitividad, al mejorar la igualdad de acceso al mercado de la contratación pública.

La organización Transparencia Internacional (en adelante TI) diseñó los pactos de integridad en la década de los noventa y, desde entonces, ha impulsado diferentes iniciativas para extender el conocimiento y la aplicación de esta idea. Los pactos de integridad han sido ya utilizados en diferentes países con una eficacia diversa. Desde las experiencias pioneras en Ecuador o Colombia en los años 90, hasta experiencias más recientes de pactos de integridad piloto en la Unión Europea (2015–2019)¹. Anteriormente, en Europa, se implementaron varios pactos de integridad desde el año 2005, teniendo su origen en el ámbito municipal (Bérgamo, Como, Génova, Milán, Palermo y Varese en Italia; Berlín, Bremen y Hanover en Alemania; y Ózd, en Hungría).

Al mismo tiempo, Transparencia Internacional España (TI-E) ha implementado cuatro pactos de integridad en España entre abril del 2017 y enero del 2019. La regulación vigente y la más reciente que contiene el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), no prevé los pactos de integridad. Sin embargo, tampoco los impide. Así, el 5 de abril del 2017, el Ayuntamiento de Madrid y TI-E firmaron el primer acuerdo en España para el diseño e implementación de un pacto de integridad piloto. El 14 de febrero comenzó el primer pacto de integridad de una Comunidad Autónoma,

¹ Para más información, consultar: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/ y <https://www.transparency.org/programmes/overview/integritypacts>. El proyecto comenzó en el año 2015 y, en principio, se extendía hasta el año 2019. Debido al éxito de sus resultados iniciales y a la apuesta por la sostenibilidad de los proyectos, la UE ha ampliado los trabajos hasta el año 2020.

en la Generalitat Valenciana; y el día 9 de abril comenzaron dos pactos de integridad en la Junta de Comunidades de Castilla La-Mancha².

Al no haber un debate o desarrollo de la Voz pactos de integridad como concepto en la literatura de ciencias sociales, concluiremos que es necesario seguir trabajando en los pactos de integridad como instrumento para ir construyendo su conceptualización a la luz de los datos que vamos obteniendo de los distintos proyectos piloto que desde hace pocos años se están implementando desde organizaciones supranacionales como la Unión Europea, con el apoyo de Transparencia Internacional, y organismos internacionales como la OCDE. Sin una continuidad a medio-largo plazo de las experiencias de implementación de pactos de integridad, no se pueden obtener datos que nos permitan profundizar en el instrumento o herramienta como concepto, de forma que pueda ser reconocido por la comunidad científica como Saber. Esta Voz aspira a servir como inicio de un proceso de conceptualización, para lo que son necesarias más experiencias, más datos y de mejor calidad. Seguiremos con atención las conclusiones de los pactos piloto de la UE, que son los únicos que han apostado por su continuidad a medio-largo plazo.

En las próximas secciones expondremos los fundamentos teóricos y conceptuales en los que creemos que encajan los pactos de integridad –teoría de la acción colectiva y corrupción– y, en particular, la aplicación de esta a la gestión de la integridad de los procesos de contratación pública, sus ‘bondades’ como complemento a otras soluciones, y la historia de su origen y evolución de su aplicación como instrumento de lucha contra la corrupción, con énfasis en nuestro entorno europeo.

2. Fundamentos teóricos y conceptuales de los pactos de integridad. Alcance y ‘bondades’ como complemento a otras soluciones: acción colectiva, gestión de la integridad en la contratación pública y corrupción.

En primer lugar, debemos hacer referencia al concepto y teoría de la acción colectiva relacionadas con el problema de la corrupción como pilar científico que sustenta la idea de los pactos de integridad. Nos interesa, en particular, la aplicación de esta teoría a la gestión de la integridad de los procesos de contratación pública como mecanismo de lucha contra la corrupción.

La teoría de la acción colectiva resalta la relevancia de las decisiones de las personas sobre la dinámica grupal, incluyendo la confianza en otros y el comportamiento (real o percibido) de otros. Cuando se considera que la corrupción es “normal”, las personas pueden estar menos dispuestas a abstenerse de la corrupción o dar el primer paso en la aplicación de sanciones o reformas. Esta teoría pone de relieve los desafíos de los esfuerzos coordinados contra la corrupción. Es decir, nos referimos a que, al actuar conjuntamente, las empresas, la sociedad civil y el sector público pueden abordarlo con mayor eficacia.

² Los trabajos de diseño e implementación de los pactos de integridad en España se llevaron a cabo dentro del *Objetivo 2: Integridad en la Contratación Pública* del *Proyecto Integridad* de Transparencia Internacional España, financiado por la *Siemens Integrity Initiative*: <https://integridad.org.es/proyecto-integridad/>. El Equipo de trabajo del *Objetivo 2* lo formaron el Profesor Manuel Villoria Mendieta, como Experto Senior, y el Profesor Esteban Arribas Reyes como Investigador (1 abril de 2015 a 15 de diciembre de 2018).

Según Marquette y Peiffer (2015, p. 2), «varios autores (por ejemplo, Persson, Rothstein & Teorell, 2013; Mungiu-Pippidi, 2011; Bauhr & Nasiritousi, 2011; Rothstein, 2011) han argumentado que, en ciertos contextos, la corrupción debería considerarse como un problema de acción colectiva, y que, sobre todo en un contexto de corrupción sistémica, ver la corrupción como un problema principal-agente desnaturaliza la cuestión de la corrupción completamente. Un problema de acción colectiva clásico (Mancur Olson, 1965) ocurre cuando, incluso si es en el mejor interés de todos los individuos en un grupo (o a través de grupos) para actuar colectivamente hacia un objetivo común, los miembros del grupo no lo hacen; en cambio, los miembros del grupo encuentran en su interés individual no contribuir en absoluto o limitar sus contribuciones, asegurándose de que el beneficio colectivo no se realiza a su máximo potencial»³.

Cuando hablamos de integridad en la contratación pública estamos refiriéndonos a cómo se gestionan los recursos públicos. Y aquí debemos ir más allá de la tradicional visión de lo público que provee el Estado. Se trata de gestionar los recursos públicos de tal manera que la gobernanza de los procesos de contratación pública sea beneficiosa para la sociedad en su conjunto, empresas y ciudadanos.

En ese sentido, la cuestión de si la gobernanza de los recursos comunes puede organizarse de manera que se evite el exceso de consumo y se minimicen los costos administrativos es uno de los temas más debatidos en la economía jurídica y política en las últimas décadas (Alt y Shesple, 1990, p. ix). Según la clásica *tragedy of the commons*, la solución para evitar la libre circulación y el deterioro del recurso común es o bien la privatización –dividir el recurso público y someterlo a formas de propiedad privada– o la regulación de arriba hacia abajo o *top-down regulation* –en los que el gobierno central o las autoridades locales regulan y controlan el uso de los recursos públicos (Hardin, 1968).

Sin embargo, las soluciones al dilema de los comunes no se limitan a la dicotomía de la regulación frente a la privatización. El trabajo pionero del Premio Nobel Elinor Ostrom (1990) demostró una tercera alternativa. Las personas se auto-organizan para formar instituciones informales para gestionar los recursos colectivos a través de la colaboración y la coordinación. A través de la exploración detallada y cuidadosa de numerosos estudios de caso sobre el uso de la tierra, el agua y otros recursos, su trabajo y estudios posteriores demostraron que, a veces, tales instituciones pueden proporcionar soluciones a los problemas de acción colectiva sin recurrir a la propiedad privada o a la regulación central (por ejemplo, Ostrom 1990, p. 182; 1992; 2009). Los pactos de integridad los enmarcamos en esta lógica teórica y conceptual de la gestión de la integridad, que encaja a su vez como contrario y necesario a la primacía de lo jurídico como solución a los problemas públicos en España. Es decir, en España existe una primacía de la Ley como instrumento para la resolución de los problemas públicos. Se cree que la Ley, una vez aprobada, ya ha solucionado el problema planteado. Los pactos de integridad son una solución de políticas públicas integral que entiende que la Ley es un instrumento más junto con otros como la estrategia de gestión de la integridad donde los participantes en un proceso de toma de decisiones sobre contratación pública van más allá de la Ley, sin contravenirla, complementándola y mejorándola con sus acciones. Es más, antes de la Ley, en los procesos previos de reconocimiento y definición de los problemas públicos, de toma de decisiones, los pactos de integridad son esenciales. Un ejemplo

³ Véase también: Marquette (2015).

de esta gestión de la integridad que podría proporcionar el pacto sería la utilización del instrumentos como la *Evaluación del Impacto (Impact Assessment)*⁴.

Más allá de esta teoría, el concepto de acción colectiva contra la corrupción se ha estructurado a través de la práctica, abarcando diferentes iniciativas con una variedad de objetivos y contextos. Como resultado, no existe una definición comúnmente aceptada de la noción a nivel internacional. Sin embargo, la definición de acción colectiva contra la corrupción propuesta por el *World Bank Institute* se presentó en una publicación de 2008 titulada *Fighting Corruption Through Collective Action – A Guide for Business*⁵, que define la acción colectiva de la siguiente manera⁶:

*A collaborative and sustained process of cooperation between stakeholders. It increases the impact and credibility of individual action, brings vulnerable individual players into an alliance of like-minded organisations and levels the playing field between competitors*⁷.

También vale la pena citar los esfuerzos para circunscribir las acciones colectivas para combatir la corrupción, específicamente la Recomendación No 16 contenida en el informe *Anti-Corruption and Promotion of Integrity* presentado al Secretario General de la OCDE por el *High-Level Advisory Group*⁸.

El informe sirve como recordatorio de que la necesidad de una acción colectiva a menudo está relacionada con la superación del dilema del prisionero, es decir, situaciones en las que los participantes descoordinados tratan de maximizar las ventajas de sus posiciones individuales, incluso si todas las partes involucradas cooperan en términos de respeto y repercusiones jurídicas. Esta dinámica se juega en el mercado, aumentando la posibilidad de que los operadores no traten de adoptar estándares sociales más altos por temor a que su posición competitiva pueda verse comprometida por competidores menos escrupulosos. Una estrategia de acción colectiva puede ayudar a nivelar las condiciones de juego, garantizando que todos los participantes involucrados adopten las normas requeridas al mismo tiempo. A través de prácticas de cooperación y autocontrol, el objetivo para las empresas se convierte en el cumplimiento de la ley mediante la introducción de normas más estrictas, ya sea requiriendo conjuntamente una mayor integridad en el ámbito comercial o mediante la adopción de pactos de integridad cuando se gestionan los recursos públicos a través de la contratación pública⁹. Así, por ejemplo, reunir a empresas en el marco de

⁴ Existe abundante bibliografía sobre *Impact Assessment* (IA en su siglas en inglés). Recomendamos Dunlop y Radaelli (2019).

⁵ El informe puede consultarse a través del siguiente enlace: https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].

⁶ La publicación puede verse en <https://www.baselgovernance.org/theme/icca> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2019].

⁷ Merece la pena también remitirnos a los trabajos realizados por el *Basel Institute on Governance*: véase <https://www.baselgovernance.org/theme/icca> and the *International Anti-Corruption Academy and Transparency International on the specific issue of the integrity pacts* [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].

⁸ Informe del *High-Level Advisory Group* (HLAG) de la OCDE, Recomendación No. 16: “*In order to promote integrity in society and effective implementation of anti-corruption initiatives, develop and disseminate guidance that will promote collaborative, coordinated action among stakeholders (firms, civil society, government institutions), including via multi-stakeholder initiatives (MSIs)*.” (2017, p. 38). Puede consultarse en: <http://www.oecd.org/corruption/HLAG-Corruption-Integrity-SG-Report-March-2017.pdf> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].

⁹ Puede verse un ejemplo en <http://www.oecd.org/corruption/HLAG-Corruption-Integrity-SG-Report-March-2017.pdf> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].

una acción colectiva sirve para limitar el riesgo de que una empresa menos escrupulosa supere a cualquier empresa individual (UNODC, 2017, p. 38).

En tales casos, la acción colectiva consiste en una colaboración basada en acuerdos a corto plazo, o iniciativas más sostenibles, entre actores que compiten pero que individualmente son vulnerables y que forman una alianza con el objetivo de definir y fomentar un nivel campo de juego para todos, con el fin de eliminar el riesgo de corrupción en cualquier sector dado (UNODC, 2017, p. 38). Dependiendo del caso individual, y en una aceptación más amplia del concepto, esto puede implicar a las autoridades públicas o representantes de la sociedad civil, además de las empresas en el centro de la acción. El objetivo es a menudo complementar temporalmente las debilidades éticas locales, con el fin de limpiar el entorno en el que operan los actores financieros en un sector determinado a largo plazo. Esto se logra al contener o, en el mejor de los mundos posibles, eliminar por completo el riesgo de corrupción. Por lo tanto, la acción colectiva permite a las empresas convertirse en “aprendices”; partes que se alinean con un ciclo continuo de mejora y fusionan su enfoque con una competitividad saludable y beneficiosa (Nero, 2016).

Para ser eficaz, una acción colectiva también debe garantizar que su definición ilustre las ventajas a corto plazo que el soborno puede presentar en términos de ganancias fáciles. Esto se hace aún más necesario en entornos institucionales inestables, donde la corrupción es generalizada y endémica, para poder luchar eficazmente contra este fenómeno (Development Leadership Program, 2015, p. 2).

Cuando se pone en práctica, el concepto de acción colectiva es polimórfico. Se puede utilizar como herramienta para alcanzar objetivos en contextos que pueden variar en función de las necesidades identificadas o de las circunstancias a las que se enfrentan las partes interesadas con el deseo de actuar colectivamente.

Según la mencionada guía del World Bank Institute, las acciones colectivas contra la corrupción pueden adoptar la forma de una declaración que condene la corrupción, una iniciativa para desarrollar normas y principios comunes o una coalición de certificación corporativa. Esto puede manifestarse en última instancia en forma de un pacto de integridad. Estas diferentes formas se distinguen por el carácter vinculante de los compromisos asumidos conjuntamente, así como por la naturaleza de los objetivos perseguidos.

En relación con la corrupción y la gestión de la integridad desde un enfoque de acción colectiva, nos interesa también resaltar las reflexiones del profesor Jiménez Asensio (2017, p. 13), quien nos advierte de que «...la corrupción no solo se combate con medidas represivas, sino por medio de medidas preventivas». Los pactos de integridad se sirven como herramienta de gestión de la integridad, «...más un camino que un objetivo» (Jiménez Asensio, 2017, p. 15). Los pactos de integridad son un claro ejemplo de acción colectiva preventiva.

La integridad de las organizaciones tanto públicas como privadas se hace necesaria. El activo más importante de un país es la integridad de las organizaciones públicas y privadas (empresas, Estado y sociedad civil), como un valor y una cualidad de quien tiene entereza moral, rectitud y honradez en la conducta y en el comportamiento, alguien o una organización en quien se puede confiar. La legitimidad y efectividad de esas organizaciones depende en buena medida no de los recursos que gestionan, ni de los fundamentos legales que las sustentan, ni de la eficacia de sus procedimientos, sino de la compleja red de relaciones de confianza que las sostienen. Esa confianza se sostiene, en definitiva, por la integridad de esas organizaciones, las personas que las gestionan y de sus miembros.

También es su activo más frágil. Puede llevar años construir un sistema de integridad y, sin embargo, desaparecer de la noche a la mañana, conduciéndonos a una pérdida de confianza y a un vacío de autoridad.

Uno de los resultados de la falta de integridad en la contratación pública es la corrupción, la mala administración (eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos) y la falta de competencia en el mercado.

La corrupción se constituye como un mal endémico en el marco de los procesos de contratación pública: de acuerdo con la OCDE, se estima que alrededor del 20 al 25 por cien del gasto en contratación pública termina en manos corruptas, convirtiéndose en una carga y no en un servicio para el interés general. Ello, en combinación con el hecho de que los contratos públicos suponen más del 13% del PIB mundial, da muestra de la importancia del problema.

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publicó su informe en el que determinaba que en España «se pierden» 48.000 millones de euros al año o 4,5% del PIB por corrupción e ineficiencias en este ámbito. Los obstáculos comienzan con la insuficiente publicidad en los procesos de selección, prácticas colusorias o carteles entre empresas, y continúan con la falta de transparencia y de control que derivan en ampliaciones de plazo o modificaciones de contratos sin justificación. Incluso la Comisión Europea ha exigido al Gobierno español que haga más transparentes los sistemas de contratación pública, pues considera «insuficientes» los actuales mecanismos de control, tanto los de carácter previo a la licitación como los posteriores: «España “destaca” en Europa como uno de los países en los que hay más opacidad en la licitación pública» (Arribas y Revuelta, 2017).

Los primeros afectados son los ciudadanos: además de perder capital público, pueden no llegarse a elegir las ofertas más adecuadas por calidad y valor. En segundo lugar, la credibilidad de las instituciones y del sistema democrático de asignación de recursos se ve dañado, su legitimidad erosionada. La palabra que caracteriza a este estado de ánimo es la desafección (Arribas y Revuelta, 2017).

Por otro lado, y en el «mismo barco», las propias empresas se ven igualmente perjudicadas. Algunos ejecutivos tratan de tomar atajos: según la OCDE, la mayoría de los casos de sobornos a funcionarios extranjeros tienen por objetivo conseguir contratos públicos. Casi un tercio de las empresas que participan en la compra pública de la UE consideraban en 2014 que la corrupción les impidió conseguir contratos. Una opinión extendida entre las constructoras (35%) y las empresas de ingeniería (33%). (Arribas y Revuelta, 2017).

Si hablamos de uno de los elementos de la integridad, la transparencia, es interesante la reflexión de los profesores Gimeno Feliú, Moreno Molina *et al*:

La transparencia en la contratación pública es un objetivo principal en la reforma de la legislación de contratos públicos. Pues sin transparencia no hay una competencia real, y la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana (2017, p. 2).

Los pactos de integridad son una solución integral porque, bien utilizada, ayuda a recabar información, datos –con un enfoque distinto, complementario– y así abordar los problemas «en tiempo real, preventivo». En cualquier caso, es un aprendizaje para prevenir y mejorar el futuro de los procesos de contratación públicos.

La corrupción en todas sus formas puede aparecer en cada fase del proceso de contratación pública. La corrupción en forma de abuso diario del poder público por parte de funcionarios o empleados públicos de niveles bajo o medio ocurre en contratos de escala pequeña como compras para equipamiento de oficinas o libros de texto, en hospitales o en admisiones a escuelas. En el lado del más alto nivel del gobierno, la corrupción puede afectar a las políticas sociales y económicas e, incluso, al funcionamiento central del estado. Esto se puede dar en proyectos de obras públicas, grandes compras de bienes y procesos de privatización. La corrupción política ocurre también cuando las políticas, las instituciones y las normas en el procedimiento de distribución de recursos se manipulan durante el análisis de necesidades y las fases de planificación de los presupuestos.

La corrupción puede iniciarse por parte del sector privado (bien directamente o a través de agentes o intermediarios) –el proveedor– o por parte de un funcionario –el oferente. La forma más obvia de corrupción asociada con la contratación pública es el soborno de funcionarios para obtener una decisión favorable en un contrato cuando no hay razón para ello. Una corrupción más sutil ocurre cuando el soborno se utiliza para manipular la distribución del presupuesto y la selección del proyecto, incluso antes de comenzar el proceso de contratación, a través de la manipulación de los criterios de elegibilidad en los documentos de la licitación u obteniendo especificaciones técnicas que son sesgadas y no atienden al mérito. Los sobornos pueden tomar la forma de regalos, dinero, favores, puestos de trabajo para familiares y donaciones a partidos políticos o fundaciones u otras organizaciones.

Los procesos de contratación pública son también vulnerables a la colusión, esto es, a acuerdos secretos entre partes, en el sector público y/o privado, con la intención de conspirar para cometer acciones cuyo objetivo sea engañar o cometer fraude con el propósito de conseguir un objetivo ilícito. La colusión entre funcionarios y licitantes puede resultar en acuerdos para inhibir la competencia mediante el engaño o privando a otros de sus derechos con el fin de asegurar una ventaja injusta.

La colusión entre licitantes puede amañar la licitación para manipular la decisión de selección y puede ser un problema de gran relevancia en mercados donde hay pocos competidores.

La contratación pública puede sufrir de extorsión y coerción, lo cual es otra forma de corrupción muy dañina. La extorsión es el acto de utilizar, directa o indirectamente, el acceso de uno a una posición de poder o conocimiento para demandar cooperación inmerecida o compensación como resultado de amenazas coercitivas. La extorsión ocurre cuando un funcionario demanda algo de valor a cambio de ayudar a una compañía a ganar una licitación o por realizar alguna acción, como hacer el pago de un contrato válido. La coerción puede ocurrir cuando un licitante amenaza a otro para que se retire de la licitación.

Prácticas fraudulentas también pueden ser una práctica corrupta, por ejemplo, cuando un funcionario o un licitador presenta hechos incorrectos de manera deliberada mediante la entrega de facturas falsas o documentos de experiencia previa o cuando no comparte información de obligado cumplimiento con respecto a los demás licitadores.

Los procedimientos de contratación pública suelen ser complejos y en muchos países la transparencia del proceso es extremadamente limitada y la manipulación difícil de detectar. Además, pocas personas que conocen de prácticas corruptas

informan. Una de las soluciones a esto sería la de regular la figura de *whistleblower*¹⁰, es decir, proteger al denunciante de prácticas ilícitas en el sector público.

El mayor problema en la contratación pública es que las leyes existen, pero, o bien no son completas, o no se aplican de manera rigurosa. En ese sentido, los pactos de integridad buscan facilitar la implementación de la Ley, por ello pueden ponerse en práctica sin modificar la legislación vigente y no son redundantes. Por el contrario, pretenden acercar las normas sociales a las legales, adaptando el comportamiento de las partes a los estándares ideales.

El debate más habitual en relación a los pactos de integridad tiene que ver con la duplicidad o sustitución de controles en relación al rol de la Intervención y de los servicios jurídicos de la Administración Pública y con el incremento de costes para el erario público de este tipo de soluciones de acción colectiva en búsqueda de la gestión de la integridad.

Sin duda, los controles internos administrativos son pieza clave en la prevención de la corrupción y, por ello, debe insistirse en el rol de la Intervención y de los Servicios jurídicos. Sin embargo, la gestión de la Administración debe ser “válida” por la percepción ciudadana. De ahí la necesidad de avanzar en un nuevo modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas. Por ello, es importante avanzar en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil. Los pactos de integridad no son una duplicidad con la organización administrativa ni pretenden suplantarla o controlarla. Su función y finalidad es “validar socialmente” la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar. Es decir, no se alteran las competencias de Intervención ni de los servicios jurídicos. Los pactos son, en esencia, una figura de “observador civil cualificado” que ayuda a la Administración a detectar o laminar conflicto de intereses y que “exterioriza” hacia la ciudadanía la corrección de la actuación. En tiempos actuales de desconfianza, y de percepción de “contaminación” de intereses en las decisiones contractuales (aun siendo legales), los pactos de integridad vienen a ser “marca de calidad” de la Administración, con intención de recuperar la confianza y credibilidad de la sociedad. No hay solapamiento, sino complementariedad y refuerzo de la actuación ética de una Administración pública que quiere ser transparente y rendir cuentas desde la confianza en el modelo (Gimeno Feliú, 2016).

Los pactos de integridad no sustituyen a la Intervención y a los servicios jurídicos de la Administración Pública. Con respecto a la duplicidad de controles, cabe señalar lo siguiente: tradicionalmente el proceso de contratación pública, desde sus orígenes normativos a mediados del siglo pasado, se ha basado en separaciones rígidas entre los actores intervinientes (administración/licitadores/contratista). Lo anterior se fundamenta en la concepción de que una separación de ese tipo constituía una garantía para evitar la corrupción. Sin embargo, esa concepción decimonónica no ha sido capaz de eliminar o reducir hasta una mínima expresión los aspectos disfuncionales que presenta el proceso de contratación. El tipo de administración prestacional que implantó la Constitución de 1978 impone un contacto continuo de la administración con la sociedad, con el objeto de atender sus necesidades. La sociedad actual se mueve en un entorno dinámico, globalizado y cambiante, con unas necesidades complejas que a veces son difíciles de abordar con los medios tradicionales de los que dispone la administración. En cierto modo, se podría decir

¹⁰ Para una información detallada sobre este concepto y sus implicaciones en la práctica, recomendamos la lectura y análisis del texto del profesor Pérez Triviño (2018, pp. 285-298), J.L. ‘Whistleblowing’, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 14, abril-octubre 2018, pp. 285-298.

que las necesidades sociales han superado los procedimientos tradicionales. Por ese motivo, merece la pena buscar nuevos elementos de control y análisis, alejados de las rigideces burocráticas, que fijen su punto de mira del proceso de contratación en elementos diferentes a los que lo hace la administración, completando el control burocrático con uno ofrecido por expertos independientes de la sociedad civil. No nos encontramos ante un control duplicado con el que realizan los servicios administrativos, sino complementario. Téngase en cuenta que los criterios de actuación que seguirán los monitores que participan en el pacto responden a su práctica forense, manifestada a través de su oficio, lo que permite aplicar procesos no reglamentados, distintos de los regulados, siendo su actuación atípica lo que les permite incidir en fases del proceso de contratación o aspectos no analizados por los servicios administrativos, completando su actuación.

Existe un elemento sociológico que rodea al proceso de contratación pública (en todas sus fases), consistente en el sentir de la ciudadanía sobre la corrupción que rodea a la contratación pública. Se puede hablar de un sentir de deslegitimación social del fenómeno contratación. En un Estado Social y Democrático de Derecho moderno, la legitimidad de los procesos de toma de decisiones del Sector Público no debe proceder únicamente de su legalidad, sino que tienen que ser socialmente admitidos como válidos y eficientes. Por ese motivo, un pacto con la sociedad civil que aporte expertos independientes que analicen el proceso y reporten sobre el mismo a la ciudadanía servirá para legitimar la actuación relacionada con la contratación. Por último, la legislación de contratación pública centra su punto de mira, principalmente, en la fase de elaboración de los pliegos y en la fase de adjudicación del contrato, dedicando pocos artículos a la ejecución. Ese interés normativo trasciende a las estructuras de la administración, centrando los esfuerzos principalmente en esas etapas del proceso, olvidando la importancia que tiene la ejecución, ya que las mismas es, desde el punto de vista jurídico, la materialización del objeto de la prestación pactada. En este sentido, el trabajo del pacto se extiende a esta fase del proceso, tan poco regulada, y sobre la cual se pueden manifestar ineficiencias o disfuncionalidades, que con el pacto son más fáciles de identificar (Luis Salvador Giraldes Gutiérrez, 2017).

En relación al problema de la integridad en la contratación pública, como coste económico para el Estado y también para las propias empresas y sociedad en su conjunto, Antonio Maudes (2017) nos explica que en "... el documento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) "Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia se hace referencia en la pág. 6 a que, en ausencia de presión concurrencial, se pueden originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, el Observatorio de la Contratación Pública cita el PIB nacional en un 18,5% (<http://www.obcp.es/>). El porcentaje del 25% de desviación media aplicado al 18,5% de peso de la contratación pública en el PIB español implicaría un sobre coste de hasta un 4,6% del PIB anual. Es decir, aproximadamente 47.500 millones de euros/año". Sigue Maudes (2017), "...para aproximarse al alcance del problema, aun reconociendo las dificultades para su determinación, la propia Comisión Europea, en su informe anticorrupción (COM, 2014 - 38 final), señalaba que este problema tiene un coste aproximado para la economía europea de alrededor de 120 millardos de euros, una cantidad ligeramente inferior al presupuesto anual de la propia UE".

Por su parte, Giraldes Gutierrez (2017), cree que "...la solución propuesta por los pactos de integridad, desde el punto de vista teleológico, no debe verse como una carga económica añadida, sino que ha de considerarse como una inversión en eficiencia y un aporte de legitimidad a los procesos de contratación pública. En el

plano jurídico, el instrumento jurídico por medio del cual se financia el pacto tiene que garantizar una posición de singular independencia a la organización que lo acomete y al grupo monitor. Esa posición es la garantía de que la financiación del pacto no tiene ningún tipo de contraprestación y de que el hecho de que la administración financie su propio pacto no es óbice para que el mismo cumpla su función. Probablemente, la implantación del pacto, unido a un análisis de su evolución, permita traducir el pacto en cifras. En concreto, cuantificar la mejora de la eficiencia que reporta la ejecución del pacto que aporta buenas prácticas, mejora de los procesos, da confianza a los licitadores, etc. De ese trabajo podría derivarse una justificación de la rentabilidad económica del pacto, procedente de la mejora de aspectos disfuncionales del proceso de contratación. Esa valoración es independiente de la mejora de la percepción por parte de la ciudadanía sobre la contratación pública.

3. ¿Qué son los pactos de integridad en la práctica? Orígenes y desarrollo en Europa

Los pactos de integridad como concepto nacen de la necesidad de ofrecer soluciones innovadoras anti-corrupción dentro de esta lógica conceptual y teórica de la acción colectiva en el ámbito de la contratación pública. Como bien dice Daniel Kaufmann: «Ocurre que en los procesos de inversión y contratación pública se desperdicia en transparencia y control. Tiene que haber más transparencia y control» (2019). Sigue Kaufmann, «la corrupción es un fenómeno mundial que cada año supone dos billones de dólares solamente en sobornos, es decir, el 2% del PIB mundial» (2019)¹¹.

Como parte de la lucha contra la corrupción en el sector público, Transparencia International *Secretariat* ideó y promovió desde la década de 1990 los denominados pactos de integridad respondiendo a la lógica conceptual y teórica de la acción colectiva, tal y como la hemos expuesto anteriormente. En México se llamó “Testigo Social”, en Perú “Auditoría Ciudadana”, en la Unión Europea se llama “Pactos de Integridad”. En su origen, en Colombia, se llamó “Islas de Integridad”.

En Europa, Transparencia International *Secretariat* ha implementado varios pactos de integridad desde el año 2005, teniendo su origen en el ámbito municipal (Bérgamo, Como, Génova, Milán, Palermo y Varese en Italia; Berlín, Bremen y Hanover en Alemania; y Ózd, en Hungría). Asimismo, la Unión Europea ha ampliado recientemente un proyecto piloto sostenible y riguroso que nos dará mejores claves para poder conceptualizar los pactos de integridad de manera científicamente correcta¹².

Al mismo tiempo, Transparencia Internacional España (TI-E) comenzó en abril del 2015 a impulsar los pactos de integridad en España. La regulación vigente y la más reciente que contiene el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), no prevé los pactos de integridad. Sin embargo, tampoco los impide. Así, el 5 de abril del 2017, el Ayuntamiento de Madrid y TI-E firmaron el primer acuerdo en España para el diseño e implementación de un pacto de integridad piloto. El 14 de febrero comenzó el primer Pacto de Integridad de una Comunidad Autónoma, de la Generalitat

¹¹ Expuesto por Kaufmann, D. el 3 de mayo de 2019 en la Conferencia de IvieLAB titulada El desafío de la gobernanza, captura del Estado y corrupción: Evidencia y acción. Para más información consultar: https://www.ivie.es/es_ES/daniel-kaufmann-2-del-pib-mundial-se-pierde-la-corrupcion-soborno/.

¹² Para más información, consultar: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/ y <https://www.transparency.org/programmes/overview/integritypacts>.

Valenciana; y el día 9 de abril comenzaron dos Pactos de Integridad en la Junta de Comunidades de Castilla La-Mancha. La gestión de los pactos de integridad por arte de TI España concluyó en diciembre del año 2018¹³.

3.1 ¿Qué son los pactos de integridad en la práctica?

Resumidos de una manera sencilla, los pactos de integridad son una serie de acuerdos suscritos por gobiernos o agencias gubernamentales con empresas o grupos de empresas que participen en procedimientos de contratación pública.

Para que podamos hablar de un verdadero pacto de integridad es requisito indispensable que el acuerdo contractual que lo refleje conste de un contenido mínimo. De manera esencial, en todo el pacto de integridad que merezca calificarse como tal, las partes en el mismo se comprometen a no pagar, ofrecer, promover o aceptar sobornos. Como consecuencia de ello, las partes implicadas también aceptan someterse a un sistema de supervisión externo.

En esencia, los pactos de integridad tienen la finalidad de incrementar los niveles de transparencia, equilibrar las condiciones existentes entre los distintos actores, así como mejorar la eficacia de los procedimientos de contratación pública. Su finalidad primordial es clara, y no es otra que la de atajar el problema de la corrupción en el seno de la contratación pública.

Aunque los pactos de integridad cuentan con una sólida experiencia a nivel global, su uso errático impide conceptualizarlos aún. En efecto, entre los países que los han desarrollado e implementado, encontramos algunos tan dispares en cuanto a su modelo político, económico, social y cultural, como lo pueden ser, entre otros, México, Alemania, China o Zambia. Esta diversidad también es un lastre a la hora de valorar la eficacia de este mecanismo. Se hacen necesarios, por tanto, análisis de estudio de caso.

En este orden, no cabe duda que, más allá de las diferencias culturales o sociales, existen grandes diferencias entre los distintos Estados que han implementado esta herramienta, ya sea en lo que se refiere a los niveles de corrupción percibida, de renta per cápita o de respeto al Estado de derecho.

A la hora de tratar la posible eficacia de los pactos de integridad en países como España, es procedente circunscribir su evaluación al ámbito de los países de nuestro entorno y, en particular, a los de la UE, en los que el procedimiento de contratación pública se ha visto sometido a un procedimiento de armonización creciente derivado principalmente de la existencia de un mercado interior europeo. De hecho, la Comisión Europea muestra en estos momentos una gran predisposición para avanzar en esta línea, ampliando su proyecto piloto para la implementación de pactos de integridad, concretamente en programas financiados con fondos de la Unión Europea¹⁴.

Además, los pactos de integridad responden a la preocupación por consolidar sistemas de contratación pública eficientes, eficaces y que respeten los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato, como medio para prevenir los riesgos de corrupción.

¹³ Para más información, consultar: <https://integridad.org.es/proyecto-integridad/>.

¹⁴ Para más información, consultar: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/ y <https://www.transparency.org/programmes/overview/integritypacts>.

Reducir la corrupción en la contratación pública es crucial para evitar el malgasto de fondos públicos y garantizar un uso adecuado y eficiente del dinero de los contribuyentes. Además, contribuye a mejorar la imagen y afianzar la confianza en los gobiernos y las decisiones políticas. Para las empresas licitantes, es importante asegurar que compiten en igualdad de condiciones, con las garantías de que ninguna se imponga sobre las demás mediante comisiones ilícitas o acuerdos colusorios.

El pacto de integridad exige la colaboración de las partes contratantes del sector gubernamental y privado, facilitado por una organización de la sociedad civil (OSC) y grupo monitor independiente que contribuirá a supervisar en todas las fases de la contratación que el pacto se cumple.

El pacto de integridad implica, para una contratación específica, diseñar el proceso de manera que todas las partes involucradas se comprometan a una conducta íntegra, desde la identificación de la Administración de la necesidad de licitar, el proceso de toma de decisiones de la licitación, la redacción de los pliegos, el proceso de selección de los licitadores, la concesión y la implementación del contrato. Las empresas licitantes hacen explícito por escrito su respeto a la libre competencia, absteniéndose tanto de acuerdos colusorios como de ofrecer o aceptar sobornos. Por su parte, la administración pública reitera la observancia de los principios de publicidad, transparencia, competencia, confidencialidad, igualdad de trato y no discriminación. Bajo la supervisión de un monitor independiente, generalmente un grupo de personas expertas contratado o facilitado por una organización de la sociedad civil, el pacto de integridad implica un seguimiento para comprobar que todas las partes signatarias respetan los compromisos asumidos y confiere más transparencia a los procesos de contratación exponiéndolos a la sociedad civil y al público en general. Cuanto mejor definidos estén los compromisos, mejores resultados se podrán obtener con un buen monitoreo. En definitiva, no se trata sólo de una declaración general de principios, sino de asegurar que los compromisos se cumplen.

El pacto de integridad pretende, en un proceso de contratación específico, prevenir o evitar prácticas tales como la colusión, el pre-diseño y manipulación de ofertas, las modificaciones fraudulentas, el abuso de la urgencia, la información privilegiada o los conflictos de interés. Persigue los siguientes objetivos generales:

- Prevenir actividades corruptas e ilícitas.
- Controlar que todas las partes cumplan con el contrato y compromisos asumidos.
- Dar mayor transparencia al proceso de contratación pública e informar a la ciudadanía.
- Resolver irregularidades y permitir que se apliquen sanciones a los actores que incumplan.

Estos objetivos deben ser concretados y detallados en términos de referencia para cada pacto de integridad que se establezca, de forma que las partes opinen e incluyan los temas que consideren necesarios para adaptarlos a la realidad del proceso contractual.

Al diseñar un pacto de integridad se deben considerar todos los riesgos en todas las fases de la contratación, desde la evaluación de necesidades; la preparación de pliegos; la selección del contratista; la adjudicación y suscripción del contrato; la ejecución del contrato; las modificaciones, pagos y contabilidad, y la auditoría y

clausura (cuando corresponda). Por otra parte, se debe contemplar un buen sistema de monitoreo independiente, sin perjuicio del que la Administración realice.

La incorporación exitosa de un pacto de integridad a un proceso de contratación pública requiere:

- Voluntad y compromiso políticos que pueden fortalecerse mediante estrategias de comunicación para que todos los actores comprendan sus roles y responsabilidades.
- Búsqueda de máxima transparencia en todas las instancias del proceso de contratación.
- Monitoreo independiente, idóneo y responsable. Un sistema de monitoreo puede estar integrado por un grupo heterogéneo de actores con capacidades técnicas y buena reputación (incluyendo idealmente a expertos jurídicos, técnicos y de transparencia).
- Recursos y capacidades: el coste de implementar la herramienta y el monitor depende de las particularidades del proyecto y en todo caso representa un porcentaje mínimo del total.
- Adaptación de la idea-herramienta al contexto concreto.

Los elementos del éxito han de ser definidos previamente para cada caso concreto, de forma que la experiencia «piloto» o primer pacto de integridad permita mejorar los siguientes. Por ejemplo, se puede considerar un éxito identificar un caso de corrupción, o bien detener una contratación que no iba bien, o que culmine el proceso de contratación con satisfacción de todas las partes, o mejorar la credibilidad del proceso gracias a más claridad y participación.

Los tres documentos importantes a preparar y adoptar por el organismo contratante y la organización de la sociedad civil son: (a) el Memorándum de Acuerdo (MdA) (b) el Pacto de Integridad (PI); y (c) los Términos de Referencia (TDR) para el monitor independiente (MI). Implementar el Pacto de Integridad implica, de manera genérica, varios pasos:

1. Evaluar la aplicabilidad de un pacto de integridad piloto.
2. Obligaciones y compromisos, las posibles sanciones, el sistema de monitoreo y los mecanismos de solución de controversias y participación de actores relevantes.
3. Suscribir el pacto de integridad por la «Autoridad/organismo contratante» y por cada oferente.
4. Monitorear el pacto de integridad: El grupo monitor examina los documentos e informes, coordina audiencia(s) pública(s), revisa los documentos, recaba información sobre denuncias tras la contratación, hace inspecciones, pide explicaciones, etc. En definitiva, verifica que los compromisos se cumplan.

Insistimos en que en una primera fase se trata de experimentar con pacto de integridad piloto. Las ventajas más relevantes serían las siguientes:

1. Los pactos de integridad ofrecen la posibilidad de analizar en detalle uno o varios procesos de contratación pública, identificar riesgos de corrupción y malas prácticas y evaluar posibles soluciones, además de dotar de mayor transparencia al proceso. Una vez testado el pacto de integridad por un organismo público, los actores, y en primer lugar la autoridad pública, se

familiarizan con el concepto y los potenciales problemas de corrupción y/o ineficiencia en sus mecanismos de contratación pública para elegir un proyecto adecuado. Se identifican los requisitos (apoyo, capacidades) y se consiguen los fondos y recursos necesarios.

2. Diseñar el pacto de integridad específico: Se adapta el tipo de PI adecuado para el caso concreto, incluido el sistema de monitoreo. Es importante definir previamente qué se considerará «éxito» (por ejemplo, detectar un caso de corrupción, detener un proceso o por el contrario mejorar su credibilidad gracias a la transparencia y participación, conseguir que culmine el proceso con satisfacción para todas las partes, etc.), en qué momento valorarlo y cómo y cuándo informar a la ciudadanía. Se establecen los términos del acuerdo y las sanciones para los oferentes en caso de incumplimiento (por ejemplo, exclusión del contrato, responsabilidad por daños e inhabilitación para participar en futuras oportunidades de licitación).
3. Actividades previas a la licitación: Se prepara y suscribe el MdA por el organismo público contratante y la OSC que facilita el proceso. Cuando corresponda, se organizan las audiencias públicas y revisan los documentos de licitación. Las partes (organismo público y empresas oferentes) acuerdan la obligación de firmar un Pacto en un proceso de contratación pública, la administración u organismo público dispone de un conocimiento y experiencia relevantes para utilizarlos en todas o parte de sus licitaciones públicas y mejorar con ello su reputación de institución íntegra.
4. En la implementación de un pacto de integridad resulta evidente que el momento inicial guarda una especial trascendencia.

Sin unos buenos cimientos *ex ante*, la casa no resistirá a los riesgos de procesos de contratación opacos.

3.2 Los pactos de integridad: orígenes en Europa¹⁵

Nos centramos en Europa por ser esta la realidad más cercana culturalmente y, por tanto, más cercana al aprendizaje de la aplicación práctica de los pactos de integridad. Para Transparencia Internacional, ideadora del instrumento, lo realmente deseable es que un pacto de integridad sea iniciado por la iniciativa de las propias autoridades gubernamentales. Sin embargo, en Europa, donde las tradiciones e inercias administrativas pueden llegar a estar demasiado arraigadas, no resulta fácil promover un mecanismo novedoso y en gran medida, aún desconocido. Dicho de otro modo, no resulta sencillo que las administraciones, con sus tendencias apáticas o reticentes hacia la implementación de mecanismos innovadores, se alejen de sus esquemas tradicionales.

Por ello, los pactos de integridad suelen ser iniciados por la propia presión de TI, y Europa no es una excepción a ello. Como muestra de ello, se encuentra el caso de Italia. Curiosamente, el país transalpino fue uno de los primeros países en implementarlos en Europa, espoleado por la organización local de TI, a pesar de un

¹⁵ Por razones de espacio, hemos decidido realizar un repaso histórico de la implementación de los pactos de integridad en Europa, dejando al margen de este texto otras realidades con contextos muy distintos como pueden ser Colombia, Ecuador, Zaire o Filipinas. Asimismo, aún no están disponibles los resultados de los proyectos mencionados de la Unión Europea, de Transparencia Internacional España y de la OCDE.

clima inicial marcado por un escepticismo notable por parte de las administraciones públicas.

En sus inicios, la implementación de los pactos de integridad ha tenido un marcado carácter municipal. De este modo, en un principio, TI propuso en el año 2000 el empleo de este mecanismo a seis municipios italianos, casi todos ellos ubicados en el norte del país: Bérgamo, Como, Génova, Milán, Palermo y Varese fueron propuestas en el año 2000 por TI para llevar a cabo este proyecto pionero. Finalmente, sólo las municipalidades de Milán y Génova se adhirieron en sus inicios.

En cambio, en Alemania, la implementación de los pactos de integridad ha afectado desde un primer momento a proyectos de interés nacional, como es el caso de los procedimientos de contratación pública derivados de la remodelación y ampliación del aeropuerto de Berlín–Brandemburgo, destinado a ser uno de mayores de Europa en un futuro, con una valoración inicial de 2.400 millones de euros.

Esta gran obra aeroportuaria implicó la suscripción de un pacto de integridad ya en el año 2005. De forma bastante interesante, fueron las propias autoridades alemanas las que desestimaron en un primer momento este tipo de pactos, al entender que por su medio se admitía implícitamente la existencia de prácticas corruptas. Posteriormente, cuando en el año 2001 se reveló la existencia de las mismas, las autoridades competentes se inclinaron por el mecanismo del pacto de integridad, que fue firmado en este caso en enero de 2005. Con todo, y en aplicación a este supuesto de hecho, TI decidió cancelar su participación con las autoridades tan sólo unos meses después, en marzo de 2015, en vista de los casos de corrupción en los que se veía inmersa desde el año 2013 la ampliación del aeropuerto en cuestión. Por tanto, el fracaso del pacto de integridad en relación a uno de los mayores proyectos de obra pública de Europa ha obligado a replantearse la eficacia práctica de este tipo de mecanismos. Sin embargo, también es cierto que, gracias al pacto de integridad suscrito, consiguió revelarse lo que las autoridades germanas no estaban dispuestas aceptar inicialmente como parte de la realidad: la existencia de prácticas corruptas en los procedimientos de contratación pública relativos al aeropuerto de Berlín. Por tanto, no podemos perder de vista el hecho de que los pactos de integridad suponen, más allá de su efectividad directa, un mecanismo de denuncia que ayuda a construir una cultura de contratación pública que rechaza frontalmente el recurso a la corrupción.

En total, e incluyendo el caso del aeropuerto de Berlín, TI ha tomado la iniciativa en Alemania en la implementación de cuatro pactos de integridad. De este modo, TI también promovió la suscripción de pactos de integridad en distintos procedimientos de contratación pública abiertos en las ciudades de Bremen y Hanover, de forma respectiva, en los años 2009 y 2010. En Berlín, TI también apoyó en el año 2010 la suscripción de un PI en el marco de un proyecto de rehabilitación y construcción de viviendas, un sector especialmente vulnerable a la corrupción.

Como corolario de la iniciativa de TI en la implementación de los pactos de integridad, otro aspecto relevante en las etapas iniciales de los PI se refiere a su posible carácter obligatorio o voluntario.

En el caso de Europa, cabe señalar que las experiencias en torno a este mecanismo han favorecido claramente su obligatoriedad, considerada como una manera más efectiva de asegurar que todos los actores procedan de acuerdo con los mismos criterios y normas. En esencia, se considera que, por medio de su obligatoriedad, se evita la posibilidad de que, por medio de negociaciones *ad hoc*, los pactos de integridad queden finalmente diluidos en cuanto a sus contenidos. De este

modo, aun cuando la iniciativa de establecer pactos de integridad ha partido generalmente de TI, corresponde a las administraciones públicas preparar su contenido sustantivo y su clausulado.

Por todo ello, la relación entre TI y las autoridades interesadas en implementar un pacto de integridad requiere cierta formalización, que habitualmente se consigue por medio de un de la firma de un Memorando de Acuerdo (MdA).

Una vez expuestas las bases sobre el establecimiento y redacción de los pactos de integridad, es necesario estudiar cómo se ha implementado y ejecutado este mecanismo, clave en un sistema jurídico-político como el español, donde la interpretación de la Ley se aprovecha para no emprender el primer paso de la introducción de nuevas herramientas: el compromiso y voluntad políticos.

En Europa, el primer aspecto que ha de considerarse en la ejecución de los pactos de integridad consiste en el sistema de supervisión, al cual TI concede especial importancia. En esencia, todo pacto de integridad tiene que contar con un sistema de supervisión, que resulte independiente y libre de conflictos de interés. Asimismo, tendrá que contar con suficientes capacidades técnicas y materiales para cumplir con su funcionamiento.

La experiencia de los sistemas de supervisión en Europa, tal y como demuestran los casos de Bulgaria y Alemania, resulta en que un sistema de carácter proactivo, que funcione más allá del mínimo exigible, supone una diferencia relevante en el éxito final de un PI en cuanto a su implementación. Por ello, gran parte de la utilidad de los PI radica en la calidad de su sistema de supervisión.

No obstante, en algunos países europeos se prescindió de dicho sistema de supervisión. En esta situación se encuentra Italia, donde TI aceptó finalmente asumir una función consultora en el proceso de supervisión. Sin embargo, a partir del año 2009, y mediante la firma de un Protocolo específico, el Tribunal de Cuentas italiano asumió las funciones de supervisión del pacto de integridad, con la ventaja asociada de que, por la vía de este modelo, no se generan costes adicionales para el contribuyente.

En este sentido, cabe señalar que, dentro de la UE, el sistema de supervisión se ha fundamentado con el soporte, por lo general, de las propias autoridades públicas. Por tanto, y al contrario que en la iniciativa de su implementación, la supervisión y ejecución de los pactos de integridad ha tenido una marcada impronta estatal. De este modo, podemos referirnos, por ejemplo, al caso de Hungría.

A pesar de ello, si se ha admitido que, en determinados casos (especialmente aquellos en los que TI se ha visto especialmente involucrada, como ocurre en los ejemplos de Letonia y de Bulgaria), el sistema de supervisión sea financiado por medio de donaciones. Con ello, se consigue atajar una de las grandes reticencias hacia los pactos de integridad, que consisten en sus posibles costes para el contribuyente, a la vez que se consigue involucrar a la sociedad civil.

En algunos casos, además, la financiación del sistema ha llegado a provenir de otros Estados, como ocurrió en el caso del procedimiento de contratación pública para el suministro de agua potable en la ciudad húngara de Ózd. En este caso, los fondos para la implementación del pacto de integridad provinieron del Fondo de Contribución Suizo, que consiste en un programa de asistencia económica que mantiene el gobierno helvético con los países que ingresaron en la UE tras el año 2004. Precisamente, en consideración a los altos niveles de corrupción aún presente

en dichos países (por ejemplo, TI estimó en el año 2012 que una horquilla de entre 65 y 75% de todos los casos de contratación pública en Hungría se encuentran afectados por la corrupción), la propia Comisión Europea (CE) ha dado un paso adelante al establecer su propio mecanismo de supervisión por medio del Mecanismo europeo de cooperación y verificación (CVM, por sus siglas en inglés). De hecho, el apoyo de países externos puede suponer un factor determinante a la hora de garantizar un sistema de supervisión realmente efectivo, puesto que se cuenta con precedentes que han revelado la incapacidad de determinados países de poner en marcha su propio sistema de supervisión. Por ejemplo, y hasta la fecha, el sistema de supervisión de Rumanía todavía no se encuentra operativo, aunque las autoridades de dicho país se han comprometido a hacerlo funcionar una vez que se haya producido suficiente debate público en el seno de la sociedad civil.

Por otra parte, otro aspecto clave de los distintos sistemas de supervisión se refiere a su grado de apertura en relación a la sociedad civil. Anteriormente, hemos señalado que una parte del interés fundamental de los pactos de integridad consiste en su valor formativo y constructivo a la hora de crear una cultura de contratación pública íntegra por medio de la participación activa de la sociedad civil.

A pesar de ello, a menudo la experiencia muestra que, en determinados países, los sistemas de supervisión se han mostrado reticentes a divulgar excesiva información sobre sus tareas. En cambio, en algunos países, como es el caso de Eslovaquia, siempre se ha optado por un sistema abierto, otorgando mayores posibilidades para la participación de la sociedad civil en este mecanismo. Entre otros aspectos, con ello se pretende aumentar el número de participantes, y de este modo, asegurar que todas las partes implicadas asuman sus responsabilidades y rindan cuentas entre todas ellas. Con ello se favorece igualmente una cultura de rendimiento de cuentas para todos (ya sean las autoridades o el licitante), frente a una tradicional cultura clientelar y jerárquica, abierta distintas formas de tratos de favor. Las distintas experiencias llevadas a cabo en Alemania muestran que, por lo general, los órganos de contratación han valorado de forma positiva la participación de la sociedad en los temas sobre los que trabajaban.

Aún con todo, cabe señalar un matiz en cuanto a la participación de la sociedad civil. En efecto, no siempre es posible o deseable involucrar a la sociedad civil en todas las licitaciones, puesto que a menudo tratan de cuestiones de carácter especializado o técnico. Para estos casos, existen otros métodos para fomentar procedimientos de contratación justos y respetuosos con la Ley.

Como forma última de supervisión, cabe señalar que TI ha promovido la creación de mecanismos sancionadores para los casos de incumplimiento. En referencia a los mismos, conviene puntualizar que las sanciones que se puedan imponer de acuerdo con estos sistemas no sustituyen en ningún caso a los procedimientos existentes de carácter penal o administrativo, sino que los complementan. Entre los mismos, encontramos la sanción de pérdida de la adjudicación, la prohibición de contratar o el pago de compensaciones económicas a los demás litigantes.

Sin embargo, y a pesar de lo que pueda parecer en un primer momento, la cuestión de las sanciones por incumplimiento de los pactos de integridad ha tenido un papel menor en Europa. En efecto, las sanciones se muestran finalmente como un método de última ratio frente a la proposición de métodos que puedan resultar más constructivos. En este orden, los casos de Letonia, Hungría y Bulgaria atestiguan esta afirmación. De hecho, es en este último país donde, en lugar de crear un sistema punitivo, se ha preferido establecer un sistema de «listas blancas» para recompensar

a los licitantes que cumplan con lo estipulado en los pactos de integridad. Esta perspectiva se ha aplicado igualmente en los procedimientos de resolución de disputas relativos a los pactos de integridad, dónde en Letonia y en Bulgaria, se ha preferido establecer un sistema de recompensas a favor de los cumplidores en detrimento de las empresas que vulneren lo acordado en los pactos de integridad.

En cuanto a su estatus jurídico, y tras las primeras experiencias promovidas por TI, resulta cada vez más habitual que los pactos de integridad sean implementados por medio de un mandato legal.

Por último, no hay que dejar de considerar el coste económico de los pactos de integridad. En relación al mismo, cabe señalar que la experiencia muestra resultados variables, con un rango que oscila entre los 50.000 y los 200.000 dólares estadounidenses. Dicha variabilidad deriva, entre otros aspectos, de las diferencias entre países, así como de la magnitud y complejidad de los distintos proyectos. En cualquier caso, no conviene olvidar que dicho coste no tiene que estar necesariamente sufragado por el contribuyente, sino que existen vías alternativas para sufragarlo. Además, se trata de un coste que tiene por misión el de evitar un coste mucho más dañino para la sociedad, que es el de la corrupción. Es decir, claramente estamos hablando de una inversión, no un gasto.

4. Conclusiones

El trabajo expuesto ha analizado los pactos de integridad como instrumento y como concepto en construcción (Voz) – no existe ningún trabajo científico sobre el particular – dentro de la lógica conceptual y teórica de la acción colectiva. Dentro de la misma, nos ha parecido adecuado enmarcar los pactos de integridad dentro de la gestión de la integridad de los procesos de contratación pública (transparencia, rendición de cuentas, la eficacia, la eficiencia y la competitividad).

Cuando hablamos de integridad en la contratación pública estamos refiriéndonos a cómo se gestionan los recursos públicos. Y aquí debemos ir más allá de la tradicional visión de lo público que provee el Estado. Se trata de gestionar los recursos públicos de tal manera que la gobernanza de los procesos de contratación pública sea beneficiosa para la sociedad en su conjunto, empresas y ciudadanos. Los pactos de integridad nacen de la necesidad de ofrecer soluciones innovadoras anti-corrupción en el ámbito de la contratación pública.

En la práctica, un pacto de integridad es un acuerdo facilitado y monitorizado por la sociedad civil entre una administración pública (en particular, un órgano de contratación) y las empresas licitadoras o las asociaciones o entidades que representen sus intereses por el que se comprometen a seguir un procedimiento de contratación transparente y evitar cualquier práctica que pueda ser considerada como corrupción. Al mismo tiempo, permite crear condiciones favorables para el uso eficaz y eficiente de los recursos públicos, así como el fomento de la competitividad, al mejorar la igualdad de acceso al mercado de la contratación pública.

Los pactos de integridad buscan facilitar la implementación de soluciones prácticas a problemas concretos, más allá de la ley, por ello pueden ponerse en práctica sin modificar la legislación vigente y no son redundantes. Por el contrario, pretenden acercar las normas sociales a las legales, adaptando el comportamiento de las partes a los estándares ideales. El debate más habitual en relación a los pactos de integridad sobre la duplicidad o sustitución de controles en relación al rol de la

Intervención y de los servicios jurídicos de la Administración Pública, o del incremento de costes para el erario público de este tipo de soluciones de acción colectiva en búsqueda de la gestión de la integridad, es, como hemos visto, interesante. Sin embargo, los datos que tenemos de los resultados de los pactos de integridad finalizados nos indican que no existen duplicidades, más bien son soluciones que suman, además de no representar un coste adicional, más bien al contrario. Aunque difícil aún de medir, sería interesante calcular el coste económico de su acción como elemento preventivo de la corrupción.

Al no haber un debate o desarrollo de la Voz pactos de integridad como concepto en la literatura de ciencias sociales, concluimos que es necesario seguir trabajando en los pactos de integridad como instrumento para ir construyendo su conceptualización a la luz de los datos que vamos obteniendo de los distintos proyectos piloto que desde hace pocos años se están implementando, desde organizaciones supranacionales como la Unión Europea, con el apoyo de Transparency International Secretariat, u organismos internacionales como la OCDE.

Sin una continuidad a medio-largo plazo de experiencias de implementación de pactos de integridad no se pueden obtener datos que nos permitan profundizar en el instrumento o herramienta como concepto y pueda ser reconocido por la comunidad científica como Saber. Esta Voz aspira a servir como inicio de un proceso de conceptualización para lo que es necesario más experiencias, más datos y de mejor calidad. Seguiremos con atención las conclusiones de los pactos piloto de la UE, que son los únicos que han apostado por su continuidad a medio-largo plazo.

Bibliografía

- Alt, J.E. y Shepsle, K. (ed.). *Perspectives on Positive Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arribas Reyes, E. (2018). Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local. En *La nueva contratación pública en el ámbito local* (Cap. 6), Madrid: Wolters Kluwer.
- Arribas Reyes, E. y Revuelta Alonso, A. (26 abril, 2017), Por una contratación realmente pública–Pactos de Integridad y datos abiertos. Agenda Pública, *El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/por-una-contratacion-realmente-publica-pactos-de-integridad-y-datos-abiertos/>.
- Basel Institute on Governance (s.f.). Collective Action. Recuperado de <https://www.baselgovernance.org/collective-action>.
- Comisión Europea (2014). *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Eu anti-corruption report*, Bruselas, COM(2014) 38 final.
- Comisión Europea (s.f.), Integrity Pacts. Recuperado de https://ec.europa.eu/regional_policy/es/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/.
- Dunlop, C. A., y Radaelli, C. M. (2019). Policy Instruments, Policy Learning and Politics: Impact Assessment in the European Union. En G. Capano, M. Howlett, M. Ramesh, A. Virani (eds.), *Making Policies Work: First- and Second-order Mechanisms in Policy Design* (pp. 136-155). Cheltenham: Edward Elgar.
- Giraldes Gutiérrez, L.S., Responsable del Gabinete Jurídico del Gabinete de Presidencia del Ayuntamiento de Madrid, entrevista el 6 diciembre de 2017.
- Gimeno Feliu, J.M. (2016). *Informe sobre la viabilidad de los Pactos de Integridad en España*. Madrid, España: Transparencia Internacional España.

- Gimeno Feliu, J.M. y Moreno Molina, J.A. et al (2017). *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*. Zaragoza, España: Observatorio para la Contratación Pública. Recuperado de http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_2_-_Observaciones_al_Proyecto_de_Ley_29_enero_2017_Versio_n_3_2_f68c4305%232E%23pdf/chk.fdba7cd3c3540d93bae1a73a846ad1ab.
- Hardin, G. (1968). *The Tragedy of the Commons*. Science, 162, pp. 1243–1248.
- High-Level Advisory Group (2017), Report to the OECD Secretary-General on Combating Corruption and Fostering Integrity. Recuperado de <http://www.oecd.org/corruption/HLAG-Corruption-Integrity-SG-Report-March-2017.pdf>.
- Jiménez Asensio, R. (2017). *Cómo prevenir la Corrupción: Integridad y Transparencia*, San Sebastián: La Catarata.
- Marquette, H. (2015). *Corruption and Collective Action, Research Paper 32. The Developmental Leadership Program (DLP) International Development Department*, School of Government and Society, College of Social Sciences, University of Birmingham.
- Maudes, A. (2019). Economista del Estado, entrevista el 4 de noviembre de 2019.
- Nero, W. (2016). *Collective action to tackle corruption*. Basel Institute of Governance. Regulatory and Compliance. Basel.
- OECD (2017). Report by the High-Level Advisory Group (HLAG), Recommendation No. 16. Paris.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard: Harvard University Press.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press.
- Ostrom, E. (1992). *Crafting Institutions for Self-governing Irrigation Systems*. San Francisco, CA: ICS Press / Institute for Contemporary Studies.
- Ostrom, E. (2009). Design Principles of Robust Property-Rights Institutions: What Have We Learned? En K.G. Ingram y Yu-H. Hong (eds.). *Property Rights And Land Policies*. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy.
- Pérez Triviño, J.L. (2018). Whistleblowing. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14, pp. 285-298.
- Transparencia Internacional (2013). *Integrity Pacts in Public Procurement: an implementation guide*. Recuperado de https://www.transparency.org/whatwedo/publication/integrity_pacts_in_public_procurement_an_implementation_guide.
- Transparencia Internacional España (s.f.). Proyecto integridad. Recuperado de <https://integridad.org.es/proyecto-integridad/>
- UNODC (2013), Chapter IV. From organizational change to collective action, Elements for public anti-corruption reporting. En *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide* (pp. 103-106). New York: United Nations.
- World Bank Institute (2008). *Fighting Corruption Through Collective Action - A Guide For Business*. Recuperado de https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikation/en/fighting_corruption_through_collective_action.pdf.

Comentario a Max Weber: “Prestigio del poder y sentimiento nacional”

Comment on Max Weber: “Prestigio del poder y sentimiento nacional”

Joaquín Abellán García
 Universidad Complutense de Madrid
joaquin.abellan@cps.ucm.es

Cita recomendada:

Abellán García, J. (2019). Comentario a Marx Weber: “Prestigio del poder y sentimiento nacional”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 349-353.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5038>

Recibido / received: 29/08/2019
 Aceptado / accepted: 02/09/2019

El comentario a este texto quiere plantear solamente la pregunta de por qué “nación” no es un concepto sociológico fundamental en la obra de Max Weber. No abordo aquí la posición valorativa de Weber respecto a la nación —el valor más elevado para él— ni las valoraciones que se han hecho entre los investigadores sobre esta posición de Weber¹.

El texto, del que procede este pasaje, así como otros dos textos escritos entre 1910 y 1912 y contenidos asimismo en *Economía y Sociedad*², muestran que Max Weber no elaboró sobre la “nación” un tipo ideal, es decir, un concepto teórico con capacidad analítica. Max Weber pasa a revista a los múltiples significados que se le atribuyen a la “nación” y no llega a darle al concepto “nación” un estatus teórico dentro de su sociología comprensiva.

Resumiendo, en la variedad de significados contenidos en el fragmento seleccionado se puede observar que Weber busca un significado para “nación” por la vía de la exclusión. El primer significado de uso más común es el que denomina como “nación” a un grupo humano en el que «cabe esperar que haya un sentido específico de solidaridad entre los componentes de ese grupo», y Weber señala su carácter

¹ Las valoraciones sobre la posición de Max Weber sobre la nación y el nacionalismo han sido muy distintas y contrapuestas. Véanse especialmente Wolfgang J. Mommsen (1974), Wilhelm Hennis (1996), Kari Palonen (2001) y Uta Gebhard (2004).

² Se trata de “*Ethnische Gemeinschaften*” [Comunidades étnicas] y “*Politische Gemeinschaften*” [Comunidades políticas], en: *Max Weber Gesamtausgabe*, pp. 168-190 y 204-215, respectivamente.

indeterminado. También menciona otro significado de nación como «pueblo de un Estado», pero señala Weber que una nación no coincide con «el pueblo de un Estado», pues hay comunidades políticas o Estados que incluyen algunos grupos de ciudadanos que se presentan a sí mismos como naciones. Acerca de la definición de la nación como una "comunidad lingüística" también indica Weber que hay ejemplos de comunidades en las que compartir el mismo idioma no es suficiente para ser nación, pues hay otros factores, como la religión u otros factores sociales, que dividen fuertemente a los miembros de esa comunidad de lengua. Respecto a esa identificación entre comunidad lingüística y nación, Weber menciona varios ejemplos de comunidades con una lengua común que no se perciben como nación y de comunidades en las que sí existe una pretensión de serlo en alguno de sus grupos integrantes; o también alude al caso de comunidades con un idioma común, que comparten ese idioma con los habitantes de otro Estado y que se sienten y declaran, sin embargo, miembros de otra comunidad política; incluso, pone un ejemplo de cómo en alguna comunidad lingüística las respuestas de sus miembros a si se consideran una nación son muy distintas según el lugar de la diáspora en que vivan. En la referencia al "sentimiento nacional" en el propio fragmento seleccionado, Weber llega a la misma conclusión, pues el sentimiento nacional del alemán, del inglés, del español, etc. no funciona de la misma manera.

Con esta situación tan variada de casos y ejemplos que Weber expone en el texto (la afirmación enfática por parte de una comunidad de percibirse como nación, el rechazo a considerarse una nación, o la indiferencia hacia la idea de nación), él considera que el concepto "nación" está denominando realidades tan diversas y dispares que no es posible construir un concepto de "nación" que pueda cumplir las funciones que cumplen los conceptos en la ciencia social que él está estableciendo. El mismo afirma que no se puede intentar hacer una "casuística sociológica" en relación con el concepto valorativo "nación", que es totalmente polisémico desde un punto de vista empírico, pues tendría que desarrollar todas las clases de sentimiento de comunidad, sus orígenes y las consecuencias que tienen para la acción de los miembros de esas comunidades. Es decir, el concepto "nación" o "sentimiento nacional" no permite ser utilizado para indicar las causas o motivos de una acción social o sus consecuencias, que es la función principal de los conceptos en su "sociología comprensiva". La pregunta que hace en el texto en relación con el "sentimiento nacional" o con la "nación", y que no puede ser respondida con los distintos significados de nación mencionados, es precisamente ésta: «¿qué consecuencias está dispuesto un grupo de personas a extraer del "sentimiento nacional" para el desarrollo de una acción social concreta?». En la misma línea va la afirmación de Weber, en los primeros párrafos del texto seleccionado, cuando, después de referirse al sentido usual de "nación" como poder esperar una solidaridad mutua y recíproca entre los miembros de un grupo humano, añade que con esa definición no se puede saber ni cómo se organizarán esos grupos ni qué tipos de acción se van a derivar de esa solidaridad, es decir, no se puede obtener aquello que se espera precisamente con la construcción de un tipo ideal.

Por esta vía de la exclusión sabemos que, para Weber, la nación no es una "comunidad étnica": la etnia no es un criterio claro, firme, sobre el que hablar de nación, pues no se puede establecer con él qué tipo de acción comunitaria se deriva sobre la base del parentesco³. También sabemos que excluye todos los factores de

³ En el segundo congreso de Sociología, celebrado en Berlín en 1912, al comentar Weber la ponencia de Paul Barth sobre "*Die Nationalität in ihrer soziologischen Bedeutung*" [La nacionalidad en su significación sociológica], dice sobre la validez del criterio racial para el análisis que un yanqui acepta como compatriota a alguien que tenga un cuarto o un octavo de indio, pero no acepta a un negro, aun cuando adoptara las mismas pautas de comportamiento y tuviera las mismas aspiraciones sociales. Esta repulsión era puramente de carácter social, no racial (Weber, 1988, p. 485).

tipo cultural, como la religión, el idioma, las costumbres, incluso aunque de éstas surgiera una comunidad con un tipo antropológico específico. Y sabemos que tampoco es un criterio para la definición la pertenencia a un Estado, pues como ya se ha dicho antes la nación no es intercambiable con "pueblo del Estado", aunque el Estado sí puede hacer posible una nación. Después de este proceso de exclusión, cabe decir que Weber sólo encuentra un único elemento que permitiría definir la nación y éste es su orientación hacia el Estado. En el texto "*Etnische Gemeinschaften*" escribe:

Una y otra vez encontramos en el concepto "nación" una relación con el "poder" político; lo "nacional" –si es que eso es realmente algo unívoco– es un tipo específico de *pathos* que, en un grupo de personas unidas por una común lengua, o confesión, o destino, o costumbres comunes, va asociado a la idea de una forma de organización del poder político propio, sea ésta ya existente o añorada, y cuanto más énfasis se pone en el "poder", más específico es [el *pathos*]. Este orgullo sentido por el poder poseído o por la añoranza del "poder" político abstracto de la comunidad puede estar, como tal, más extendido en una comunidad cuantitativamente "pequeña" –como la comunidad lingüística de los húngaros, de los checos o de los griegos de hoy– que en otra comunidad cualitativamente similar, pero cuantitativamente mucho más grande, como, por ejemplo, los alemanes de hace un siglo y medio, que en esa época eran esencialmente una comunidad lingüística, pero que no tenía ninguna pretensión de un poder "nacional" (Weber, 2001a, p. 190).

Según esto, para Max Weber una comunidad sólo forma una nación cuando actúe como una organización de poder político, lo que en los tiempos modernos significa estar organizada como Estado.

Esta definición, que parece clara, no deja de ser una definición abierta, pues como observa Dieter Langewiesche (2016)⁴, tanto la nación como el Estado no tienen un tratamiento sistemático en Max Weber. Y la nación está todavía menos tratada sistemáticamente, sin que llegara a ser una categoría teórica en su sociología. La razón principal por la que Max Weber no elevó el concepto de nación a una categoría sociológica básica está en que ese concepto se volatiliza cuando se quiere hacer de él un tipo ideal, es decir, un concepto compacto, con coherencia interna entre sus ingredientes. La categoría "nación" resulta demasiado indeterminada, indefinida, para el análisis de las causas de las acciones de los individuos, pues los elementos que están asociados a nación empíricamente, en la historia, son heterogéneos, dispersos, no próximos. Como ya hemos mencionado anteriormente, el significado de "nación" no nos dice nada sobre el origen o las causas de la comunidad, pues sólo nos dice una cosa respecto a su objetivo o meta: el poder político, el tener un Estado propio. El concepto de nación, con sólo esta referencia al Estado, no nos puede decir nada más sobre quién actúa, con qué intereses actúa. Es decir, un concepto de nación así no serviría para su función de analizar y explicar la acción de los individuos, de una comunidad. Un concepto así no sirve para el análisis empírico⁵.

⁴ Véase, Dieter Langewiesche (2016, pp. 39-65).

⁵ Recuértese, por ejemplo, que en la sociología del poder, Max Weber no utiliza el concepto de "*Macht*" entre sus conceptos fundamentales, porque lo considera amorfo, indeterminado, desde el punto de vista sociológico. "*Macht*", con un significado tan indeterminado que puede abarcar cualquier forma de imposición de la voluntad de una persona sobre la de otra (incluso en contra de la voluntad de esta otra persona sobre la que se ejerce) y que puede ejercerse por cualquier motivo posible y sin ningún tipo de regularidad, es por ello un concepto "amorfo" con el que no se puede emprender ninguna tipificación conceptual de modo que tenga capacidad analítica a la hora de imputarle causas o motivos a una acción social o de poder derivar de ella consecuencias. A diferencia de "*Macht*", con el concepto "*Herrschaft*" Weber denomina a una relación de poder clara entre alguien que manda y alguien que acepta obedecer porque tiene un motivo para ello (considerar legítimo al que le manda). Dicho sea de paso: nuestro término "dominación" para traducir "*Herrschaft*" no contiene directamente esas características de la

Langewiesche señala además otra razón. Como es sabido, desde 1910 aproximadamente, Max Weber ensanchó su perspectiva de análisis para incluir una perspectiva de historia universal. Y en esta perspectiva el concepto de nación tampoco ocupa un lugar. Si la nación está orientada hacia el poder (Estado), en un Estado-nación, o Estado nacional, ¿qué aporta la nación? ¿Qué añade "nacional" a Estado? Estado y nación se funden mutuamente y son un Estado. La denominación "Estado nacional", por cierto, apenas la utiliza Max Weber. ¿Qué le añade lo nacional al Estado desde la perspectiva de la historia universal? Algunos autores habían querido ver en lo "nacional", en el Estado nacional, que lo nacional podría añadir algo, en el sentido de darle al Estado una base más amplia de participación y de legitimidad, es decir, que la nacionalización del Estado podría tener un efecto democratizador, de una mayor participación⁶. Pero Weber entendía al Estado como una relación de poder-obediencia muy precisa, y contaba con todos los elementos para su papel. Otros elementos, como a los que aludía Robert Michels, no entran en el concepto de Estado. El Estado sí cabe en una perspectiva de historia universal, mientras que la nación, según Weber, no suministraba conceptos viables para ello (Langewiesche, 2016, pp. 48-49).

En los años de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, Max Weber experimentó que la "nación" estaba por encima del Estado. La definición de la nación incluía esa orientación de la nación hacia el poder político, hacia el Estado, y el Estado era para Weber la más alta organización del poder en la tierra. Pero durante la guerra se puso de manifiesto que el Estado necesitaba la aprobación de los hombres, algo que se podía conseguir a través del "sentimiento nacional". Este sentimiento era imprescindible para la comunicación entre los militares y los soldados, para la lucha como tal, para soportar y explicar la experiencia de la derrota. El Estado entonces estaba necesitado existencialmente de esa "confesión" nacional. Pero el Estado que puede mucho, no lo puede todo, y no puede obligar a los demás a "una entrega libre" al Estado. A la nación (comunidad cultural), sin embargo, sí se le da esa entrega libre y voluntariamente.

En esta situación, Weber pudo observar y reconocer que lo nacional tenía efectos sobre las acciones de los individuos en el frente, que el sentimiento nacional –que en las páginas anteriores hemos visto como indeterminado, no preciso, a la hora de construir un concepto teórico– podía establecer comportamientos, y no sólo para los presentes, sino también para los descendientes, es decir, la nación podría obtener un estatus teórico distinto, pero Max Weber no lo hizo. La nación había sido el valor más alto para él y ahora, al final de la guerra, también lo era como punto de referencia para la construcción del futuro de Alemania. Pero Weber no llevó al concepto lo que la realidad estaba mostrando, y no categorizó teóricamente el concepto de nación. Como ya anuncia Langewiesche en el título de su trabajo, el sociólogo Weber enmudece ante su máximo valor (la nación).

definición weberiana de "*Herrschaft*". Por ello, no resulta adecuado para traducirlo y se hace necesaria una explicación complementaria para no desviarse del concepto weberiano.

⁶ Robert Michels, por ejemplo, en el Segundo Congreso de Sociología en Berlín, 1912. Véase Weber et al (1913).

Bibliografía

- Gebhard, U. (2004). The meaning of Honour in Weber's Concept of Nation. *Max Weber Studies*, 4(2), pp. 221-233.
- Hennis, W. (1996). *Max Webers Wissenschaft vom Menschen. Neue Studien zur Biographie des Werks*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Langewiesche, D. (2016). Nation bei Max Weber: soziologische Kategorie und politische Bekenntnis. Zum Verstummen des Soziologen als *homo politicus* vor seinem Wertgott. En D. Lehnert (ed.), *Max Weber 1864-1920. Politik – Theorie – Weggefährten*. Köln, Weimar, Wien: Böhlau Verlag, pp. 39-65.
- Mommsen, W. J. (1974). *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, 2ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Palonen, K. (2001). Was Max Weber a Nationalist?? A Study in the Rhetoric of Conceptual Change. *Max Weber-Studies*, 1(2), pp. 196-213.
- Weber, A., Barth, P., Schmid, F., Moritz Hartmann, L., Oppenheimer, F., Michels, R. (1913). *Verhandlungen des Zweiten Deutschen Soziologentages vom 20. Bis 22. Oktober in Berlin. Reden und Vorträge von Alfred Weber, Paul Barth, Ferdinand Schmid, Ludo Moritz Hartmann, Frans Oppenheimer, Robert Michels und Debatten*. Tübingen: Sauer u. Auvermann.
- Weber, M. (1988), *Gesammelte Schriften zur Soziologie und Sozialpolitik*. 2º ed. (edición de Marianne Weber). Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Weber, M. (2001a). Etnische Gemeinschaften. En *Max Weber Gesamtausgabe Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass. Teilband I: Gemeinschaften*. Edición de Wolfgang J. Mommsen. Tübingen: Mohr, pp. 168-190.
- Weber, M. (2001b). Politische Gemeinschaften. En *Max Weber Gesamtausgabe Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass. Teilband I: Gemeinschaften*. Edición de Wolfgang J. Mommsen. Tübingen: Mohr, pp. 204-215.
- Weber, M. (2001c). Machtprestige und Nationalprestige. En *Max Weber Gesamtausgabe Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass. Teilband I: Gemeinschaften*. Edición de Wolfgang J. Mommsen. Tübingen: Mohr, pp. 240-247.

Prestigio del poder y sentimiento nacional*

Power's prestige and national sentiment

Max Weber

Cita recomendada:

Weber, M. (2019). Prestigio del poder y sentimiento nacional (J. Abellán García, trad.). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 354-357. (Obra original publicada en 2001)

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5039>

Recibido / received: 29/08/2019
Aceptado / accepted: 02/09/2019

El apego al prestigio político puede casarse con la creencia específica de que la gran estructura de poder como tal tiene una responsabilidad ante los descendientes por la forma en que estén distribuidos el poder y el prestigio entre la propia comunidad política y las comunidades extranjeras. Es lógico que, en todas partes, los grupos que dentro de una comunidad política estén en posesión de poder dirigen la acción de la comunidad estén más llenos de este sentimiento ideal del prestigio del poder y sigan siendo los que de manera más fiable defiendan la idea de "Estado" como un poder imperialista que exige una entrega incondicional. También apoyan esa idea, además de los intereses imperialistas materiales directos ya explicados¹, los intereses materiales indirectos y los intereses ideales de las capas de dentro del aparato político, que son privilegiadas en un sentido ideal por la propia existencia de ese aparato. Se trata sobre todo de aquellas capas que se sienten especialmente "participantes" de una "cultura" concreta, la cual está muy extendida entre los implicados en la organización de la comunidad política. Pero el desnudo prestigio del "poder", por la influencia de estas capas, se transforma inevitablemente en otras formas [de prestigio], concretamente en la idea de "nación".

"Nación" es un concepto, si es que fuera realmente unívoco, que no puede en ningún caso definirse por unas características empíricas comunes de las cosas que se atribuyen a ese concepto. Lo que ese concepto afirma, en el sentido de los que lo usan, no ofrece duda: que de ciertos grupos de personas *se puede esperar* que tengan un sentido específico de solidaridad respecto a los otros; es, por lo tanto, [un

* El original de este texto está publicado en Weber, M. (2001c). *Machtprestige und Nationalprestige*. En *Max Weber Gesamtausgabe Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass. Teilband I: Gemeinschaften*. Edición de Wolfgang J. Mommsen. Tübingen: Mohr, pp. 222-47; las seleccionadas aquí: pp. 240-247. Traducción de Joaquín Abellán García.

¹ Véanse pp. 231-235 del texto.

concepto] que pertenece a la esfera de valores. Pero no hay acuerdo sobre cómo se delimitarán estos grupos, ni sobre qué tipo de acción colectiva se va a derivar de esa solidaridad. La "nación" en el sentido usual del lenguaje no es lo mismo que "pueblo del estado", es decir, no es lo mismo que la pertenencia a una comunidad política. Pues hay numerosas comunidades políticas (por ejemplo, Austria) que incluyen algunos grupos de personas en los que se enfatiza la autonomía de su "nación" respecto a otros grupos, y hay también, por otro lado, algunas partes de un grupo que se presentan como una "nación" única (por ejemplo, también Austria)². A demás, la nación no es lo mismo que una comunidad lingüística, porque una comunidad lingüística no siempre es suficiente para ello (como ocurre en el caso de los serbios y los croatas, los estadounidenses, los irlandeses y los ingleses); y, por otro lado, la comunidad lingüística no parece absolutamente necesaria (la expresión "nación suiza" y "pueblo suizo" se encuentran ambas en documentos oficiales), y algunas comunidades lingüísticas no se perciben a sí mismas como una "nación" distinta (por ejemplo, los bielorrusos, al menos hasta hace poco)³. No obstante, la pretensión de considerarse como una "nación" distinta suele estar asociada particularmente al "bien cultural de masas" de la comunidad de lengua (tan predominante en la tierra clásica de la lucha lingüística (Austria) y también en Rusia y en la Prusia oriental)⁴, pero con intensidades muy diferentes (por ejemplo, con muy poca intensidad en Estados Unidos y en Canadá). Pero también ocurre que se rechace la pertenencia "nacional" respecto a otros hablantes de la misma lengua por diferencias en el otro gran "bien cultural de masas": la confesión religiosa (como pasa entre los serbios y los croatas)⁵, pero también por diferencias en la estructura y en las costumbres sociales (como ocurre con los suizo-alemanes y con los alsacianos respecto a los alemanes del *Deutsches Reich*, o con los irlandeses respecto a los ingleses), es decir, por diferencias de carácter "étnico", pero sobre todo por los recuerdos de un destino político común compartido con otras naciones (como los alsacianos con los franceses desde las guerras de la Revolución, que es la época de sus héroes comunes, o como con los bálticos respecto a los rusos, cuyos destinos políticos ayudaron a gobernar). Ni qué decir tiene que la pertenencia "nacional" no tiene que descansar en una verdadera comunidad de sangre: en todas partes, los "nacionalistas" radicales especialmente son a menudo de ascendencia extranjera. Y la existencia de un tipo antropológico común específico no es que sea simplemente indiferente para el establecimiento de una "nación", sino que no es suficiente ni necesario para ello. Pero si la idea de "nación" incluye gustosamente la idea de una comunidad de origen y de una similitud esencial (de contenido indeterminado), la comparte con el sentido "étnico" de comunidad –como hemos visto⁶– alimentado también desde diferentes fuentes. Pero un sentimiento de comunidad étnica por sí solo no constituye una "nación". Los bielorrusos, sin duda, siempre han tenido un sentido de pertenencia "étnica" a los grandes rusos, pero difícilmente reclamarían el título de una "nación" distinta incluso ahora. Los polacos de la Alta Silesia carecían casi por completo de la idea de un sentimiento de unión con la "nación polaca" hasta no hace mucho tiempo:

² Se refiere los movimientos de emancipación nacional de la población eslava en monarquía danubiana Austria-Hungría, especialmente los checos, los serbios y la Galicia (Galizien) polaca [nota del editor alemán].

³ Tras la derrota del levantamiento polaco de 1863, en el que había participado la nobleza de origen polaco y los círculos burgueses bielorrusos, en 1867 se prohibieron las publicaciones bielorrusas. Pocos años después empezaron a organizarse grupos nacionalistas entre los estudiantes y los intelectuales, y desde 1902 el partido socialista bielorruso [nota del editor alemán].

⁴ En los territorios polacos de Prusia se promulgó legislación desde 1881 para germanizar a la población polaca [nota del editor alemán].

⁵ Mientras los serbios son en su mayoría ortodoxos, la mayoría de los croatas son católicos.

⁶ Se refiere a las páginas 174-176 que se corresponden con el escrito "Comunidades étnicas" (*Max Weber Gesamtausgabe Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass. Teilband I: Gemeinschaften*. Edición de Wolfgang J. Mommsen. Tübingen: Mohr, p. 168-190) [nota del traductor].

se sentían como una comunidad "étnica" distinta respecto a los alemanes, pero eran súbditos prusianos y nada más. El problema de si podemos llamar a los judíos una "nación" es antiguo; normalmente se contesta negativamente, pero en cualquier caso de una manera diferente por los judíos rusos, por los judíos asimilados de Europa occidental y Estados Unidos, por los sionistas y, sobre todo, de manera muy diferente también por los pueblos del entorno: por ejemplo, por los rusos, por un lado, y por los estadounidenses, por otro (al menos los que todavía hoy se adhieren a la "similitud esencial" entre un tipo estadounidense y un judío, como ha hecho un presidente norteamericano en un documento oficial)⁷. Y los alsacianos que hablan alemán, que rechazan la pertenencia a la "nación" alemana y cultivan la memoria de la comunidad política con Francia, y se cuentan sin duda alguna como parte de la "nación" francesa. Los negros de Estados Unidos se considerarán, al menos en la actualidad, como "nación" estadounidense, pero casi nunca serán considerados por los blancos del sur como pertenecientes a ella. Hace sólo 15 años los buenos expertos de Oriente negaban a los chinos la calificación de "nación": no eran más que una "raza"; hoy en día el juicio sería diferente, no sólo por parte de los principales políticos chinos, sino también de los mismos observadores, y por lo tanto parece que un grupo de personas puede, bajo circunstancias, "ganar" la característica de "nación" por un comportamiento específico o como una "conquista", y eso en cortos períodos de tiempo. Y por otro lado hay grupos de personas que no sólo reclaman indiferencia respecto a la nación, sino reclama expresamente la eliminación de valorar la pertenencia a una sola "nación" como una "conquista"; en el presente sobre todo está ocurriendo con ciertas clases dirigentes del movimiento proletario moderno, con resultados muy diferentes dependiendo de la pertenencia política y lingüística, y también de las clases del proletariado, y en la actualidad con éxito mas bien decreciente en su conjunto.

Entre la afirmación enfática, el rechazo enfático y, finalmente, la total indiferencia hacia la idea de la "nación" (como la podría tener el luxemburgués, por ejemplo, y como es propio de los pueblos "no despiertos" desde el punto de vista nacional), hay una secuencia de comportamientos muy diferentes y altamente cambiantes respecto a la "nación" entre los estratos sociales, también dentro del grupo concreto, a los que el uso de la lengua atribuye la calificación de "nación". Los estratos feudales, los funcionarios públicos, la "burguesía" productiva de las diferentes categorías, las "capas intelectuales" no se comportan de manera uniforme, constante históricamente, respecto a ello. Son dos cosas cualitativamente muy distintas los motivos en los que se apoya la creencia de representar a la propia "nación", y el comportamiento empírico que se deriva de pertenecer o no pertenecer a la "nación". El "sentimiento nacional" del alemán, inglés, americano, español, francés, ruso no funciona de la misma manera. Lo mismo ocurre –por señalar los hechos más sencillos– en relación con la asociación política, con cuya extensión real puede entrar en contradicción la "idea" de la "nación". Esta contradicción puede tener consecuencias muy diferentes. Los italianos en el Estado austriaco sólo obligados lucharían contra las tropas italianas; una gran parte de los austríacos alemanes de hoy sólo con extrema reticencia y sin fiabilidad lucharían contra Alemania; entre los germano-estadounidenses, que mayoritariamente mantienen su "nacionalidad" más alta, sería al contrario, lucharían contra Alemania, aunque no de manera gustosa, pero llegado el caso lucharían sin ningún reparo; los polacos del Estado alemán lucharían probablemente contra un ejército ruso-polaco, pero difícilmente contra un ejército polaco autónomo; los serbios austriacos con sentimientos muy divididos y sólo con la esperanza de lograr una autonomía común contra Serbia, los polacos rusos lucharían de forma más fiable contra un alemán que contra un ejército austriaco. Uno

⁷ El editor alemán indica que Weber se está refiriendo al presidente Roosevelt (véase la nota del editor en la p. 243 del texto original) [nota del traductor].

de los hechos más conocidos históricamente es que, dentro de una misma "nación", la intensidad del sentimiento de solidaridad hacia afuera es muy diferente en cuanto a su fortaleza y su variabilidad. En general, ha aumentado la intensidad, incluso allí donde no habían disminuidos los conflictos de intereses internos. Hace sesenta años, la "Kreuzzeitung"⁸ apeló a la intervención del emperador de Rusia en asuntos internos alemanes, lo cual sería difícil de imaginar hoy en día a pesar del aumento de las diferencias de clase. En cualquier caso, las diferencias son muy significativas y fluidas, y de manera similar se presenta en todos los demás ámbitos la misma pregunta: ¿qué consecuencias está dispuesto un grupo de personas a extraer del "sentimiento nacional", difundido dentro del grupo con un fuerte sentimiento sincero, para el desarrollo de un tipo de acción comunitaria concreta? Las respuestas son muy diferentes. El grado en que una "costumbre", o más correctamente, una convención social se mantenga como "nacional" en la diáspora, es tan diferente como lo es el significado de las convenciones para creer en su existencia como una "nación" distinta. Una casuística sociológica en relación con el concepto valorativo "idea de nación", totalmente polisémico desde el punto de vista empírico, tendría que desarrollar todos los tipos concretos del sentimiento de comunidad y de solidaridad en sus condiciones de origen y en sus consecuencias para la acción comunitaria de los participantes.

Esto no se puede intentar aquí. En cambio, vamos a abordar ahora más de cerca que la idea de "nación" está entre sus defensores en una relación muy íntima con los intereses de "prestigio". En sus primeras y más enérgicas expresiones la "nación" contenía, de una forma u otra, la leyenda de una "misión" providencial, que se esperaba que fuera asumida por aquellos a quienes se dirigía el *pathos* de sus representantes, y la idea de que esta misión era posible precisamente cultivando la peculiaridad individual del "grupo" particularizado como "nación" y sólo a través de ese grupo. Por lo tanto, si esta misión se intenta justificar por el valor de su contenido, sólo puede ser presentada de manera coherente como una misión "cultural" concreta. La superioridad o la insustituibilidad del "bien cultural" a preservar y a desarrollar mediante el cultivo de la peculiaridad está entonces en quién tiende a estar anclado el significado de la "nación", y es por ello evidente que, al igual que los poderosos de la comunidad política provocan la idea de Estado, así también los que tienen que tomar la dirección en una "comunidad cultural" son aquel grupo de hombres a los que le son accesibles, por su propia cualificación, determinados rendimientos que son considerados "bienes culturales"; los "intelectuales, por tanto, como los hemos llamado provisionalmente, están específicamente predestinados a propagar la idea "nacional". Porque entonces, cuando esos sujetos culturales...⁹

[El prestigio cultural y el prestigio del poder están estrechamente unidos. Una guerra *triumfante* requiere el prestigio cultural (Alemania, Japón, etc.)¹⁰. Otra cuestión es si la guerra *beneficia* al desarrollo cultural, la cual ya no se puede resolver sin "hacer juicios de valor". Con toda seguridad *no* se puede resolver *de manera unívoca* (Alemana después de 1870!). Por características empíricamente accesibles, *no* [se puede resolver]: el arte puro y la literatura de *cuño* alemán *no* han surgido en el *núcleo* político de Alemania!

⁸ Periódico conservador prusiano [nota del traductor].

⁹ El texto de Weber se interrumpe con unos puntos suspensivos. El editor alemán añade el párrafo final, tomado de una nota marginal del manuscrito de Weber [nota del traductor].

¹⁰ Se refiere a la victoria de los Estados alemanes bajo la dirección de Prusia sobre Francia en la guerra de 1870-71, así como la no esperada victoria de Japón en la guerra ruso-japonesa de 1904-5 [nota del traductor].

Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista*

State feminism: fundamentally religious and religiously fundamentalist

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID ID 0000-0002-0548-7175
AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es

Cita recomendada:

García Figueroa, A. (2019). Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 358-376.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5040>

Recibido / received: 01/09/2019

Por gritar ¡Viva la Pepa!
Me metieron en la cárcel,
Y después que me sacaron
¡Viva la Pepa y su madre!

De una chirigota
en tiempos de las Cortes de Cádiz
(en Calvo 2019: 43 s.)

Reflexiones sobre la propuesta de reforma constitucional “en perspectiva de género” de Itziar Gómez Fernández

En su estimulante artículo “¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una Constituyente feminista*” (Gómez 2019), la profesora Itziar Gómez Fernández abunda en la necesidad de una reforma constitucional “con perspectiva de género”, ya anunciada en el libro de su autoría *Una Constituyente feminista* (Gómez, 2017). Una discusión

* Este trabajo se inscribe en la investigación del proyecto financiado por el Plan Nacional de Investigación del MINECO Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos (2015-69217-C2-2-R).

concisa de cada una de las reformas que la autora sugiere en su libro excedería con mucho el cumplimiento de la grata tarea que amablemente me confió el Director de *Eunomía*, el profesor José María Sauca, a quien agradezco mucho su invitación a formular las siguientes observaciones críticas, que se ciñen al artículo de Itziar Gómez¹.

1. La propuesta de reforma y “la nostalgia de la unanimidad”

Itziar Gómez enuncia en su artículo el siguiente elenco de “opciones políticas fundamentales” que en su opinión justifican la reforma de la Constitución de 1978:

i) El respeto al principio de paridad en el reparto del poder; ii) el derecho al matrimonio igualitario y al divorcio libre; iii) el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el seno del matrimonio, y la obligación de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas dependientes, así como la proclamación de la igualdad plena de las personas que ostentan la tutela y/o la patria potestad en el marco de sus obligaciones y responsabilidades en relación con el cuidado y atención de sus descendientes; iv) la protección de la maternidad, como una facultad privada dotada de interés público; v) el derecho a la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres y la igualdad de oportunidades en el mundo laboral, tanto en la vertiente del empleo público, como del empleo en el orden privado; vi) la garantía de la paridad electoral; vii) la garantía de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos del Gobierno y de la Administración –central y autonómicos–, en el Consejo General del Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional; viii) la definición de un modelo de coeducación; ix) la consagración de los derechos sexuales y reproductivos; x) el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, en estrecha conexión con la preservación de la dignidad humana y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (pp. 319-320).

En términos muy generales, las medidas relativas a la paridad o las cuotas (i, vi, vii) no constituyen principios de justicia en sí mismos, sino instrumentos para alcanzar una igualdad efectiva. Desde esta perspectiva, tales medidas presentan al menos dos propiedades que desaconsejan su constitucionalización: son demasiado controvertidas y son intrínsecamente provisionales (es decir, quizá necesarias en tanto cumplan su función, pero sólo en tanto cumplan tal función en una determinada coyuntura social). Desde esta perspectiva, parece razonable articularlas legislativa y jurisprudencialmente a partir del principio de igualdad de los arts. 1.1 y 9.2 CE. El matrimonio (ii) no sólo es ya igualitario, como libre el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, sino que la jurisprudencia constitucional nos muestra en qué sentido la «lectura moral de la Constitución» que propugnó en su día el profesor Ronald Dworkin (o la «teoría del árbol vivo», adoptada por nuestro propio TC) hace innecesario reformar la Constitución en estos aspectos (aunque trataré de perfilar este argumento algo más adelante). La igualdad de los cónyuges en derechos y obligaciones (iii) está plenamente reconocida y nunca ha sido cuestionada en nuestra democracia (aunque sí lo sea en otras culturas jurídicas). La protección de la maternidad (iv) resulta, por lo que se refiere a las llamadas «madres de alquiler», controvertida y precisamente por ello requiere un desarrollo legislativo que refleje democráticamente el debate político y moral correspondiente (aunque en su «mística de la maternidad» (Pitch, 2018) se le auguran al feminismo buenos aliados en las fuerzas más tradicionalistas de la sociedad); el derecho a la igualdad de trato en el trabajo (v) está recogido en el Estatuto de los Trabajadores y en otros instrumentos normativos y, en fin, en cuanto al reconocimiento al derecho a una vida libre de violencia y la prohibición de tratos inhumanos y denigrantes (x) nuestro ordenamiento no parece dejar lugar a dudas constitucional, infraconstitucional, jurisprudencial y dogmáticamente. En suma, para

¹ Las referencias a Gómez, 2019 aparecerán siempre en el cuerpo de mi comentario sin más especificación que la mera referencia a sus páginas entre paréntesis.

que tales «opciones políticas» se conviertan en urgentes necesidades constitucionales, se requeriría el respaldo de un consenso que o bien ya fructificó en nuestra Constitución (en cuyo caso, tales reformas son innecesarias por redundantes) o bien requerirían del respaldo de un consenso que no existe y que en cierto modo Itziar Gómez simplemente presupone.

Desde este punto de vista, a veces da la impresión de que ciertas propuestas de Itziar Gómez destilan lo que Loris Zanatta (2019) ha descrito expresivamente como la «nostalgia de la unanimidad». En Itziar Gómez tal nostalgia se refleja en lo que cabría denominar consecuentemente el presupuesto del unanimismo. Con unanimismo quiero expresar aquí el presupuesto, ciertamente perturbador, de que existe un consenso pleno en cuestiones que sabemos no gozan de él, pero que son elevadas a horizonte utópico, quizá con el propósito de sortear el debate democrático. Sin embargo, eludir el debate democrático y racional con el pretexto del unanimismo es una vieja estrategia para eludir la siempre ardua búsqueda del consenso. Se trata de una maniobra de diversión del populismo de hoy y de ayer para tratar de imponer opciones políticas de manera irracional.

Cuando Bertrand Russell se preguntaba por los orígenes del fascismo constataba que «la revuelta contra la “razón” comenzó como una revuelta contra el “razonamiento”» (Russell, 1996, p. 54) y su pronóstico resulta hoy preocupante porque el presente parece marcado precisamente por ese ataque a la argumentación que antecede al totalitarismo. Por un lado, el razonamiento agoniza hoy por la acción de políticos y periodistas que han hallado en el filón de las identidades un repuesto fácil a la crisis del marxismo. Pero, por otra parte, el razonamiento agoniza también por la omisión de quienes mejor podrían haberlo defendido desde el viejo legado de la Ilustración: la tradición analítica que a menudo se ha enclaustrado cómodamente en su escepticismo moral sin oponer resistencia alguna a las corrientes irracionalistas de la posmodernidad. Ilustran inmejorablemente las heridas de muerte infligidas al razonamiento las graves restricciones que, con el indisimulado deseo de colonizar el mundo de vida, el feminismo radical impone desde el poder a la libertad de expresión en universidades, escuelas, publicaciones científicas, medios de comunicación y aun en los usos más espontáneos e ingenuos de la vida cotidiana. La tarea de ilustrar y someter a una crítica muy seria los excesos del feminismo en este aspecto ha sido afrontada con particular clarividencia por Pablo de Lora en su imprescindible libro *Lo sexual es político (y jurídico)* y a él me remito ahora (De Lora, 2019).

Mención aparte merece la opción distinguida por Itziar Gómez con el numeral *viii* sobre la constitucionalización del modelo de coeducación sobre la que la autora sí se detiene en su trabajo para denunciar la «configuración eminentemente abierta» del artículo 27 CE (p. 321). Itziar Gómez propone «revisar la excesivamente poco concreta redacción» (*ibid*), pues a su juicio debería consagrarse constitucionalmente la enseñanza mixta y no separada por sexos. La reforma que reclama Itziar Gómez parece ser una reacción a la jurisprudencia constitucional al respecto que considera el sistema de educación diferenciada una opción pedagógica que no puede calificarse como discriminatoria. Sin embargo, la educación separada por sexos ha sido defendida por algunas feministas y en todo caso el debate sobre este asunto es todavía descrito por ellas mismas como «*work in progress*» (e.g. Salomone, 2004, p. 92). Como han señalado Smithers y Robinson en su análisis de los modelos de enseñanza diferenciada y no diferenciada por sexos, la conclusión general sobre los méritos de uno y otro sistema es «que el jurado todavía está deliberando» (si puedo traducir así «*the jury is still out*») (Smithers y Robinson, 2006, p. 5). De ahí la paradoja de un debate donde «las creencias son tan fuertes y las evidencias tan débiles» (Smithers y Robinson, 2006, p. 31). De nuevo, Itziar Gómez parece orillar el carácter controvertido de esta cuestión que los expertos insisten en tratar con suma cautela.

¿Cómo explicar entonces la postura de Itziar Gómez? ¿Se deberá a un absolutismo moral inmune a la consideración de premisas empíricas debatidas científicamente o se deberá a la voluntad de imponer un programa de adoctrinamiento político en las escuelas sobre la base (o en la conformación ya) de esa suerte de unanimismo en la sociedad que excluya toda posibilidad de controversia y con ella la oportunidad de un debate democrático y científico? ¿Tiene algún valor para Itziar Gómez ese detalle de nuestras sociedades que Rawls (1996, p. 67) describió como «el hecho del pluralismo»?

Hasta aquí, cuando examinamos en su conjunto el listado de opciones políticas que la autora considera pendientes de reforma, advertimos que o bien se hallan ya convenientemente protegidas, o bien constituyen medidas esencialmente coyunturales, cuyo lugar no está en la Constitución; o bien se basan en teorías científicas y políticas en discusión. Nos queda considerar, en fin, si acaso tal propuesta de reforma no pretenderá sino consagrar sobre la presunta unanimidad una opción política personal, una cosmovisión del mundo a la manera de una confesión religiosa. Esta hipótesis, que exploraré aquí, resulta especialmente preocupante *máxime* cuando nadie sabe a ciencia cierta en qué consista la perspectiva de género” (De Lora, 2019, cap. VI).

Esta indefinición es, por cierto, también muy relevante aquí y constituirá un aspecto fundamental de mis reparos a su propuesta. La experiencia nos enseña que cuando ciertos conceptos como feminismo devienen institucionales (singularmente cuando se apropian de ellos políticos del estilo de la ministra Calvo), su ambigüedad no es de fiar. Desde esta perspectiva, cabría decir que se deviene feminista como Kolakowski pensaba que se deviene marxista: «por el hecho de declararse dispuesto a aceptar en cada caso el contenido que la “Autoridad” recomiende» (Kolakowski, 1970, p. 9). Desde este punto de vista, la pretensión de constitucionalizar una ideología particular, una concreta concepción de la igualdad (como es la ideología de género), puede comportar la delegación y aun el secuestro del concepto constitucional de igualdad (como el de nuestros arts. 1.1 y 9.2 CE) a manos de las autoridades custodias del concepto institucional del feminismo, que a veces parecen querer imponer una misteriosa «autoridad materna como fuente del Derecho» (Mora, 2015, p. 74). En otras palabras: constitucionalizando concretas concepciones de los conceptos constitucionales corremos el riesgo de someternos a Constituciones de sacerdotisas² y creo que a estas alturas de la historia ya deberíamos haber escarmentado de lo poco edificante que resulta confiar la determinación de nuestros principios a toda suerte de chamanes. A veces da la impresión de que si el cristianismo fue «la religión para salir de la religión» (Gauchet, 1998), el feminismo es hoy la anti-religión que nos quiere sumir de nuevo en la religión. Y no es que la religión sea algo malo en sí, pero sí lo es cuando se vuelve «estructurante», a decir de Gauchet, y no respeta el resto de cultos y de estilos de vida.

Como vamos a ver, la imagen de los sacerdotes (y singularmente de las sacerdotisas) resultará especialmente oportuna aquí, precisamente porque la ideología de género está operando ya como una religión y no debemos olvidar que

² En los debates de la comisión mixta para la redacción de la nueva Constitución para Alemania tras la caída del muro, se confrontaron dos concepciones de la Constitución: la de los juristas occidentales que insistían en que la Constitución es un texto jurídico y vinculante que, por tanto, no debía dejarse llevar por una exuberancia de contenidos que luego fuera imposible satisfacer y los juristas orientales que insistían en colmar la Constitución con grandilocuentes e innúmeras declaraciones condenadas, al fin y a la postre, a resultar meramente programáticas. Afortunadamente, se impuso la visión de los primeros con el argumento de que necesitamos una “Constitución de juristas” (*Juristenverfassung*) y no “de sacerdotes” (*Pastorenverfassung*) (v. Denninger 1994: 70).

nuestra Constitución es aconfesional³ y, naturalmente, no debe hacer suya ninguna doctrina omnicomprensiva, ninguna fe custodiada por místicos depositarios de un conocimiento que es, por confesión propia, irracional, inefable, inmune a toda crítica, sacro y, por encima de todo, de resuelta vocación práctica. En la práctica, tales sacerdotes, custodios del término, acuerdan como una decisión política el significado que el término ha de presentar en cada coyuntura política por razones de oportunidad y desde este punto de vista, la constitucionalización de «conceptos institucionales» como el feminismo supondría la apropiación por parte de tal casta sacerdotal de la norma suprema de nuestro ordenamiento y la vulneración totalitarista del principio democrático.

En suma, necesitamos una Constitución de juristas (*Juristenverfassung*) y no una *Pastorenverfassung*. No necesitamos una Constitución de sacerdotes (ni, específicamente, de sacerdotisas) y sí necesitamos una Constitución que consagre conceptos constitucionales (e.g.: igualdad, libertad, justicia) y no particulares concepciones acerca de tales conceptos (e.g. las concepciones cristiana, marxista o feminista de tales conceptos). Si el feminismo se convirtiera en religión del Estado, mediante una reforma de la Constitución, entonces ésta habría perdido su consustancial aconfesionalidad y nos sumergeríamos en un escenario totalitario y regresivo.

2. Mitomanía para un debate “meramente académico”

Itziar Gómez aborda el debate, tratando de fundar una reforma constitucional «en perspectiva de género» y ello a partir del «contexto de una serie de mitos que hay que revisar (...), que desincentivan la promoción de la misma [reforma constitucional]» (p. 314). Nada que objetar a esta afirmación, puesto que el mito es la antítesis de la razón y merece someterse al escrutinio de ésta. Sin embargo, la autora no pretende que la razón ocupe el lugar de los mitos, sino que las mujeres «participen» en éstos y propone «algunos mitos alternativos que, frente a los primeros, podrían servir para movilizar posiciones en defensa de una reforma constitucional con perspectiva de género» (ibíd.).

Este comercio de mitos resulta sorprendente. Los mitos nos pueden parecer bellos, nos pueden parecer apasionantes, nos pueden resultar inspiradores, nos pueden parecer incluso arrebataadores; pero los mitos no sirven para justificar teorías políticas ni, específicamente, reformas constitucionales. De hecho, muy a menudo tales mitos no son sino la estilización literaria de estereotipos trasnochados, contra cuya pervivencia cabe rebelarse y muchas feministas lo hacen muy justificadamente. Naturalmente, su examen puede servirnos para indagar en la explicación sociológica, psicológica, antropológica o genealógica a nuestras instituciones; pero los mitos jamás podrían servir de justificación racional para éstas. Por tanto, en un plano metodológico, centrar el debate sobre la reforma constitucional en mitos, buenos o malos, representa la confesión de parte de una debilidad metodológica.

Pues bien, los «mitos paralizantes» que, a juicio de Itziar Gómez, obstaculizan la reforma constitucional son el mito de la caja de Pandora, el mito del consenso imprescindible y el mito de la ausencia de necesidad. A continuación, sólo me ocuparé de los dos primeros. Paradójicamente, la profesora Gómez reconoce que nuestra Constitución funciona (i.e., niega la ausencia de necesidad) y que «el problema no es

³ Recordemos que «Ninguna confesión tendrá carácter estatal» (primer inciso del art. 16.3 Const.) implica sistemáticamente, según Luis Prieto (1991, p.204 s.): a) que el Estado no se concibe como sujeto creyente; b) separación entre Estado y confesiones religiosas; c) presunción de unos valores propios y seculares de la comunidad política; d) igualdad jurídica y exclusión de discriminaciones basadas en la fe.

la obsolescencia» (p. 316). La pregunta es obvia: ¿Por qué reformarla entonces? Itziar Gómez nos aclara que «(e)l problema es la desconexión y la falta de apego entre la sociedad de 2018 y la Constitución de 1978» (p. 316). La defensa de la reforma se basa, así pues, en el diagnóstico de una suerte de desencanto constitucional en nuestra sociedad. Sin embargo, no creo que debamos dejarnos llevar por las apariencias ni los sentimientos. No por casualidad, los compromisos grandilocuentes se estilan en las sociedades con menor tradición democrática. Donde la democracia y el Estado de Derecho se hallan consolidados, la rutina puede ser percibida a veces como frialdad, pero la contención en las muestras de entusiasmo constitucional de la mayor parte de los españoles no debería contemplarse como el síntoma de la urgencia de una reforma constitucional como la que Itziar Gómez sugiere.

3. El mito de la caja de Pandora

El mito de Pandora es bien conocido e Itziar Gómez nos lo recuerda bellamente con la ayuda de Hesíodo y su obra *Los trabajos y los días*. La historia es de sobra conocida. «En efecto, antes vivían sobre la tierra las tribus de hombres libres de males» (Hesíodo, 1978, p. 127, §90), pero un día Pandora liberó al mundo todas aquellas calamidades hasta entonces encerradas en aquella nefanda jarra. Itziar Gómez identifica en Pandora el «mito pacificador, consensual, asegurador de la paz social» del que se beneficiaría la Constitución para «dejar la tapa donde está» (p. 315). En otras palabras: la Constitución «no debe ser tocada porque, en contexto de inestabilidad y crisis, abordar la modificación del texto fundacional (y fundador) (...) sería una osadía equivalente a la que llevó a la inconsciente Pandora a abrir la vasija y dejar escapar los males» (p. 314 s.). Pero el problema, a juicio de Gómez, es el siguiente:

Nuestro contexto actual no es la tierra en que las “tribus de los hombres” viven “libres de males y exentos de la dura fatiga” (*ibid.*). De entrada, viven en esta tierra hombres, *pero también mujeres* que, con sus propias vivencias y necesidades, reclaman la consideración como sujeto político pleno, también como sujeto constituyente. *Reclamamos ser parte de los relatos míticos, de esos mitos fundadores de los que estamos ausentes* (p. 315, cursivas mías).

La demanda de las mujeres (o de aquellas que Itziar Gómez crea representar) de «ser parte de los relatos míticos, de esos mitos fundadores de los que estamos ausentes» es una pretensión que se asienta aquí sobre premisas falsas; que además no es viable (el mito es un hecho del inamovible pasado) y que seguramente tampoco sea deseable (los mitos no son siempre favorecedores para sus protagonistas).

Comencemos con la premisa falsa. Creo (con la cautela que me impone, bien a mi pesar, no ser un helenista) que existe un error de traducción típicamente posmoderno por parte de Itziar Gómez, que quizá invalide buena parte de su argumento al menos en el caso de Pandora; pues para ser justos, las mujeres no están ausentes, ni mucho menos, del mito, sino todo lo contrario. En el original en griego, el texto de Hesíodo dice así: «Πρὶν μὲν γάρ ζώεσκον ἐπὶ χθονὶ φυλ' ἀνθρώπων νόσφιν ἄτερ τε κακῶν καὶ ἄτερ χαλεποῦ πῶνοιο νούσων τ' ἀργαλέων, αἱ τ' ἀνδράσι Κῆρας ἔδωκαν»⁴ (Hesíodo, 1914, p. 9, §90, cursivas mías). En efecto, «φυλ' ἀνθρώπων» se traduce como «tribu de los hombres», pues «φυλή» es tribu; pero no debemos olvidar que «ἄνθρωπος» es hombre, i.e. ser humano, y, en plural, los hombres, la humanidad. Trivialmente, el término abarca, en contra de lo que sostiene Itziar Gómez, a todo el género humano con independencia de su género. En realidad, «ἄνθρωπος» es palabra tan inclusiva que puede emplearse con el artículo femenino

⁴ «En efecto, antes vivían sobre la tierra las tribus de hombres libres de males y exentas de la dura fatiga y las enfermedades que acarrearán la muerte a los hombres».

para decir mujer: «ἡ ἄνθρωπος». En suma, al menos en este mito, las mujeres están plenamente representadas. Después de todo, Pandora, su protagonista, es una mujer algo más que influyente y empoderada (bien es cierto que a costa de horrible anglicismo) y también lo son todas las mujeres de la humanidad que pertenecen, obviamente, a las tribus de los hombres y que también se vieron irremediabilmente perjudicadas por los males surgidos de aquella nefanda caja. Aunque, bien pensado, aquí Hesíodo se muestra quizá en exceso galante para los usos que trata de imponer desde el poder la ministra Calvo (declarada enemiga del «amor romántico») y reserva «la dura fatiga y las enfermedades que acarrearán la muerte» sólo a los varones («ἀνδράσι»)⁵.

Sea como fuere, asimilar las reticencias frente a una reforma constitucional a las reticencias que despierta abrir la caja de Pandora me parece improcedente porque ningún defensor de la Constitución puede considerar la reforma constitucional como una tragedia, desde el propio momento en que la Constitución prevea su propio procedimiento de reforma. Quizá valga de contraste la obra de Hobbes, que sí se acogió al mito de Pandora para sobrelegitimar el Estado y fundar un deber absoluto de obediencia al poder con una argumentación «dicotómica» (Bobbio, 1991, p. 237) en, por ejemplo, *De Cive*: «Fuera del Estado, está el reino de las pasiones, la guerra, el miedo, la pobreza, la fealdad, la soledad, la barbarie, la ignorancia, la crueldad; en el Estado el reino de la razón, la paz, la seguridad, la riqueza, la belleza, la compañía, la elegancia, la ciencia, la benevolencia» (Hobbes, 1993, p. 90; X.1 *in fine*).

No creo, en cambio, que por objetar una reforma constitucional se nos pueda acusar de abusar de una retórica dilemática (Leviatán o miseria; Constitución o caos). Insisto: oponerse frontalmente a cualquier posibilidad de reforma constitucional sería tanto como oponerse al propio contenido de nuestra Constitución cuando prevé su propia reforma. Por tanto, ningún defensor de la Constitución puede oponerse a la reforma constitucional *per se*, aunque sí deberá hacerlo con todas sus fuerzas frente a quien pudiera no tomarse en serio tal procedimiento de reforma. Ya sé que no es este el propósito de la profesora Itziar Gómez, pero también sé que algunos se apoyan en argumentos semejantes a los suyos para lanzar sus tentativas de sortear los procedimientos previstos en nuestra Constitución y subvertir el orden constitucional⁶.

4. La irracionalidad del lenguaje inclusivo: una concepción mágica del lenguaje

En cualquier caso, es de agradecer que la profesora Gómez Fernández haya «obviado» (p. 314, nota 6) en su *paper* (no así en Gómez, 2017, pp. 83, 168 y ss.) la

⁵ Por cierto, ¿promover la participación de las mujeres en tales mitos supondría quizá sustituir «ἀνδράσι» por «ἄνθρωποις» en las futuras ediciones de *Los trabajos y los días* de Hesíodo? Ciertamente, se trata del tipo de hipótesis que a uno se le antoja una meme más o menos pintoresca, pero que tampoco habrá de extrañarnos, si algún día se materializara en algún *paper*.

⁶ Itziar Gómez se refiere al llamado «problema catalán», como el principal detonante de las llamadas a la reforma constitucional. No será necesario detenerse más de lo necesario aquí porque la propia autora identifica el genuino origen de la crisis constitucional en la grave recesión económica de 2008; pero me siento obligado a dejar constancia de dos objeciones: la sesgada calificación de las posiciones del separatismo catalán como «no pragmáticas» (p. 313) y el *non-sequitur* en que incurre cuando, sin ulterior justificación, infiere de la persistencia de la crisis catalana («que permanezca abierta») una presunta «necesidad de introducir ajustes en la norma fundamental» (ibíd.). Ambas opiniones resultan sorprendentes. Si alguien hubiera visto en el golpe de Estado del teniente coronel Tejero una simple falta de pragmatismo y si, de haber gozado de alguna continuidad, hubiera considerado tal circunstancia como un argumento para reformar la Constitución, muchos habrían puesto el grito en el cielo y con razón. Desde luego, siempre habrá quien guste clasificar las insurrecciones contra nuestro legítimo orden constitucional en respetables y no respetables. A mí me parece, por el contrario, que tanto los separatistas catalanes de la algarada de 2018 como los golpistas de 1981 no merecen que su deslealtad se premie con reformas constitucionales (ni de ningún otro modo, por cierto) y sí merecen que se les aplique la Ley con el mismo rigor que todos soportamos cuando la infringimos.

constitucionalización del lenguaje inclusivo, si bien el problema viene a cuento aquí en todo caso. En la era, quizá declinante, de la *macdonaldización*⁷ global, la obsesión por el lenguaje inclusivo se nos antoja a muchos hispanohablantes como una importación más de puritanismo estadounidense. En realidad, cuando contemplamos el modo en que se conducen hombres y mujeres en sus relaciones especialmente en los países del Sur de Europa, todo parece indicar que hemos importado una técnica cuestionable para resolver un problema que no teníamos y, obrando de ese modo, no sólo hemos importado un problema nuevo (el puritanismo yanqui) o rehabilitado uno antiguo (la moralina sexual del franquismo), sino también todos los costes de su implantación (en forma de restricción grave de la libertad de expresión cuando no de intolerancia).

En realidad, no es casual que el lenguaje inclusivo tenga su origen en sociedades muy religiosas porque es un reducto más de lo que Kantorowicz (1958, p. 3) denominó la “concepción mágica del lenguaje”. De acuerdo con tal concepción mágica, el lenguaje no es el resultado de una convención, sino una herramienta que nos pone en comunicación con lo sobrenatural o lo sacro. Se trata de una concepción del lenguaje que hallamos en muchas culturas antiguas. Basta con pensar en el carácter *theopneustos* (inspirado o “soplado” por Dios) de la Biblia o del Corán, un carácter que llega al paroxismo en ciertas sectas hebreas y tibetanas, que han llegado a creer que, si lográramos componer el auténtico nombre de Dios, entonces nos fundiríamos *eo ipso* con Él. A partir de tal creencia, sus monjes han ido musitando o registrando combinaciones de sonidos en la convicción de que el azaroso descubrimiento del nombre de Dios garantizará la inmediata comunión con Él. Este mito sobre el tremendo poder del lenguaje inspiró en Jorge Luis Borges la segunda estrofa de su poema “El Golem”: «Y, hecho de consonantes y vocales/ habrá un terrible Nombre, que la esencia/ cifre de Dios y que la Omnipotencia/ guarde en letras y sílabas cabales» (Borges 1981, p. 61). Y en el mismo mito se inspiró asimismo Arthur C. Clarke para escribir un relato (“*The Nine Billion Names of God*”) donde se ponía a disposición de unos monjes tibetanos unas computadoras con que acelerar exponencialmente tal combinación de sonidos. Sin embargo, de nuevo, conviene distinguir el mito de la realidad y la realidad, muy elemental, es que el lenguaje es el resultado de una convención y no la manifestación de presuntas esencias⁸ (Dios no está, insisto, en «letras y sílabas cabales»). Por ello, tampoco responde a los caprichos de una entidad metafísica y parareligiosa (el patriarcado, por ejemplo), cuyo único e incomprensible propósito fuera, por cierto, denigrar a las mujeres.

Con toda seguridad, la articulación teórica más elaborada de la intuición de que el lenguaje es cuestión de convenciones y no de misteriosas esencias se debe a la tradición analítica y más específicamente al positivismo lógico. Como es sabido, supuso una profunda transformación de la actividad filosófica que dejó así de ser una investigación de las esencias para convertirse en «una lucha contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje», en palabras de Wittgenstein (2002, p. 123, §10). En la práctica, como el lenguaje es convencional, si convenimos (como hemos hecho siempre) en que el término «todos» o la expresión «todos los hombres» (la «muchacha alusión al masculino omnicomprendido» de que se duele Itziar Gómez, 2017, p. 83), funcionan como un cuantificador universal que engloba a todos (y no sólo a algunos de) los miembros de la especie humana (y ello con independencia de su género y de cualquier otro rasgo accidental de los individuos de nuestra especie), entonces esas palabras se refieren a todos los seres humanos y no sólo a todos los varones. Una vez así convenido, el tan celebrado «todos y todas» es una

⁷ Tomo el término de Nixon 2008, pp. 38, 124 y ss.

⁸ Por supuesto, la rehabilitación del esencialismo debida a Saul Kripke transcurre por otros derroteros alejados del nivel en que se plantea aquí mi objeción al esencialismo. Pérez 2006 nos ofrece una excelente introducción al pensamiento kripkeano.

expresión tan redundante como «todos y todos los empadronados en Villasequilla». Se trata de obviedades tan elementales que sólo admiten dos reacciones: la aceptación de lo evidente o bien, el encastillamiento en el dogma o quizá la huida hacia adelante sin un horizonte claro, salvo el de desairar a ciertas personas de temperamento más o menos conservador; pero, claro está, algo tan importante como la lengua castellana no puede convertirse en el arma arrojada con que saldar las personales filias y fobias de cada cual.

¿Por qué se ha cuestionado entonces algo tan elemental como el carácter convencional del lenguaje y se ha incurrido en un esencialismo que considera el lenguaje como algo intrínsecamente misógino; como si el lenguaje, en lugar de ser una convención, expresara la convicción de una misteriosa voluntad que lo gobernara? A continuación, desearía conjeturar que tales interpretaciones sesgadas de los lenguajes naturales (interpretaciones quizá promovidas por la propia filosofía analítica que debió prevenir tales excesos) se deben a la acción combinada de dos errores. Me referiré a tales errores como el abuso de lo performativo y la satanización de la convención. Por supuesto, aquí sólo es posible una exposición somera de esta cuestión y pido disculpas a los lectores que pudieran sentirse molestos por reiterarles cosas de sobra conocidas.

5. El abuso de lo performativo

Comencemos con el abuso de lo performativo. Uno de los rasgos más característicos de la tradición analítica consiste en su «inérita capacidad de autodestrucción» (von Wright, 1993, p. 16; Moreso, 2001, p. 215). Es decir, la tradición analítica critica y cuestiona sin remilgos incluso sus propios fundamentos y eso la ha llevado a sucesivas revisiones de sí. Uno de los hitos más conocidos de este proceso de auto-revisión se debe naturalmente a la filosofía del lenguaje ordinario. Como es sabido, J.L. Austin subrayó que el lenguaje no era sólo ese instrumento convencional para hablar del mundo (i.e. decir cosas verdaderas o falsas), sino también un instrumento convencional para hacer cosas con él. Así pues, si el viejo positivismo lógico se había concentrado en la dimensión puramente semántica del lenguaje (mediante la que se expresan contenidos proposicionales verdaderos o falsos); en cambio la ignorada dimensión pragmática rescatada por Austin y otros contempla el lenguaje como un conjunto de actos de habla con los cuales hacer cosas. Es decir, con el lenguaje podemos describir el mundo, tal y como celebraban los positivistas lógicos (i.e. «la puerta está abierta»); pero además podemos ordenar cambiarlo (¡abre la puerta!), preguntar por él (¿está abierta la puerta?) o dar rienda suelta a nuestros sentimientos (¡la puerta está abierta!, para añadir “y menos mal, ¡que menudo calor hace!”). Naturalmente, ese «hacer cosas con las palabras» constituye una tentación demasiado fuerte para quien piense que la filosofía está ahí no sólo para decir cómo es el mundo, sino más bien para «transformarlo». El descubrimiento de lo “performativo” (“una palabra nueva y una palabra fea”, a decir del propio Austin, 1999, p. 419) pertrechó a la tradición crítica con una nueva herramienta que, sin el concurso de la razón, corre el riesgo de convertirse en un arma de destrucción masiva: el sobredimensionamiento y la apropiación de la capacidad realizativa del lenguaje. En otras palabras, fue un error de la tradición analítica olvidar que podemos hacer cosas con palabras (y no sólo constatar con la ayuda de la ciencia cómo sea el mundo); pero, como vamos a ver, quizá lo fuera aún más creer (como muchas personas hoy en día) que todo acto de habla (incluido el de constatar cómo sea el mundo, hacer bromas, formular críticas, etc.) constituye invariablemente un acto político, una injuria grave, una incitación al odio o la violencia o tantas otras cosas, simplemente porque se mencionan ciertas palabras.

El problema es qué alcance tenga para nosotros la dimensión performativa del lenguaje y todo parece indicar que a ciertas feministas se les haya ido de las manos hasta olvidar la naturaleza primariamente convencional del lenguaje. En otras palabras, el lenguaje no es un instrumento del que se sirve una instancia metafísica (el patriarcado) para instrumentalizar a los hablantes e ir persiguiendo a las mujeres por ahí como un ángel exterminador. El lenguaje es una convención reinterpretable una y mil veces y, por cierto, con criterios de corrección, de justicia (que esta es, por cierto, la mejor articulación de la dimensión performativa del lenguaje que le debemos en realidad al proyecto neoilustrado de Jürgen Habermas).

En la práctica, decir que «el heteropatriarcado» o «el machismo» mató anoche a Fulanita de tal, como suele oírse a diario en la televisión es una forma de hablar que recuerda a quienes narraron cómo el «capitalismo penetró [en el interior de México] “chorreando de arriba abajo sangre y mierda por todos sus poros”, por medio de la violencia, los asesinatos, el robo, la rapiña, el engaño y las masacres permanentes» (Gilly, 1994, pp. 26 y s.). Por tanto, el *boom* de la metafísica posmoderna que nos habla con perturbadora naturalidad de entidades metafísicas como «heteropatriarcado», «machismo», «sistema», «capitalismo», etc. como si se tratara de agentes criminales que campan a sus anchas entre nosotros a la manera de la Santa Compañía, las *catrinas*, o los avatares de *Harry el sucio* o *Jack el destripador* puede ser interpretado, a mi modo de ver, como una regresión a formas animistas de religión que creíamos superadas. Se trata de expresiones que requerirían una adecuada paráfrasis como las que Bentham nos propuso para superar todo tipo de supercherías.

A un especialista en Bentham, José Juan Moreso (2013, p. 225), le debemos una clara ilustración de cómo un enunciado mal formulado puede ser salvado *more benthamiano* (i.e. mediante una buena paráfrasis) de su innecesaria carga metafísica. Si digo que «el andaluz medio ve la televisión dos horas diarias», entonces varias preguntas son pertinentes: ¿Quién es el andaluz medio? ¿Dónde vive? ¿Qué edad tiene? ¿Le gusta el flamenco? Significativamente, ninguna de estas preguntas tiene sentido cuando reformulamos correctamente el enunciado mediante la siguiente paráfrasis: “Si dividimos el número de horas de televisión que, según las encuestas, se ven a diario en Andalucía y dividimos tal cantidad por el número de individuos censados en esa comunidad autónoma, entonces el número de horas resultantes es dos”. En suma, no existe el andaluz medio, como no existe el heteropatriarcado en que se nos quiere hacer creer. Decir que el heteropatriarcado, el machismo o el capitalismo matan representa una forma muy emotiva y apresurada de hablar, necesitada de su adecuada paráfrasis para una discusión racional a partir de cifras reales (cfr. De Lora, 2019, cap. V).

6. La satanización de las convenciones y la sacralización de lo femenino: La religión feminista

De acuerdo con la arraigada concepción mágica del lenguaje, el mundo no sólo está poblado por animales, plantas y mucha gente; viven además entre nosotros espíritus que todo lo tocan, espíritus buenos y malos (sobre todo, muy malos) que además reaccionan a la invocación de ciertas palabras y no de otras. Una pura concepción mágica del lenguaje para la restauración de una visión religiosa y animista de nuestra existencia, un re-encantamiento del mundo (que habíamos creído des-encantado para siempre, en la expresión weberiana). Y he aquí una primera conclusión provisional a la que deseaba llegar, pues, no por casualidad, la fascinación por el mito que Itziar Gómez exhibe es, en realidad, la fascinación por la religión que alienta la más o menos consciente voluntad de consolidar una nueva demarcación de lo sacro. El feminismo es un culto nuevo que, precisamente por no osar reconocer su condición,

tiende con fuerza a consolidarse como un discurso fundamentalmente religioso y una creencia religiosamente fundamentalista.

Entrar en esta cuestión me obligaría a definir en qué sentido hablo aquí de religión, lo cual no es tarea sencilla. Con todo, habrá de bastar aquí con indicar que la religión puede ser contemplada, bajo una perspectiva funcionalista (e.g. la que Durkheim [2003] adoptó en su obra maestra *Las formas elementales de la vida religiosa*), como un instrumento que (con unos u otros contenidos) funciona para demarcar los ámbitos de lo sacro y lo profano. Desde esta perspectiva, el feminismo no sólo ha creado entidades metafísicas como el heteropatriarcado, sino que ha delimitado un ámbito de lo sacro en torno a lo femenino considerado como una esencia (un género, un *genus*), sobrenatural, pues va mucho más allá de la configuración cromosómica de más o menos la mitad de los individuos de nuestra especie (vid. De Lora, 2019, p. 159 ss.). Típicamente, ese ámbito de lo sacro no puede ser explicado, ni cuestionado. Sólo puede (y debe) ser aceptado como un dogma de fe. Además, como todo dogma religioso, inherentemente grave, tampoco admite bromas, salvo a costa de graves sanciones alentadas por el «feminismo de Estado consolidado» (Gómez, 2017, p. 100)⁹. No es de extrañar que, si el feminismo configura una religión, entonces el feminismo de Estado configure una religión de Estado. Desde esta perspectiva, el feminismo no debería formar parte de la Constitución en ningún caso, porque la Constitución no puede adoptar ningún culto (ni nada a ello asimilable) como confesión propia Estado. Este es un principio irrenunciable de nuestras constituciones liberales. De acuerdo con el principio de aconfesionalidad (art. 16.3 CE, primer inciso) en conexión con el principio de libertad religiosa de nuestra Constitución se sigue, en palabras de Luis Prieto (1991, p. 204) que «el Estado no se concibe a sí mismo como sujeto creyente, esto es, no concurre junto con los individuos a las expresiones propias del acto de fe».

Desde una perspectiva rawlsiana, como nos recuerda Roberto Gargarella, «más allá de su pertenencia a cualquier grupo, categoría, entidad, o comunidad —ya sea de tipo religiosa, económica, social, o sexual—, los individuos tienen (y es valioso que tengan) la capacidad de cuestionar tales relaciones, hasta el punto, aun, de separarse de ellas si es que así lo prefieren» (Gargarella, 1999, p. 126 s.). Por eso, la Constitución no puede comprometerse con la concepción cristiana de la igualdad, ni con la concepción marxista de la igualdad, ni con la concepción judía de la igualdad, ni con la concepción afroamericana de la igualdad, ni con la concepción feminista de la igualdad; sino que debe reconocer el *concepto* de igualdad para que el ulterior debate político, legislativo y jurisdiccional en el que cada cual participe libremente vaya perfilando la concepción de igualdad que en cada momento sea el reflejo democrático del concepto constitucional. Luego volveré sobre este asunto.

7. Una Constitución de compadreo y sin comadreo: el presunto pecado original de la Transición española

Como acabo de indicar, atribuir al lenguaje y a la Constitución (que se expresa mediante tal lenguaje) un propósito misógino constituye en el fondo una forma de animismo, porque se empeña en hallar tras los hechos del mundo entidades metafísicas que determinan misteriosamente la conducta humana sorteando la conciencia de los individuos. Otra estrategia típicamente religiosa consiste en recurrir al expediente del pecado original. Ya no se trata propiamente de crear entidades metafísicas en el mundo como el heteropatriarcado y cosas así a las que culpar de todos los males (y singularmente de los males de las mujeres); sino de confirmar en

⁹ Por cierto, ¿se imagina alguien hablar con tal triunfalismo de catolicismo de Estado, Islam de Estado, negritud de Estado, etc.?

el propio origen de nuestras prácticas y nuestra cultura una indeleble mácula que sólo la aceptación bautismal del feminismo puede limpiar.

Esta estrategia genealogista se remonta al irracionalismo de Nietzsche (2011) y nos la encontramos en el «mito del consenso imprescindible» con el que Itziar Gómez denuncia que el consenso de la Transición española fue defectuoso. A su entender, «se construyó sin una parte del cuerpo político [i.e. sin mujeres]» (p. 317); si bien, paradójicamente, reconoce al mismo tiempo que no estuvieron ausentes, sino privadas de «mayor visibilidad»¹⁰ (p. 317) (quizá porque la justicia de hoy sea cosa de meras apariencias). Pero dejando a un lado esta incoherencia y el hecho obvio de que el proceso constituyente tuvo lugar con todas las garantías de un sufragio universal, todo parece indicar que los llamados «padres de la Constitución» fueron, en efecto, siete individuos de nuestra especie con el cromosoma XY (pues no sabemos, ni nos interesó nunca, indagar en las intimidades de su identidad o su orientación sexual). ¿Constituye necesariamente «una Constitución sin madres» (en palabras de Itziar Gómez *ibid.*) una Constitución inválida o ilegítima en ningún sentido relevante? A la propia autora le parece «estéril» sostener tal cosa (Gómez, 2017, p. 14), pero no por ello renuncia al argumento y por tanto es necesario referirse a él.

A mi juicio, la Constitución, como cualquier otra manifestación de la cultura, forma parte de una «caja de bricolaje» (en la expresión de Lévi-Strauss), una caja que empleamos, gracias a la interpretación, de manera mucho más ágil y desprendida de sus mejores o peores orígenes de lo que las estrategias genealogistas suponen. Dicho de otro modo, no rige para las prácticas humanas (e.g. el lenguaje, una Constitución) el dogma del pecado original. Las prácticas humanas presentan naturalmente un aspecto fluido y dinámico y se desembarazan de incómodas escaleras una vez alcanzada cierta altura.

Ciertamente, algunas feministas porfían en rebuscar en la genealogía de nuestras prácticas y convenciones aquellos elementos presuntamente arraigados a una estructura esencialmente patriarcal para demostrar que nuestras prácticas son intrínseca e irremisiblemente misóginas y generar así un difuso sentimiento de culpa irredimible en los hombres, al modo, por cierto, en que el cristianismo (que sí dispone de una estructura clara) ha hecho durante siglos con sus fieles de ambos sexos. En cualquier caso, estas estrategias genealogistas, están abocadas al fracaso porque obvian ciertos aspectos esenciales de nuestras convenciones y más específicamente de nuestras convenciones lingüísticas. Veámoslo con algo más de detenimiento a través de dos argumentos que llamaré, respectivamente, el argumento convencionalista y el argumento del contexto de justificación.

8. El argumento convencionalista ante el pecado original de la Transición

Para articular este argumento contra la presunta ilegitimidad del proceso de redacción de la Constitución, voy a seguir abundando (si bien desde otra perspectiva) en el problema de la concepción del lenguaje y el esencialismo que subyacen a las reivindicaciones feministas que en su trabajo sostiene Itziar Gómez. Mi propósito es mostrar que cualquier convención (ya sea el lenguaje, ya sea una Constitución) se emancipa de sus orígenes por muy siniestros que fueran, de tal modo que la convención prosigue su función (e.g. de coordinación) totalmente al margen y, desde luego, totalmente liberada de la mácula del presunto «pecado original» gracias a los procesos de interpretación inherentes a la cultura.

¹⁰ ¿Qué significa «visibilidad»? ¿Salir en Instagram, en la televisión pública? Sea lo que fuere parece un concepto no muy claro.

Convention, el influyente libro de David Lewis (2002), fue escrito en respuesta a un reto teórico planteado por Quine: ¿cómo es posible que el lenguaje tenga su origen en un acuerdo, si tal acuerdo sólo puede articularse mediante un lenguaje? La respuesta de Lewis fue que gracias a las convenciones es perfectamente posible generar prácticas lingüísticas sin el recurso a un lenguaje previo. Aquí no nos interesa tanto entrar en los vericuetos de esta tesis, sino más bien mostrar cómo las convenciones no se hallan fatalmente condenadas a perpetuar las condiciones que le dieron origen, sino que pueden emanciparse de él hasta el punto de que quienes siguen la convención pueden hacerlo sin tener la mínima idea de tal origen, ni guardar, desde luego, compromiso alguno con él.

Es decir, aunque nuestra lengua se hubiera gestado entre las gentes más misóginas del universo, este hecho carecería totalmente de importancia porque el origen de una convención puede resultar totalmente irrelevante en el uso que nosotros hagamos de ella. Tomemos como ejemplo la convención de «hacer sábado». Hacer sábado consiste en limpiar la casa casi en un alarde de exhibicionismo higiénico. Juan-Ramón Capella (2011, p. 9) recuerda así cómo lo hacían las mujeres de su casa allá por los años cuarenta: «limpiaban las telarañas de los techos con escobas, golpeaban los colchones de lana en las azoteas, subidas a escaleras si era preciso, limpiaban todos los cristales de las ventanas, y con instrumentos caídos en desuso (...) azotaban las persianas de los balcones». Al parecer, el origen de tal convención en el siglo XVI fue mostrar públicamente que aquella casa no era judía, puesto que los judíos no pueden trabajar el sábado. Pues bien, el hecho de que aun hoy se siga «haciendo sábado» probablemente se explique porque aquella convención de origen antisemita sirvió en su día a la coordinación y organización del tiempo en las familias y quizá ello contribuyera a acompasar el ritmo de las labores en el pueblo. Si todos hacen la limpieza el sábado y todos saben que todos la hacen ese día por esa misma razón (aunque cambiarían de día si todos lo hicieran), tenemos una convención que permite a sus participantes saber a qué atenerse un sábado por la mañana y resulta de utilidad que así sea. Por tanto, el origen de la convención de «hacer sábado» puede tener un origen totalmente irracional y aún perverso, pero eso en nada afecta a la ulterior convención que se emancipa de sus orígenes porque sirve en este caso a fines de coordinación. Es decir, incluso si el lenguaje, que es convencional, hubiera sido en sus orígenes totalmente misógino, eso no nos autorizaría a considerar la lengua actual y su uso como un tributo a la misoginia. Eso sería tan absurdo como increpar al grito de «¡antisemita!» al pobre lugareño que sacudiera una alfombra desde el balcón de su casa en una plácida mañana de sábado (aunque así quieran hacernos sentir algunas feministas radicales cuando nos dicen a los hombres cómo debemos usar el idioma de todos).

En palabras de Lewis, «la directa influencia [del origen de la convención] se desvanece en días, años o vidas» (Lewis 2002, p. 84) y las imágenes de que se sirve David Lewis son muy persuasivas. Por ejemplo, Lewis compara las convenciones con el fuego: «Bajo condiciones favorables, una concentración suficiente de calor lo extiende y perpetúa. La naturaleza del fuego no depende de la fuente original de calor. Las cerillas pueden ser el mejor de los encendedores, pero eso no es razón para pensar que los fuegos encendidos de otro modo sean menos fuego» (Lewis, 2002, p. 88). En suma, el origen de la convención importa poco y puede ser todo lo irracional que se quiera sin que ello comprometa la racionalidad de la convención (e.g. coordinar a unos individuos).

Con estos apuntes, deseaba insistir en que el lenguaje no puede ser esencialmente misógino y desearía añadir que tampoco lo es la Constitución, pues si me he detenido en el asunto del lenguaje inclusivo, sólo mencionado al paso por Gómez en su artículo, es porque buena parte de estas consideraciones se pueden

extender también a nuestra Constitución. El hecho de que nuestra Constitución fuera redactada por siete hombres apenas reviste importancia cuando atendemos a la naturaleza de nuestras convenciones. En realidad, tampoco sabemos (ni nos importa gran cosa) la orientación sexual ni las aficiones de aquellos «padres de la Constitución» (¿quién sabe si íntimamente la mitad de ellos se sintieran en realidad mujeres o madres o si se travistieran o si practicaran el bestialismo en sus ratos libres!), pero todo eso es irrelevante. Como es natural, el valor de nuestra Constitución no radica en la psicología de sus redactores, ni en sus aficiones eróticas, ni en sus cromosomas, sino en la justificación de sus razones y en la interpretación que de tales razones podamos hacer en la argumentación constitucional. De hecho, los jueces ordinarios y constitucionales deben pronunciarse sobre el sentido de la Constitución siguiendo en todo momento el principio de no discriminación por razón de sexo, sea cual fuere su interpretación en cada momento. En otras palabras, si asumimos que sea posible distinguir en la argumentación jurídica su contexto de descubrimiento (las causas psicológicas, sociológicas o ideológicas de, por ejemplo, el consenso constitucional) y su contexto de justificación (el conjunto de razones en apoyo de tal consenso), entonces sólo nos interesarán estas últimas y sólo por ellas evaluaremos aquel consenso (con sus defectos, pero también con sus virtudes) y no por las especiales rasgos de cada uno de los ponentes constitucionales. Por eso, tiene sentido decir que Otelo mató a Desdémona movido por sus celos (como causa), pero nunca justificado por los celos (como razón). Da la impresión de que Itziar Gómez confunde ambas cosas y todo ello sin mencionar el detalle de los votos en las urnas de hombres y mujeres...

9. La reforma constitucional como tributo al originalismo más conservador

Claro que estas cuestiones de índole psicológica, sociológica o sexológica residenciadas en el así llamado «contexto de descubrimiento» sí son importantes cuando se ha presupuesto una teoría originalista de la interpretación constitucional. Cuando Itziar Gómez ve en la composición de la comisión constitucional una lacra insalvable (he ahí el pecado original de nuestra Constitución), entonces está anudando implícitamente el contenido de la Constitución a la *original intent* del constituyente a la manera de los más retrógrados teóricos de la interpretación constitucional como Robert Bork en los Estados Unidos¹¹. Estos autores consideran que para interpretar la Constitución debemos investigar la voluntad de los *founding fathers*, pero esta doctrina constitucional es una doctrina profundamente reaccionaria y sus fundamentos teóricos son endeble.

En realidad, quienes no compartimos esta teoría de la interpretación constitucional, pensamos que la Constitución es un texto que admite una secuencia de interpretaciones. Pensamos, como he dicho arriba, que el texto se emancipa de sus autores y que admite una «lectura moral» en el sentido que sostuvo Dworkin precisamente en su debate contra Robert Bork (vid. Dworkin, 1996, caps. 12-14), cuando Bork fue propuesto como magistrado por Ronald Reagan para la vacante en la Corte Suprema de los Estados Unidos¹². Dworkin considera que los conceptos constitucionales admiten una sucesión de concepciones. Sólo así un modelo fundamental del constitucionalismo occidental, la Constitución de los EEUU, ha podido subsistir dos siglos y eso que la Constitución de EEUU no sólo fue «una Constitución sin madres». En realidad, es de imaginar que los *founding fathers* de hace más de doscientos años no estaban familiarizados con las actuales demandas LGTBIQ+ y sí con el esclavismo, con el que por aquella época convivían con cierta naturalidad. Si el argumento de Itziar Gómez fuera decisivo y la composición no

¹¹ Vid. para una aproximación jusfilosófica: De Lora, 1998.

¹² Una detallada crónica del debate Bork/Dworkin puede verse en Beltrán 1989.

paritaria de nuestra comisión redactora invalidara nuestra Constitución, ¿cómo es posible que la Constitución de los EEUU haya sobrevivido con éxito tras más de dos siglos? La respuesta es que el originalismo es una doctrina errónea tanto cuando la sostuvo Bork, como cuando la presupone ahora la profesora Gómez en su solicitud de reformas constitucionales. Basar la necesidad de la reforma constitucional en la teoría presupuesta por la teoría de la interpretación constitucional más reaccionaria no deja de ser curioso y nos habla de la sorprendente capacidad de ésta para hermanar teóricos ciertamente diversos.

A continuación, desearía ilustrar mi objeción a la imperiosa necesidad de reforma constitucional «en perspectiva de género» con una Sentencia bien conocida de nuestra jurisprudencia constitucional. Me refiero a la Sentencia sobre el matrimonio homosexual.

10. La Sentencia dworkiniana del TC sobre el matrimonio homosexual frente a las urgencias reformistas

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio homosexual (STC 198/2012, de 6 de noviembre) constituye, a mi modo de ver, una muestra viva de por qué la necesidad de una reforma constitucional «en perspectiva de género» no se justifica con la urgencia con que Itziar Gómez la reclama, ni mucho menos. Como es sabido, aquella decisión confirmó la constitucionalidad de la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modificaba el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, extendiendo a las parejas homosexuales la posibilidad de casarse. El principal motivo de inconstitucionalidad aducido en el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Grupo del Partido Popular del Congreso de los Diputados, fue la vulneración del artículo 32 CE que consagra dos rasgos esenciales del matrimonio: la igualdad y la heterosexualidad. También el TC consideró ese problema como el central (FJ 3) por más que el recurso también adujera otros motivos de inconstitucionalidad como, por ejemplo, la presunta infracción «implícita» del artículo 167 CE porque no se habría seguido el procedimiento de reforma constitucional correspondiente. Se trataba de un argumento débil porque, como ya indicó el Abogado del Estado, una Ley no puede pretender modificar la Constitución, sino que sólo puede ser inconstitucional en tal caso (FJ 2.d). Más interesante para nuestros fines es que el Abogado del Estado también invocara la canadiense «doctrina del árbol vivo» que considera la Constitución como un texto necesitado de una interpretación evolutiva conforme con la conciencia social del momento y fue ese argumento el que se impuso finalmente en aquella Sentencia desestimatoria. A pesar de la literalidad y los orígenes del art. 32 CE, no se advirtió inconstitucionalidad en el matrimonio homosexual.

Sin embargo, la Sentencia cuenta con sendos votos particulares de los magistrados Rodríguez Arribas y Ollero Tassara, que nos resultan de gran utilidad para evaluar el carácter dworkiniano y no originalista de nuestra Constitución y de nuestra jurisprudencia constitucional. Especialmente interesante para nuestros fines resulta el persuasivo voto particular del magistrado Andrés Ollero que considera que la Sentencia transita por las vías no muy seguras del uso alternativo del Derecho y, sobre todo, atribuye a la Sentencia su adhesión a una «teoría del derecho cuyo diseño no puedo compartir», nos dice el también jusfilósofo Andrés Ollero en el numeral 4 de su voto. Se trata de la «distinción propuesta por un prestigiado autor, estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana (...entre) “conceptos” destinados a verse interpretados desde las plurales “concepciones”». El “prestigiado autor” es sin duda Ronald Dworkin. Es posible estar de acuerdo con Andrés Ollero, en que hubiera sido más deseable la reforma constitucional en este caso, pero de lo que no cabe duda es que la Constitución presenta en este caso límite el aire dworkiniano que aquí convierte en innecesarias o, al menos, en muy poco urgentes las reformas

constitucionales que reclama Itziar Gómez. Por tanto, en caso de que la reforma feminista de la Constitución entendida como la imposición de una determinada concepción de la igualdad al concepto de igualdad constitucional fuera razonable (que aquí se sostiene no lo es), desde luego no existiría tal urgencia, puesto que la Constitución tolera precisamente una interpretación evolutiva atenta al decurso de las interpretaciones de nuestras convenciones.

11. A modo de conclusión

Se ha dicho alguna vez que el feminismo tiene muchas madres, pero un solo padre: John Stuart Mill (vid. e.g. Reeves, 2007). Pues bien, creo que es significativo que el padre del feminismo fuera al mismo tiempo el padre del liberalismo más razonable y si estos parentescos me resultan sugerentes es porque me parece que feminismo y liberalismo habrían podido (y debido) ser las dos caras de una preciada moneda y no los extremos irreconciliables de una dialéctica envilecida por los medios de comunicación social y los intereses económicos y políticos de nuestros gobernantes (por no hablar del típico oportunismo académico). Es de lamentar, sin embargo, que se haya impuesto en el feminismo institucional de Estado un incomprensible desprecio por aquella venerable tradición liberal, sin caer en la cuenta de que, incurriendo en tal indignidad¹³, el movimiento feminista está dañando la doctrina que le dio vida y eso, ingratitude aparte, es tanto como decir que en sus afanes por defender una determinada concepción de la igualdad, cierto feminismo corre el riesgo de yugular el propio concepto de igualdad, así como la libertad y el resto de los derechos individuales de todos (mujeres *inclusive*) y todo ello, a su vez, en nombre de unas presuntas y sospechosas esencias de lo femenino que no son racionalmente inteligibles. Por eso creo que la conclusión que Itziar Gómez (2017, p. 161) alcanza en su libro («el feminismo es la hija no querida del constitucionalismo moderno») es injusta e incurre en una grave indignidad.

Todo parece indicar, por otra parte, que la reforma constitucional no es necesaria ni urgente cuando contemplamos la igualdad de la Constitución como un concepto que admite una pluralidad de concepciones (y, entre las cuales, la feminista sería una más entre muchas otras posibles). También cuando advertimos que la selección de la concepción adecuada a cada momento responde a una interpretación (una lectura moral de la Constitución, en el caso de Dworkin), que permite ir adecuando jurisprudencialmente incluso una Constitución bicentenaria como la de los EEUU a la realidad de cada momento sin necesidad de comprometernos con ningún credo, ni ninguna ideología.

Ciertamente, Itziar Gómez también desacredita al Tribunal Constitucional con el mismo argumento del pecado original con que desacreditó el proceso constituyente, puesto que los magistrados del TC han sido «mayoritariamente varones» (p. 319); lo cual pareciera impedir que el TC adopte «la perspectiva de género» en sus decisiones. Sin embargo, ello supone afirmar que tal perspectiva de género constituye una misteriosa capacidad sólo al alcance de mujeres e inaccesible a los hombres. Si ello fuera así, entonces los hombres no seríamos más que unas mujeres mutiladas o castradas. Si cualquier mujer puede aplicar el Derecho con las mismas capacidades que un hombre, ¿por qué un hombre no podría hacer lo propio igual que una mujer en relación con tal justicia, modulada por tal perspectiva de género, sea lo que fuere esto? La única respuesta posible sería que los hombres son seres no sólo esencialmente distintos de las mujeres, sino sobre todo inferiores en capacidades. Una conclusión poco caritativa, a decir verdad, especialmente cuando proviene de

¹³ Por decirlo en el sentido jurídico del causahabiente que atenta contra la vida de su propio testador, i.e. art. 756.2 del Código civil.

mujeres de una elevación moral tan superior a la de los disminuidos hombres. Aquí resultan de interés dos circunstancias históricas¹⁴ que ponen de relieve cómo han sido precisamente hombres, quienes han velado por dos reivindicaciones de Itziar Gómez que, presuntamente, sólo la perspectiva de género privativa de las mujeres podría asegurar: la educación no diferenciada por sexos y el aborto. La educación no diferenciada por sexos constitucionalizada en la Segunda República (arts. 48-50 de su Constitución) fue, digámoslo así, «cosa de hombres», de constituyentes varones; y, en cuanto al aborto, quizá no haría mal Itziar Gómez en celebrar que se haya impuesto la perspectiva de género (esta vez la masculina), puesto que, al menos en los EEUU, las mujeres son sensiblemente menos favorables al aborto que los hombres¹⁵.

Sin embargo, existen otros problemas que atañen específicamente a la concepción feminista de la igualdad. La igualdad en sentido feminista no sólo es una de las posibles concepciones de la igualdad, sino que responde a una coyuntura histórica: la discriminación de las mujeres (aunque no sólo de ellas). Mientras que el concepto de igualdad puede permanecer como un principio constante reflejado en una legislación que quizá debiera ser más parsimoniosa; en cambio, el principio de igualdad feminista alude a una coyuntura social y no a una exigencia transgeneracional. Es decir, la mayor parte de las medidas para asegurar la no discriminación por razón de sexo buscan la restauración de un equilibrio, singularmente mediante medidas de discriminación inversa, cuyo sentido se pierde en el preciso momento en que el concepto de igualdad sea satisfecho. Es decir, medidas como las cuotas sólo tienen sentido cuando son provisionales y mientras satisfagan el concepto de igualdad que aspiran a satisfacer. Sin embargo, la constitucionalización de tales instrumentos elevaría a permanentes, medidas que son esencialmente provisionales. Claro que si «no se trata sólo de cuotas», sino de la incorporación de una ideología o una determinada forma de vida con vocación de permanencia, entonces la reforma «en perspectiva de género» no se justifica en la medida en que, como ya he señalado, las doctrinas omnicomprensivas no pueden formar parte de una Constitución aconfesional.

En suma, la constitucionalización del feminismo, cuando pudiera justificarse por contribuir a afianzar el principio de igualdad (si tal fuera el caso), no sería procedente porque se refiere a medidas provisionales incompatibles con las exigencias de una rigidez constitucional que no puede comprometerse con la introducción en la Constitución de medidas coyunturales o cortoplacistas. Pero cuando el feminismo aspira, en cambio, a constitucionalizar algo más que medidas provisionales, y pretende consagrar una ideología omnicomprensiva o religiosa en el sentido aquí expresado, entonces también será improcedente porque la Constitución no debe hacer tal cosa.

Bibliografía

- Austin, J. L. (1999). Emisiones realizativas (trad. A. García Suárez). En L.M. Valdés Villanueva (comp.). *La búsqueda del significado*. Madrid, España: Tecnos
- Beltrán, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid, España: Civitas.
- Bobbio, N. (1991). *Thomas Hobbes*, trad. M. Escrivá de Romaní. Barcelona, España: Plaza & Janés.

¹⁴ Agradezco a Pablo de Lora que me llamara la atención sobre ambas.

¹⁵ <https://news.gallup.com/poll/244709/pro-choice-pro-life-2018-demographic-tables.aspx>

- Borges, J. L. (1981). El Golem. En *Antología poética 1923-1977*. Madrid, España: Alianza.
- Calvo, J. (2019). *Iura et Poemata. Versos y constitucionalismo de tradición liberal*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú.
- Capella, J. R. (2011). *Sin Ítaca. Memorias 1940-1975*. Madrid, España: Trotta.
- Denninger, E. (1994). La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica. *Revista de Estudios Políticos*, 84 (abril-junio), pp. 69-78.
- De Lora, P. (1998). *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, España: CEPC.
- De Lora, P. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Madrid, España: Alianza.
- Durkheim, E. (2003). *Las formas elementales de la vida religiosa* (trad. A. Martínez Arancón y rev. S. González Noriega). Madrid, España: Alianza.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford, Reino Unido: OUP.
- Gargarella R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona, España: Paidós.
- Gauchet, M. (1998). *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*. París, Francia: Gallimard.
- Gilly, A. (1994). *La revolución interrumpida*. Ciudad de México, México: Ediciones Era.
- Gómez, I. (2017). *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Madrid, España: Marcial Pons.
- Gómez, I. (2019). ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una Constituyente feminista*. *Eunomía. Revista en Cultura de Legalidad*, 16 (abril 2019 – septiembre 2019), pp. 312-329.
- Hesiodo (1914). *The Homeric Hymns and Homeric*, edición bilingüe griego clásico-inglés (trad. H. G. Evelyn-White). Londres/Nueva York: William Heinemann/Macmillan Co. (edición consultada en archive.org, acceso último 20 de julio de 2019).
- Hesíodo (1978). *Obras y fragmentos* (trad. A. Pérez Jiménez y A. Martínez Díez), Madrid, España: Gredos.
- Hobbes, T. (1993). *El ciudadano* (ed. bilingüe de J. Rodríguez Feo). Madrid, España: Debate/CSIC.
- Kantorowicz, H. (1958). *The Definition of Law*. Londres, Reino Unido: Octagon Books.
- Kolakowski, L. (1970). Concepto actual y concepto no actual del marxismo. En *El hombre sin alternativa. Sobre la posibilidad e imposibilidad de ser marxista* (trad. A.P. Sánchez Pascual), (pp. 7-45). Madrid: Alianza.
- Lewis, D. (2002). *Convention. A Philosophical Study* (1969). Oxford, Reino Unido: Blackwell.
- Pérez, M. (2006). *Esbozo de la filosofía de Kripke*. Barcelona, España: Montesinos.
- Mora, L. (2015). *Un derecho del deseo, un derecho sexuado*. Barcelona, España: Icaria.
- Moreso, J. J. (2001). Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica, en L. Triolo (a cura di), *Prassi Giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Turín, pp. 211-226.
- Moreso, J. J. (2013). Jeremy Bentham: Luces y sombras. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pp. 221-248.
- Nietzsche, F. (2011). *La genealogía de la moral* (trad. A. Sánchez Pascual). Madrid: Alianza.
- Nixon, H. (2008). *Sport in a changing world*. Boulder, EE.UU/ Londres, Reino Unido: Paradigm.
- Pitch, T. (2018). Feminismo punitivo. *Jueces para la democracia*, 92, pp. 44-47.
- Prieto, L. (1991). Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español. En I.C. Ibán, L. Prieto Sanchís y A. Mottilla, *Curso de Derecho Eclesiástico* (pp. 173-215). Madrid, España: Facultad de Derecho. Universidad Complutense.

- Rawls, J. (1996). *El liberalismo político* (trad. de A. Doménech). Barcelona, España: Crítica.
- Reeves, R. (2007). *John Stuart Mill. Victorian Firebrand*. Londres: Atlantic books.
- Russell, B. (1996 [1935]). The Ancestry of Fascism. En *In praise of Idleness and Other Essays* (pp. 51-71). Londres, Reino Unido: Routledge.
- Salomone, R. (2004). Feminist Voices in the Debate over Single-Sex Schooling: Finding a Common Ground, *Michigan Journal of Gender and Law*, 11(1), pp. 63-95.
- Smithers, A. y Robinson, P. (2006). *The Paradox of Single-Sex and Co-Educational Schooling*. University of Buckingham, Reino Unido: Carmichael Press.
- Von Wright, G. (1993). *The Tree of Knowledge and Other Essays*. Leiden: E.J. Brill.
- Wittgenstein, L. (2002). *Investigaciones filosóficas*, 2ª ed (trad. A. García Suárez y U. Moulines). Barcelona, España: Instituto de Investigaciones filosóficas (UNAM)/Crítica.
- Zanatta, L. (2019). El populismo latino y la nostalgia de la unanimidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 53, pp. 15-28.

Constitución y género o la inconclusa igualdad de las mujeres

Constitution and gender or the unfinished equality of women

Cristina Sánchez Muñoz
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0003-3925-2363
cris.sanchez@uam.es

Cita recomendada:

Sánchez Muñoz, C. (2019). Constitución y género o la inconclusa igualdad de las mujeres. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 377-381.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5041>

Recibido / received: 09/09/2019

«Y nosotras también somos ciudadanas». Así se manifestaba una de las ilustradas francesas, Mademoiselle Jodin, en 1790, al dirigirse a la Asamblea Nacional para pedir un proyecto de legislación para las mujeres (Puleo, 1993, p. 144). El trabajo de Itziar Gómez Fernández se inscribe en una larga línea argumentativa que se remonta a la configuración de las democracias contemporáneas. Por tanto, no estamos al hablar de «constitución y género», ante una moda académica o ante una respuesta al albur de otros posibles cambios constitucionales, sino que tiene más calado y más largo alcance. Por consiguiente, creo que es necesario trazar para los posibles lectores y lectoras, los caminos por los que ha transitado un debate que no es inédito, sino que se inserta en un marco teórico e histórico que afecta en realidad a la democracia y a la igualdad de derechos.

No es nuevo señalar que en las formulaciones y las reformulaciones de las democracias contemporáneas las demandas de las mujeres por su inclusión en un contrato social que se plasma a nivel constitucional, han sido una constante desde la Ilustración. Un texto tan relevante como *La declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, de Olympe de Gouges, en 1791, ya señalaba las exclusiones de facto de las mujeres (Sánchez, 2001) El pretendido universalismo de los derechos y la ciudadanía nacía ya como un «universalismo sustitucionalista», en los términos actuales de Seyla Benhabib, esto es, presentando como universal el consenso ideal de *selves* definidos ficticiamente, identificando las experiencias de un grupo

específico de sujetos -los varones- como el caso paradigmático de los humanos como tales (Benhabib, 1992). Pero, además, dicho universalismo no sólo sería sustitucionalista, sino también excluyente respecto aquellos otros sujetos que, como las mujeres -aunque no sólo- no comparten las características requeridas para su inclusión en el ámbito público. La cuestión, por tanto, no radica únicamente en la inclusión sin más de las mujeres dentro del mismo marco epistemológico, sino que dicha exclusión nos mostraría las deficiencias de ese mismo marco (Benhabib, 1992). Los posteriores desarrollos históricos de las democracias siguieron mostrando con crudeza la ceguera hacia la inclusión de las mujeres en una ciudadanía plena. Cuando las sufragistas exigían el derecho al voto, o más adelante, las feministas de los años setenta demandaban los derechos sociales, no estaban reclamando simplemente ser admitidas en un estatus preexistente, sino que, en realidad, desafiaban todo el orden político, social y jurídico, señalando la necesidad de reformular nuestra gramática política y jurídica. De este modo, cuestiones como las críticas al sujeto independiente y abstracto como modelo del ciudadano, la distinción entre trabajo productivo o reproductivo o el papel de la familia y el cuidado en la ciudadanía, son expuestas por parte de la teoría feminista contemporánea como elementos relevantes a la hora de repensar la democracia, lo político y la ciudadanía.

Sin embargo, este “déficit epistemológico” (Benhabib, 1992) nos conduce a lo que Carole Pateman ha denominado el «dilema Wollstonecraft», presente en el intento de las mujeres de conseguir una ciudadanía plena. Este dilema representaría la encrucijada ante dos demandas incompatibles: por un lado, reclamar la ciudadanía dentro del actual marco androcéntrico y, por el otro, resaltar las capacidades específicas y las necesidades de las mujeres que deberían ser reconocidas en el espacio público. Las dos alternativas son incompatibles, sostiene Pateman, ya que o las mujeres se adaptan a lo que no son –varones- y entonces pueden ser ciudadanas plenas o continúan demandando el reconocimiento de sus capacidades y aportaciones para forjar la ciudadanía, pero eso, precisamente, es lo que la ciudadanía pretendidamente neutral excluye (Pateman, 1995).

Por su parte, el feminismo jurídico también ha enfrentado los avatares del mencionado dilema: un enfoque de igualdad, incorporacionista o integracionista (Scales, 1986), encuentra dificultades, por ejemplo, para asimilar diferencias específicas en el terreno de los derechos sexuales y reproductivos, pues supone incorporarse a un lenguaje y a unas categorías ya constituidas, elaboradas en función de las experiencias de los varones. Es a partir de los años ochenta, cuando se comienza a explorar el otro cuerno del dilema, esto es, el reconocimiento de las diferencias, cuestionando el derecho y las instituciones jurídicas no por la incorrecta aplicación de las leyes, sino por su sesgo masculino bajo una aparente neutralidad (Costa, 2016).

Por lo tanto, plantear la oportunidad de una reforma de la Constitución desde una perspectiva de género se conecta y se sitúa, en buena medida, dentro de una genealogía de vindicaciones consustancial al feminismo moderno, pero también, enfrentándose a sus dilemas internos. En nuestro país, el debate tampoco es nuevo; se desarrolla con unos antecedentes que entroncan directamente con el debate acerca de la paridad –cuestión que como no podía ser menos, también recoge Itziar Gómez- Desde 1992, año en el que se adopta en la primera Cumbre Europea “Mujeres en el poder” la llamada *Declaración de Atenas*, en favor de la democracia paritaria («participación equilibrada de mujeres y hombres en las posiciones de poder y de toma de decisiones»), se abre en España la discusión teórica –y política- acerca de la extensión de la democracia en favor de las medidas de acción afirmativa. «Son las cuotas, pero no son sólo las cuotas», señala acertadamente Itziar Gómez Fernández en su texto. Y, efectivamente, la propuesta de una democracia paritaria no

se limita a las cuotas, de la misma manera que la democracia representativa no es la urna únicamente. Implica la revisión y construcción de un nuevo contrato social fundante en el que estén incluidas las mujeres, en ese reclamo ilustrado de «también somos ciudadanas». Al igual que en la citada Declaración de Atenas, Itziar Gómez también utiliza el argumento utilitarista que ya usase Stuart Mill en su defensa de la inclusión de las mujeres en los derechos de ciudadanía: la inclusión de los talentos de la mitad de la humanidad colaborará en el progreso de nuestras sociedades, al sumar dichos talentos. El otro argumento es el del reconocimiento y constatación de la desigualdad –más bien de la invisibilidad y ausencia de las mujeres- del momento del pacto social constituyente, y la necesidad de restañar esa herida originaria, precisamente mediante el reconocimiento de esa desigualdad. Podríamos añadir otros argumentos, como el que expone Anne Phillips al hablar de la necesidad de una «política de la presencia», señalando que la pregunta acerca de «quien habla en nombre de quién» es relevante, si tenemos en cuenta la composición de los parlamentos y los espacios de toma de decisiones. Una política de la presencia, en este sentido, frente a una «política de las ideas», garantizaría la presencia en la deliberación pública de aquellos sujetos, como las mujeres, cuyas experiencias compartidas no son habitualmente escuchadas, ni tan siquiera vistas o percibidas (Phillips, 1995). Pensemos en este terreno, por ejemplo, la polémica que se ha suscitado cuando alguna diputada ha amamantado a su hijo en el Parlamento, tanto en nuestro país como en otros.

En esta línea de defensa de la democracia paritaria en nuestro país, cabe destacar el trabajo que llevan realizando, desde hace ya más de una década, las académicas integrantes de la Red Feminista de Derecho Constitucional (RFDC)¹, donde también se ubica el trabajo de Itziar Gómez Fernández, y en el seno de la cual, obras pioneras como las de Julia Sevilla respecto a la incorporación de la perspectiva de género en la Constitución y el desarrollo de la democracia paritaria han sido un referente para estas cuestiones (Sevilla, 2004). Igualmente, hay que destacar el trabajo realizado por la Red en la elaboración de materiales docentes de Derecho Constitucional desde la perspectiva de género. En definitiva, un trabajo académico, docente e investigador con una ya larga trayectoria que acredita un debate continuado y riguroso en nuestro país, del que forma parte la obra de Itziar Gómez.

En oposición a lo que la autora denomina «mitos paralizantes» frente a una reforma constitucional y, en mi opinión, presentes no sólo en una reforma feminista, sino en cualquier otro tipo de reforma de la Constitución (el mito «de la caja de Pandora», el de «la ausencia de necesidad», y el del «consenso imprescindible»), nos propone lo que ella denomina «mitos inspiradores» para llevar a cabo la reforma desde una perspectiva de género: el mito de «la voz feminista como voz constituyente», el de «la coeducación como base del cambio» y, por último, el mito de «la democracia paritaria». Seguramente, hubiese sido más recomendable no utilizar en estos tres últimos el término «mito», pues más bien hacen referencia a propuestas de *lege ferenda*, y la palabra «mito», por el contrario, sugiere más bien una referencia a un pasado ya acaecido, y no a un futuro por venir. El primero de ellos («La voz feminista como voz constituyente») se hace eco de los cambios sociales de los últimos años a favor de un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres. Si en 1978 las constituyentes, como nos han recordado recientemente tanto Oliva Acosta como Magis Iglesias², no alcanzaron «masa crítica» para incorporar referencias a la igualdad de las mujeres, la situación actual dista mucho de ser la misma, con el mayor número de mujeres electas, un 47,7%, en las elecciones del

¹ <http://www.feministasconstitucional.org>

² Oliva Acosta elaboró en el 2008 el documental *Las constituyentes* (<http://www.lasconstituyentes.org>), y Magis Iglesias ha publicado *Fuimos nosotras. Las primeras parlamentarias de la democracia*, Ed. Debate, Madrid, 2019, donde entrevista a las veintisiete diputadas de la primera legislatura.

pasado mes de Abril, lo que nos sitúa en el sexto país del mundo con más diputadas. Pero además de ese muy notable incremento, pero también como reflejo de ello, es cierto que en la actualidad la igualdad entre mujeres y hombres aparece ya enraizada socialmente entre los valores que nos definen como sociedad. Y esa igualdad presenta ramificaciones (empleo, salud, participación, educación...) que resultan insuficientes en su abordaje con los mimbres constitucionales conocidos: art. 14 y 9.2 CE. Asimismo, la concreción de la igualdad de género es ya una realidad en la normativa internacional: desde la CEDAW hasta la Agenda 2030 de Naciones Unidas, donde este principio aparece transversalmente en los 17 objetivos propuestos.

Por consiguiente, con esta propuesta de reforma, la Constitución haría suya no sólo un importante cambio social, sino también una realidad normativa recogida ya internacionalmente. Se reformularía y ampliaría el pacto constituyente, tanto en lo que se refiere a los sujetos constituyentes, en términos de democracia paritaria, como en lo que respecta a los contenidos recogidos en el texto constitucional. Respecto a lo primero, a la inclusión paritaria de las mujeres, cabe recordar en ese sentido, que las mujeres no constituyen un grupo más, sino que están presentes en todos los grupos sociales, al igual que los varones (Osborne, 1996). En cuanto a lo segundo, a la inclusión de nuevos contenidos, la propuesta de Itziar Gómez concreta esos derechos, señalando la necesidad –que comparto– de constitucionalizarlos. En su propuesta, podemos observar tanto una estrategia integracionista como también una estrategia diferenciadora, según comentábamos con anterioridad, desde la perspectiva del feminismo jurídico. Propone, en este sentido, con un carácter más asimilacionista, la paridad en el reparto de poder, la igualdad en el ámbito laboral, la presencia equilibrada en el CGPJ y en el TC, y el derecho a una vida libre de violencia. Entre las propuestas de carácter más diferenciador, esto es, que tienen en cuenta las características concretas, encarnadas, del sujeto mujer y de los roles de género asignados a este, tendríamos el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los derechos sexuales y reproductivos.

Las otras dos propuestas («La coeducación como base del cambio», y «La democracia paritaria») completarían esta agenda de inclusión de la perspectiva de género en la CE. En este repaso de las propuestas de la autora, he echado de menos, sin embargo, una mayor incidencia en lo que, a mi juicio, constituye una novedad en este debate de incorporación de las mujeres a la Constitución, y es la ampliación del pacto constitucional respecto a los temas relacionados tradicionalmente con la esfera privada. Así, cuestiones como los derechos sexuales y reproductivos, la integridad física, o la conciliación, aparecen en el debate jurídico feminista reciente, subrayando los principios de autonomía e igualdad (Bergallo, 2011). Si bien la profundización de la presencia de las mujeres en la esfera pública ha sido la línea clásica de vindicación del feminismo desde sus orígenes y sigue sin alcanzarse plenamente, por lo que es totalmente pertinente seguir demandándola, la irrupción de cuestiones asociadas tradicionalmente a la esfera privada supone un importante cambio tanto conceptual como político, que debería ser atendido en la ampliación del proyecto constitucional.

En un reciente artículo en esta misma revista, María Caterina La Barbera alertaba acerca de la situación de desigualdad entre mujeres y hombres mostrando recientes datos alarmantes, tanto de violencia contra las mujeres, como de la desigualdad en la distribución de las tareas domésticas y, por tanto, las dificultades de la conciliación para las mujeres y para su integración laboral, así como las diferencias salariales (La Barbera, 2019). La paridad no ya en el Parlamento, sino en las instancias decisorias –pensemos en nuestro país en esas fotos recurrentes de la apertura del año judicial, compuestas únicamente, año tras año, exclusivamente por varones– nos muestran todavía un panorama lleno de dificultades para las mujeres por el mero hecho de serlo. Muchas de estas dificultades y obstáculos provienen de

patrones culturales fuertemente anclados en estereotipos de género. Sin duda, las leyes pueden cumplir aquí un papel muy relevante no sólo ya en el reconocimiento de los derechos, sino también, como dijese en su momento Elías Díaz, como instrumentos para el cambio social, con un papel transformador de las relaciones sociales. Los debates y propuestas para la reforma constitucional desde una perspectiva de género, como se evidencian en el trabajo de Itziar Gómez, reflejan ese interés no ya sólo transformador, sino también educativo, introduciendo a nivel constitucional valores y principios en los que se educarán a los jóvenes. No podemos seguir, por tanto, de espaldas a los necesarios cambios que como este u otros –la sostenibilidad, la transición ecológica– comprometen nuestro futuro. Esto es algo que las ilustradas francesas tuvieron muy claro al demandar que ellas también eran ciudadanas. Recordemos, para finalizar y pensar en la pertinencia de plantear el debate que nos sugiere Itziar Gómez, las oportunas palabras de Amelia Valcárcel: «(...) el feminismo es uno de los núcleos principales de la masa crítica que funciona dentro de los sistemas políticos democráticos. Debemos saber y poder reconocer esta herencia para no sentirnos, como habitualmente nos sentimos y sobre todo nos hacen sentir, recién llegadas» (Valcárcel, 1997).

Bibliografía

- Benhabib, S. (1992). *Situating the Self. Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. Cambridge: Ed. Polity Press.
- Bergallo, P. (2011). Cambio constitucional, reproducción, derechos. En R. Gargarella (ed.) *La Constitución en 2020*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Ed. Didot.
- La Barbera, M. (2019). Igualdad entre mujeres y hombres. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, pp. 233-242.
- Osborne, R. (1996). ¿Son las mujeres una minoría? *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*, 14, pp. 79-93.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Ed. Anthropos.
- Phillips, A. (1995). *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press.
- Puleo, A. (1993). *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el SVIII*. Madrid: Ed. Anthropos.
- Sánchez, C. (2001). Genealogía de la vindicación. En E. Beltrán y V. Maquieira (coord.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* (pp. 17-74). Madrid: Alianza Editorial.
- Scales, A. (1986). The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay. *The Yale Law Journal*, 95, pp. 1373-1403.
- Sevilla, J. (2004). *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*. Valencia: Ed. Institut Universitari d'Estudis de la Dona.
- Valcárcel, A. (1997). *La política de las mujeres*. Valencia: Ed. Cátedra feminismos.

Política y Ciencia Política en América Latina o cuando el poder interfiere en la forma de producir conocimiento en la región. Comentario a Paulo Ravecca, *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*

(2019) Routledge
Nueva York, 275 pp.

Jerónimo Ríos Sierra
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0003-3574-0116
jeronimo.rios@ucm.es

Cita recomendada:

Ríos Sierra, J. (2019). Política y Ciencia Política en América Latina o cuando el poder interfiere en la forma de producir conocimiento en la región. Comentario a Paulo Ravecca, *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 382-387.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5042>

A pesar del cientificismo positivista que la ciencia política mal denominada «dura» ha tratado de afianzar desde la revolución conductista de mediados del siglo pasado (Dahl, 1969; Dryzek y Leonard, 1988), lo cierto es que, como sugiere Paulo Ravecca en *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*, recientemente publicado en Routledge, política y ciencia política, en sí, son un binomio indisociable. Esto es, dos elementos necesariamente conectados que, aunque no lo parezca, difícilmente operan como establecimientos estancos (Sodaro, 2006). Otra cosa es que ideología y política se representen expresamente, si bien su esencia como marcos interpretativos de referencia no desaparece en la disciplina.

Asumiendo una impronta post-estructuralista del poder que marca la impronta del trabajo de Ravecca, la relación de este concepto se presenta íntimamente ligada al del conocimiento de manera que la pregunta de partida es la siguiente: ¿puede una ciencia política abordar objetivamente el análisis y la comprensión de la política?

A modo de *feedback loop* al más puro estilo *eastoniano*, el sistema operaría del siguiente modo: la política, entendida como sistema, agente y estructura configura lo político en cuanto a su dimensión epistemológica (Easton, 1965). Es decir, la ontología de la política construye la normatividad de lo político, generando una dependencia recíproca que se retroalimenta. Solo aceptando y normalizando esta dependencia es que la ciencia política puede, *per se*, consolidar un rigor que a todas luces no puede desproveerse del componente de una subjetividad que resulta inherente a esta ciencia social. Esto es, la ciencia política nunca será algo objetivo. La ciencia política es subjetiva y solo como tal, reconociendo los límites que produce la afectación de cuestiones tales como poder y conocimiento, es que puede incrementar su nivel de rigurosidad. A tal efecto, el argumento de Ravecca incorpora un segundo componente: autorreflexión e interaccionismo. Así, una vez que la política y lo político se imbrican en el ciudadano, es que hay que apostar por una vía emancipatoria que exige, como condición necesaria, de la autorreflexión y la respuesta *bottom-up* respecto de la cual, una gran responsabilidad recae en la academia.

Si bien, de fondo hay una subjetividad del autor, quien reivindica la misma como vía de (de)construcción del conocimiento, es interesante mostrar cómo su experiencia personal como estudiante de ciencia política en Uruguay le brinda dos elementos que bien validan la hipótesis de partida. De un lado, la reducción de la política a algo estrictamente copado por el sesgo institucionalista; de otro, la ausencia de discursos críticos en su formación académica, especialmente, en relación con la corriente marxista. Esos dos elementos, en cierta medida, invitan a una tercera cuestión, mostrar cómo acontece el orden neoliberal emergente con fuerza tras el fin de la guerra fría y sustituye la particular ciencia política previamente existente. Un proceso en el que, igual que sucediera bajo la experiencia dictatorial del Cono Sur, dogmatiza una particular forma de ver la tríada Estado-Mercado-Sociedad.

Dicho de otro modo, a partir del libro de Ravecca, del cual sería bien interesante extrapolar su hipótesis a una mirada regional mucho más amplia en términos espaciales y longitudinales, es posible apreciar cómo a inicios de los noventa surge en América Latina una nueva ciencia política. A ésta, fallida la experiencia del viejo regionalismo y de la sustitución por importaciones *cepalina*, unido a la emergencia del Consenso de Washington (Williamson, 1993) y del *New Public Management* (Osborne y Gaebler, 1992) –en lo que Douglass North (1990) inscribiría en los años del «crecimiento hacia fuera»– le va a generar un impacto y una influencia directa, que marcará su devenir. Es decir, menos Estado, más mercado, privatización, desregulación, externalización, disciplina fiscal y una idea liberal de democracia global permean, especialmente, a partir de dos trabajos que impregnan buena parte de la ciencia política que se produce en el hemisferio occidental: *El fin de la historia y el último hombre*, de Francis Fukuyama (1992), y *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, de Samuel Huntington.

Sin embargo, no solo la democracia construye ciencia política. Existe una ciencia política orgánica, y he ahí el interés del estudio de caso que plantea el libro especialmente con relación a Chile. En el Chile previo a los noventa, no hay democracia, sí aperturismo económico, y a todas luces existe una ciencia política que conecta a la perfección con la dictadura. Pinochet era premiado por *Política*, que era la revista bandera del Instituto de Ciencia Política, y su hija, Lucía Pinochet, se convirtió en una asidua de las actividades del mismo, como el propio Ravecca presenta en su segundo capítulo

Ello a su vez conecta con uno de los conceptos, a mi juicio, más interesantes del libro: la ciencia política autoritaria. Una ciencia política que, en particular, el autor

construye a partir de cómo la dictadura de Pinochet modula y se ve retroalimentada desde la politología chilena en busca de una relación mutuamente favorable. Algo, en todo caso, que permite una mirada más amplia, pues sin ir más lejos, el profesor Javier Franzé (2013), hace tan solo unos años, identificaba de manera similar la relación entre ciencia política y régimen político en los casos de España y Portugal. Ello, a través de dos publicaciones de referencia como lo son la *Revista de Estudios Políticos* y *Estudos*, respectivamente. Dos publicaciones de clara impronta nacionalista, católica y filofascista. En definitiva, muestras, como en el caso chileno, de una ciencia política dirigida a contener las voces discrepantes, la amenaza de la izquierda, preservar el *statu quo* y alimentar la noción de una democracia restringida, llámese orgánica, protegida, etc.

Algo particular en lo que enfatiza Ravecca es en cómo la densidad académica cultural hegemónica del *pinochetismo* se representa en la ciencia política chilena, la cual visibiliza diferentes aspectos de la dictadura, producto de la imbricación entre conocimiento y poder. Fruto de lo anterior, como también pasaba en las dictaduras ibéricas, es posible encontrar la construcción de relatos y narrativas legitimadoras del régimen, que terminan por construir los límites sobre los cuales se vuelca la disciplina. Es decir, no solo restringen la ciencia política a cuestiones tales como políticas públicas, relaciones cívico-militares, aspectos legislativos propios del entonces denominado Derecho Político o elementos culturales, sino que además le vierten un sentido deontológico, estrictamente normativo, moldeado por una impronta ideológica autoritaria sin embargo, no exenta de método.

Dentro de los dos estudios de caso sobre los que discurre el libro, Chile y Uruguay, es posible encontrar igualmente importantes diferencias y he aquí una de ellas. Es decir, cómo por ejemplo, si en Chile es posible observar una relación casi lineal entre el fin de la ciencia política autoritaria y la llegada de la ciencia política liberal –lo que no se reduce a una mera causalidad–, en Uruguay existe una relación sincrónica entre una y otra. Lo anterior, por ejemplo, en tanto que las universidades privadas resultaron mayormente herméticas a la ciencia política oficialista que discurre entre 1973 y 1985. Sea como fuere, dicho hermetismo, ni mucho menos, ha de ser entendido como un espacio de resistencia epistemológica sin más. Todo lo contrario, puede entenderse más bien como la semilla embrionaria de un tipo de conocimiento orientado al mercado y a los fondos internacionales, que incluso se inscribe en la teorización del Estado ya propuesta por la Comisión Trilateral de 1975. Así, más que conferir un sentido teórico y científico estricto a la politología uruguaya, más bien lo que acontece es un proceso de profesionalización, con vistas a un sentido utilitarista, pragmático y consumidor.

Es decir, mientras que en Chile la ciencia política autoritaria es una realidad, para el caso uruguayo no existe como tal, de modo que la dictadura lo que promueve es una suerte de trauma que transformará el tipo de ciencia política a realizar después de la misma. Empero, en ambas situaciones es posible observar un alejamiento, hacia mediados de los ochenta, de las ortodoxias ideológicas, especialmente en el caso chileno. Lo anterior, en tanto que la academia uruguaya tiene una impronta más progresista que aquélla. De hecho, podría decirse que mientras que en Chile hay una ciencia política que anula su antítesis marxista y que construye una forma particular de conocimiento, en el caso uruguayo se restringe a un mero sentido destructivo para con la tradición marxista. A cambio, Ravecca propone que fue en Uruguay en donde la academia, díscola con la dictadura, más contribuyó a la construcción de una realidad polarizada, con independencia del rechazo a la matriz autoritaria, presente en ambos casos.

Sea como fuere, la ciencia política uruguaya de los setenta será una ciencia política que si bien no es la autoritaria chilena, se distancia críticamente del ensayismo que proponía, entre otros, el profesor de ciencia política en la Facultad de Economía de la Universidad de la República, Carlos Real de Azúa, y cuya relevancia queda patente en el libro. Así, la academia uruguaya de entonces se opondrá frontalmente a la interdisciplinariedad y al pensamiento crítico, sobre la base de una ciencia política que se (auto)propone metodológica y rigurosa, mirando a Estados Unidos, y en clara confrontación a lo que proviene de una Europa. Un viejo continente en el que se abraza mayo del 68, y en donde la sociología política y la tradición marxista se aúnan en la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, destacando nombres como los de Jürgen Habermas, Karl Otto-Apel, Alfred Schmitd u Oskar Negt.

Es de destacar que todo el ejercicio de análisis que se presenta en *The Politics of Political Science* integra elementos positivistas, a partir de estadística descriptiva, pero igualmente recursos que confieren al texto un importante valor agregado, tanto por la revisión documental que se plantea, como por el recurso de entrevistas en profundidad que enriquece la propuesta metodológica. En cualquier caso, en el capítulo cuatro, titulado “*Doing Research, from Fortress to Intimacy*”, hay que destacar que se recurre a un instrumento exógeno de la ciencia política, tal y como es la auto-etnografía.

Aunque pudiera pensarse que es el modo de inscribir el sentido y la experiencia personal de la opresión física y epistemológica del autor en su aproximación al objeto de estudio abordado por el libro, más bien se trata de un esfuerzo por integrar la esfera personal y la experiencia propia a la relación de poder, subjetividad y conocimiento que, como señalaba *ab initio*, atraviesan sus páginas. Es cierto que, quizá, este capítulo puede entenderse como prescindible, en tanto que hay un capítulo introductorio, un excelente marco teórico que reflexiona sobre los tres pilares recién referidos, una mirada para el caso chileno (capítulo 2) y una mirada para el caso uruguayo (capítulo 3), que nuevamente se integran en un texto concluyente que hace de perfecto corolario. Sin embargo, el recurso de categorizar los capítulos en función de la «distancia» de conocimiento hace que este capítulo más intimista tenga pleno sentido.

Así, hay un capítulo frío (*cold*), que sería el que tiene que ver con Chile, en donde mayormente hay un trabajo sobre una escala geográfica y un objeto de estudio abordado desde «lo ajeno». Hay un capítulo templado (*warm*), en el que la subjetividad aparece en forma de relatos y entrevistas, pero también respecto de una escala geográfica en la que se inscribe el autor y que claramente le resulta cercana. Además, en él, por medio de la subjetividad, es que se puede dar cuenta de cómo transita la ciencia política uruguaya a partir de la interacción con la experiencia de la dictadura, del marxismo al liberalismo. Y por último, este capítulo cuatro (*hot*), en donde la subjetividad del autor es el punto nuclear en medio de esa intersección ubicua para Ravecca, que reposa entre conocimiento y poder. Se trata a todas luces de una reivindicación que, más allá de lo anterior, pone en medio de la discusión de qué manera la vida de las personas se encuentra fuertemente influida por los cambios que acontecen en la política y o político. Tres miradas y tres distancias que terminan por alimentar un debate presentado en la introducción, pero problematizado —en torno a la subjetividad— en el último de sus capítulos.

En cualquier caso, el libro no solo imbrica escalas geográficas y distancias epistemológicas. Igualmente aúna elementos propios de la raíz marxista, con otras tradiciones del pensamiento crítico y en particular, de la teoría *queer*. De este modo, no solo Marx, e ineludiblemente Nietzsche, sino Foucault, Bourdieu y el post-estructuralismo en general se encuentran muy presentes en la manera en la cual se

discute lo real, lo normativo, lo material y lo simbólico. Elementos en ningún momento estancos, que demandan miradas plurales y transdisciplinarias capaces de integrar enfoques y análisis que resuelvan la ecuación de la complejidad. Algo inherente a las teorías radicales de la democracia, en tanto que, cuanto más complejo, más democrático, pues no olvidemos que, en todo caso, para el autoritarismo el recurso fácil es siempre el de simplificar y reducir una noción de poder a una dimensión única, *top-down*, material y disponible.

Quizá, por ello mismo, conviene escapar de la univocidad interpretativa de la evolución misma de la ciencia política. Como plantea acertadamente Ravecca, no se pasa, por ejemplo, de entender que la politología uruguaya pasó de la tradición marxista, radical y europea a un componente cientificista, objetivo y de impronta estadounidense en aras de dotarse de mayor rigurosidad y de «verdadera» metodología. Lo que propone el autor, y he aquí una idea-fuerza del texto que bien vale la pena rescatar, es que las dictaduras en Chile y Uruguay fueron las que, a modo de trauma, especialmente en el segundo caso, dieron lugar a un proceso subjetivo, en la comunidad académica de referencia, que desemboca en este tránsito disciplinar.

Empero, no todo es producto de las dictaduras. En este proceso *bottom-up* de escalas geográficas no se puede dejar de lado el auge unipolar de Estados Unidos, el desmoronamiento de la Unión Soviética, el hiperglobalismo y el nuevo regionalismo que llega a América Latina. Asimismo, se hallan inmersos los esfuerzos renovadores por crear una disciplina autónoma en cuanto a conocimiento y que encuentra en el poder su particular núcleo irradiador, influyendo, en suma, en la subjetividad de las academias del Cono Sur. Especialmente, en la «necesidad» de buscar nuevas preguntas, formular renovadas respuestas y articular ambas esferas con un método propio, alejado del Derecho y de la Sociología.

Así y solo así, como sostiene Ravecca, es que se puede escapar de lecturas parsimoniosas y dar cuenta de la particular evolución que experimentan la(s) ciencia(s) política(s) de Chile y Uruguay. Una(s) ciencia(s) política(s) atravesadas por una renovación de la relación entre poder y conocimiento. Un binomio respecto del cual no hay que obviar cómo la subjetividad se encuentra influida por los cambios que acontecen de lo global a lo local y de lo material a lo simbólico, prestando especial atención a la dimensión económica y a la cultural. Cuestiones todas que, como imaginarán, terminan por desembocar en un *American way of life* que, en todo momento, busca persuadir a la ciencia política como marco de referencia.

Por todo, nos encontramos ante una interesante contribución académica que desde la teoría crítica explora una mirada original, que cuestiona saberes preconcebidos y los pone en la palestra de la revisión y la resignificación, de modo que queda patente cómo la política y el poder modulan lo político y lo politológico. Ello se lleva a cabo desde un planteamiento en el que el autor apela de forma metafórica a un *continuum* de temperaturas (caliente/templado/frío) con las que se explora, desde diferentes recursos investigativos, la forma particular en la que la subjetividad responde y se integra en los factores que, desde el poder, modulan dicho conocimiento.

En conclusión, lo objetivo no existe como tal y lejos de incurrir en puritanismos academicistas, de lo que se trata es de normalizar la impronta subjetiva sobre la base del recurso ético, sin entender por ello la rigurosidad disciplinar como excluyente a trascender del supuesto rigor de la ciencia política «dura». El poder, y más en la ciencia política, es un elemento cuasi indisociable de aquélla, el cual, como proponía Lukes (1974), en todo momento hay que identificar y abordar como objeto de estudio. Especialmente, por ser un marco interpretativo que, por su relevancia, cuando resulta

pasado por alto es capaz de desdibujar y alterar el sentido de las preguntas y las respuestas que, en sí, dan significado mismo a la ciencia política. Una ciencia política ha de entenderse como construcción de conocimiento en sí misma pero sin desconocer que cuando resulta dirigida por fuerzas motoras del poder político-económico-cultural, corre el riesgo de acotar las fronteras del debate académico, su sentido, su alcance y hasta su orientación. Algo, inexorable de un conocimiento en continua disputa, fácilmente subsumible en ejes opresivos y hegemónicos, pero donde en cualquier caso, el campo de batalla sigue abierto.

Bibliografía

- Crozier, M., Huntington, S. y Watanuki, J. (1975). *The Crisis of Democracy: On the Governability of Democracies*. Nueva York: Trilateral Commission – Rockefeller Foundation.
- Dahl, R. (1969). The behavioral approach in political science: Epitaph for a monument to a successful protest. En H. Eulau. *Behavioralisms in political science* (pp. 68-92). Nueva York: Atherton Press.
- Dryzek, J., y Leonard, S. (1988). History and Discipline in Political Science. *The American Political Science Review*, 82(4), pp. 1245-1260.
- Easton, D. (1965). *A Systems Analysis of Political Life*. Chicago: University of Chicago Press.
- Franzé, J. (2013). Hermandad y Guerra. Los conceptos de España y Portugal en la Revista Estudios y en la Revista de Estudios Políticos (1941-1950). *Historia y política: ideas, procesos y movimientos sociales*, 30, pp. 89-116.
- Fukuyama, F. (1992). *The End of History and the Last Man*. Nueva York: Free Press.
- Huntington, S. (1996). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. Nueva York: Simon & Schuster.
- Lukes, S. (1986). *Power: A Radical View*. Londres: Red Globe Press.
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Osborne, D. y Gaebler, T. (1992). *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. Nueva York: Penguin Press.
- Sodaro, M. (2006). *Política y ciencia política: una introducción*. Madrid: McGraw-Hill.
- Williamson, J. (1993). Democracy and the Washington consensus. *World Development*, 21(8), pp. 1239-1336.

Politizando la Ciencia Política: Paulo Ravecca y el “yo disciplinar” de la ciencia política latinoamericana. Comentario a Paulo Ravecca, *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences**

(2019) Routledge
Nueva York, 275 pp.

Diego Rossello
Universidad Adolfo Ibáñez
ORCID ID 0000-0001-9244-2778
diego.rossello@uai.cl

Cita recomendada:

Rossello, D. (2019). Politizando la Ciencia Política: Paulo Ravecca y el “yo disciplinar” de la ciencia política latinoamericana. Comentario a Paulo Ravecca, *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 388-393.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5043>

-¿Y qué tiene de malo ser blando como una mujer?,
¿por qué un hombre o lo que sea, un perro, o un
puto, no puede ser sensible si se le antoja?
-No sé, pero al hombre ese exceso le puede estorbar.
-¿Para qué?, ¿para torturar?
-No, para acabar con los torturadores.
-Pero si todos los hombres fueran como mujeres no
habría torturadores.

Manuel Puig, *El beso de la mujer araña*

Hay un malestar en la ciencia política latinoamericana. Si la tesis propuesta por Paulo Ravecca es correcta, la ciencia política latinoamericana debe comenzar a revisar sus presupuestos. De acuerdo al libro del politólogo uruguayo esta revisión debe ocurrir

* El presente trabajo se enmarca al interior del proyecto FONDECYT Regular Nro. 1171154. Diego Rossello es doctor en ciencia política (especialización en teoría política) por la Universidad de Northwestern, en Estados Unidos. Se desempeña como Profesor Asociado en el Departamento de Filosofía, Facultad de Artes Liberales, Universidad Adolfo Ibáñez, en Santiago, Chile. Entre 2012 y 2016 fue editor de *Revista de Ciencia Política* y es actualmente co-editor de *Economía y Política*. Su trabajo ha sido publicado en las siguientes revistas: *Ideas y Valores*, *Theory & Event*, *New Literary History*, *Society & Animals*, *Philosophy Today*, *Contemporary Political Theory* y *Political Theory*, entre otras.

por lo menos en dos niveles: la historia y desarrollo de la ciencia política como disciplina en América Latina; los sesgos epistemológicos y normativos de una disciplina que no reflexiona sobre las relaciones de poder que la atraviesan y que, por ello, sabe poco de sí misma y se arriesga a saber menos de su objeto de estudio. Pero vamos por partes, el libro de Ravecca es, como se dijo, un cuestionamiento abierto a la sabiduría convencional sobre la historia reciente de la ciencia política en la región, pero es además un ejemplo de lo importante que sigue siendo ejercer el coraje de decir la verdad, esto es, aquello que Michel Foucault, inspirado en la noción griega de *parresia*, denominó hablar con franqueza y sin miedo sobre los asuntos comunes (Foucault, 2001).

En este sentido, resulta un desafío comentar un texto que combina abordajes metodológicos contrapuestos. Por un lado, se trata de un texto académico en el sentido más aceptado y profesional, con un trabajo de entrevistas, archivo y análisis de contenido minucioso y verificable, al interior de un marco teórico coherente y sofisticado. Sin embargo, el libro es también un torrente de intensidad existencial; una problematización descarnada de la relación entre los espacios de producción científica y de subjetividad; del vínculo entre la ciencia política como disciplina y la intimidad personal, espacio este último que puede ser un refugio pero también un abismo secreto en el cual se ponen en juego la disidencia sexual, el trauma y su elaboración, el abuso y sus legados, así como la narración entendida como tarea de duelo y de reconstrucción afirmativa de sí mismo. Es justamente debido a la capacidad de Ravecca para habitar registros metodológicos y epistemológicos contrapuestos, pero también para ponerlos en relación de maneras creativas e inesperadas, que este libro constituye un tesoro particularmente valioso para quienes logren encontrarlo y encontrarse, o perderse productivamente, en él.

En términos formales, el libro de Ravecca comienza explicitando su marco teórico y luego se desarrolla a partir de una escala ascendente de temperatura que va del frío (*cold*) al calor (*hot*), sugiriendo un *crescendo* a la vez climático y libidinal. En cuanto al marco teórico, Ravecca logra imbricar las sospechas de Karl Marx acerca del carácter superestructural y sobredeterminado de las producciones científicas, simbólicas y culturales con las que los seres humanos intentamos dar cuenta de nuestra realidad; la crítica de Friedrich Nietzsche a los ideales ascéticos que, en este caso, cultiva una academia que se profesionaliza a partir de estándares de productividad e índices de impacto; y la tesis Foucaultiana de la relación entre saber y poder, ofreciendo modulaciones de esa combinación entre marxismo y post-estructuralismo para identificar subalternidades de orientación sexual y de género, así como los escenarios post-coloniales en los cuales, por ejemplo, recibimos los marcos teóricos (incluso críticos) y metodológicos con los que pensamos América Latina desde los centros de producción intelectual en Estados Unidos y Europa.

Desde este marco teórico, el concepto que hace más trabajo en el texto es el de la «política de la ciencia política» (Ravecca, 2018, p. 1) El propósito de Ravecca parece ser aquí politizar aquello que la ciencia política viene, paradójica y, tal vez, involuntariamente, a invisibilizar y despolitizar, esto es, su propio objeto de estudio y la historia y presupuestos de su propia institucionalización. En términos del autor, el libro explora algo así como el «yo disciplinar» (Ravecca, 2018, pp. 31 y 129) de la ciencia política latinoamericana y de ese modo Ravecca opera, al mismo tiempo, como un psicoanalista perspicaz del inconsciente político de ese yo y como su deconstructor más implacable. El retrato que surge de ese «yo disciplinar» es matizado y complejo, pero también desalentador: se trata de un yo heteronormado, masculinista y ascético, con una visión distorsionada de su propia historia. Nos preguntamos entonces: ¿podrá surgir algo bueno de ese «yo disciplinar»?

El argumento del libro comienza a la intemperie invernal de lo que Ravecca denomina la construcción de la ciencia política autoritaria en Chile. Según Ravecca, y en contra de la sabiduría convencional, la dictadura de Pinochet apoya y cultiva activamente un cierto tipo de ciencia política que se caracteriza por el temor reflejo frente al socialismo y por su aceptación, tácita a veces, entusiasta en otras, de una democracia tutelada. De allí Ravecca se mueve a la tibieza de la institucionalización de la ciencia política en Uruguay que, purgada de marxismo durante la dictadura, elige abrazarse a la supuesta neutralidad aséptica de la ciencia sin poder renunciar a episodios de dogmatismo liberal, ni a viñetas de homofobia de cafetín. Frente a ello, Ravecca despliega el calor *queer* de la historia personal puesta en juego con una valentía y franqueza inauditas, pocas veces vistas en el género tanto de la ciencia política latinoamericana en general, como en la teoría política con inflexiones críticas en particular. Con y desde ese calor, y a partir del compromiso de fijar en la escritura la propia experiencia, Ravecca enhebra una narrativa introspectiva que combina la teoría crítica con la auto-etnografía, produciendo un género discursivo tan movilizador como desafiante.

En el caso específico de la ciencia política en Chile, los aportes del libro son desconcertantes. Ravecca pone en cuestión una tesis que se ha vuelto sentido común académico sedimentado: la idea de que las dictaduras en América Latina producen un *impasse* en la institucionalización de la ciencia política, y que esta disciplina recién vendría a reactivarse en los tiempos de transición democrática. Ravecca nos muestra justamente aquello que no queremos ver y que nos cuesta ver, por ejemplo, que dos de las revistas más prestigiosas de la ciencia política en Chile, la revista *Política* (vieja época) publicada por la Universidad de Chile, y la *Revista de Ciencia Política*, publicada por la Universidad Católica, fueron creadas en 1982 y 1979 respectivamente, en pleno auge de la dictadura militar. Casi como broche de oro de este cuestionamiento, Ravecca encuentra que algunos números de la revista *Política* (vieja época) fueron impresos en los talleres gráficos de Gendarmería de Chile.

En parte alentado por la invitación a la auto-etnografía que el profesor Ravecca extiende en el capítulo 4, y a la que me referiré más adelante, me veo forzado a reflexionar sobre mi propio rol como editor, en particular porque parte de la investigación de Ravecca fue publicada originalmente en *Revista de Ciencia Política* (RCP), durante mi período como editor académico de la misma (Ravecca, 2015). Afortunadamente, el texto de Ravecca invita y solicita repetidamente esta auto-reflexividad, la necesidad de una reflexión meta-disciplinar sobre las condiciones de posibilidad de nuestra praxis académica y editorial. Resulta entonces que un buen día recibí un correo electrónico del profesor Ravecca, pidiéndome una reunión para discutir sobre la institucionalización de la ciencia política en América Latina. Un poco fastidiado por cierto carácter insípido de la literatura sobre historia y desarrollo de la ciencia política en América Latina, a la que Ravecca llama en su libro la «banalidad de la institucionalización» (Ravecca, 2019, p. 85), intenté disuadirlo de nuestro encuentro, en parte también debido a mi insatisfacción creciente con cierta manera (justamente, insípida) de hacer ciencia política empírica. El profesor Ravecca advirtió rápidamente los motivos detrás de mis evasivas y aclaró que su proyecto era tan empírico como crítico, y que estaba especialmente interesado en que charláramos. Años más tarde me encontraría invitando al profesor Ravecca a publicar sus avances de investigación en un número especial de *RCP* sobre la ciencia política en América Latina.

Fruto de esa publicación ocurrieron eventos que dialogan con las dinámicas de saber-poder que el profesor Ravecca expone y pone en cuestión. En una presentación del número especial de *RCP* realizada en el congreso de ALACIP en Lima, en 2015, el profesor Ravecca expuso y cuestionó dinámicas fraternales y

heteronormativas presentes en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de la República, en Uruguay, suscitando un debate que produjo incomodidad en más de un representante destacado de la ciencia política rioplatense. Por otro lado, como respuesta a la publicación de sus avances de investigación en *RCP*, se me hizo llegar un correo electrónico en calidad de editor de la revista en el cual el hijo de uno de los autores discutidos por Ravecca cuestionaba, en nombre de la memoria de su padre (la imagen del padre está bajo mucha presión crítica en el texto de Ravecca), la pertinencia del artículo y se mostraba sorprendido de que un texto con inflexiones críticas fuese publicado en *RCP*. Menciono estos sucesos porque echan luz sobre los efectos performativos del trabajo del profesor Ravecca y porque creo ayudan a entender, de primera mano, la política de la ciencia política en Chile y más allá.

En lo que sigue me gustaría abordar la parte *hot*, caliente, como él mismo la denomina, del texto de Ravecca. En los capítulos 4 y 5 Ravecca hace muchas cosas a la vez, todas provocadoras, creativas y sugerentes. A efectos de este comentario me concentraré en dos: el cuestionamiento de la «escritura fortaleza» (*fortress writing*) y la necesidad de entrelazar vida y conocimiento mediante la autobiografía y la auto-etnografía. Entiendo que es un gran servicio del texto de Ravecca el poner en cuestión el tipo de escritura que se ha vuelto predominante no sólo en la ciencia política, sino también en las ciencias sociales y las humanidades en general. Ravecca propone que el tipo de escritura fortaleza busca como su ideal una reflexión sin fallas ni flancos abiertos, perfectamente autosuficiente y cerrada sobre sí misma, que se volvería inmune a las críticas de cualquier tipo. Por definición, un buen *paper* considerado desde la perspectiva de la escritura fortaleza es inexpugnable, imbatible; en términos coloquiales «no se le puede entrar por ningún lado». Este ideal, nos sugiere Ravecca, es una extensión de la política de agresividad masculina: es academia modelada a partir de la virilidad militar.

Frente a esto Ravecca opone una actitud ante el conocimiento que recoge la vulnerabilidad al tiempo que la vincula con la frase, vuelta famosa por el feminismo, de «lo personal es político». Ravecca no solo repasa un conjunto de experiencias personales, imbricadas por un delicado y a la vez afirmativo hilo narrativo, sino que reivindica la narración personal en tanto tal como vehículo de conocimiento reflexivo y crítico; como una forma de verter en palabras los que los filósofos han llamado desde siempre «la vida examinada». De este modo la narrativa en primera persona se estructura a partir de impresiones de la infancia; conversaciones con su madre y su psicoanalista; episodios de *bullying* escolar y universitario; experiencias de abuso y militancia política de izquierdas; y transformaciones epistemológico-personales entre la Universidad de York, donde Ravecca cursó sus estudios de postgrado, y Montevideo. Es difícil captar en este comentario el vértigo que siente el lector en este *tour de force* narrativo, un vértigo que es al mismo tiempo dramático, como es de esperar en un relato, pero también epistemológico, resultando un híbrido, pero estimulante, *genre* de autobiografía como indagación teórico-política.

Es justamente el estatus de la autobiografía y la auto-etnografía en el texto de Ravecca lo que, desde mi perspectiva, invita a un señalamiento crítico. En este sentido, el autor menciona y articula una gran cantidad de pensadores post-estructuralistas en su texto, desde Edward Said a Gayatri Spivak, desde Michel Foucault a Judith Butler y Jacques Rancière, pero no se hallan referencias al trabajo del pensador argelino-francés Jacques Derrida. De más está decir que no es obligación incluir dichas referencias ya que ningún texto puede incluirlo todo. Sin embargo, la ausencia de Derrida resulta significativa por el peso que adquiere al final del libro el registro autobiográfico, ya que es justamente Derrida quien se ha dedicado a pensar meticulosamente lo que está en juego en la cuestión de lo auto-bio-gráfico;

sobre lo que significa inscribir la propia vida mediante grafemas o escritura (Derrida, 1994).

Cabe decir que Ravecca problematiza una y otra vez la noción del yo narrador en la que abrevia, pero dicha noción sigue haciendo gran parte del trabajo significativo en los capítulos «calientes» del texto. Se sigue entonces la pregunta: ¿hasta qué punto un texto que se presenta como post-estructuralista puede depender fuertemente de una noción de «yo narrador»? ¿No es justamente el propio Foucault quien declama la muerte del autor y se propone escribir como si no tuviese rostro? Como es sabido, en el canon extendido de la teoría política hay solamente dos textos escritos en primera persona: las *Confesiones* de San Agustín y las *Confesiones* de Jean-Jacques Rousseau—a estos podríamos agregar, tal vez, la *Apología de Raymond Sebond*, de Michel de Montaigne.

Es por ello que, a pesar de la problematización que hace Ravecca del yo narrador en el texto, este último sigue siendo en sí mismo problemático. Puesto de otro modo, resulta difícil escribir desde un yo narrador de experiencias personales sin estar siendo escrito, por así decirlo, por el género mismo de la confesión. Es por eso que cuando el propio Derrida escribe un texto de tintes autobiográficos lo denomina *circunfesión* (*circumfession*), es decir, una especie de elusión o circunvalación del género confesional. El gesto derridiano de eludir y circunvenir, es decir, de problematizar, el género de la confesión es escenificado además por un trabajo de contaminación de dicho género: la homofonía entre *circunfesión* y *circuncisión*, articulada por Derrida, «contamina» de judaísmo un género que sería exclusivamente cristiano. Cabe preguntarse entonces si el texto de Ravecca logra llevar a cabo las dislocaciones críticas que se propone o si las obtura, o bien limita, al recaer en la reflexividad del griego «autos» (en latín *ipse*: sí mismo; *self* o “yo”) que animan tanto a la *auto-bio-grafía* como a la *auto-etno-grafía*.

Más allá de este señalamiento puntual, y para concluir, me gustaría vincular el importante libro de Ravecca con un texto que, al interior del canon literario, lleva a cabo operaciones críticas de índole similar. Me refiero a *El beso de la mujer araña*, de Manuel Puig (Puig, 2016). En dicha novela, a través del diálogo y la relación íntima (aunque también traidora) entre el militante Valentín Arregui, preso por su activismo político «subversivo», y el transexual Molina, preso por el abuso de un menor, se construyen los desafíos, límites y posibilidades de los proyectos progresistas de izquierdas en América Latina. Así, la tensión entre los grupos revolucionarios cuasi militarizados, organizados para la toma del poder, y los defensores de los derechos de los homosexuales, las mujeres, y otras minorías oprimidas, adquiere toda su espesura simbólica y política.

El evento que hace las veces de núcleo traumático del texto de Ravecca, un episodio de abuso sexual de un menor (el propio autor) por parte del padre de sus hermanos --un reconocido líder comunista uruguayo-- reaviva esas tensiones con un dramatismo tan conmovedor como ineludible; tan urgente como necesario. Así, mediante esta terapia de shock y el ejercicio de la parresia, Ravecca nos advierte que quienes dicen representar a los oprimidos también pueden ser los opresores. Es justamente sobre este punto que la ciencia política latinoamericana, marcada en su origen e institucionalización por las dictaduras y la represión política, debe comenzar a enfrentar los claroscuros de su propia historia. En la historia que la ciencia política latinoamericana ha elegido narrarse a sí misma ella ocupaba el lugar de la, o del, abusada/o. Tal vez debamos complejizar esa historia y advertir de qué manera la ciencia política hoy puede estar ocupando el lugar del abusador (de las académicas mujeres; de las y los académicos/as *queer*; de quienes hacen ciencia política no

positivista; de los animales no-humanos que no encajan en sus presupuestos antropocéntricos) y sobre esto nos queda todavía mucho, pero mucho por aprender.

Bibliografía

- Derrida, J. (1994). Circonfesión. En G. Bennington y J. Derrida, *Jacques Derrida*. Madrid: Cátedra.
- Foucault, M. (2001). *Fearless Speech*. Los Angeles, CA: Semiotext(e).
- Puig, M. (2016). *El beso de la mujer araña*. Buenos Aires: Planeta.
- Ravecca, P. (2015). Our Discipline and its Politics. *Authoritarian Political Science: Chile 1979-1989. Revista de Ciencia Política*, 35(1), pp. 145-178.
- Ravecca, P. (2019). *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*. London: Routledge.

Respuesta a Jerónimo Ríos Sierra y Diego Rossello*

(2019) Routledge
Nueva York, 275 pp.

Paulo Ravecca
Universidad de la República
ORCID ID 0000-0002-9754-9520
paulo.ravecca@cienciassociales.edu.uy

Cita recomendada:

Ravecca, P. (2019). Respuesta a Jerónimo Ríos Sierra y Diego Rossello. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 394-403.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5044>

«Si el sujeto se reduce al rígido reflejo del objeto al que necesariamente falta el objeto, el cual sólo se abre al excedente subjetivo en el pensamiento, resulta el silencio espiritual sin paz de la administración integral. Únicamente una consciencia infatigablemente reificada se figura o hace creer a los otros que posee fotografías de la objetividad. Su ilusión se transforma en inmediatez dogmática.»

Theodor Adorno

«(...) 'quién soy yo', y la imagino protestando en silencio, impotente, impaciente ante el narcisismo incorregible de un hijo que no parece interesarse más que por su propia identificación, mejor dicho, la de su doble, desgraciadamente, el hermano muerto.»

Jacques Derrida

The Politics of Political Science (2019) es producto de más de una década de trabajo en torno a varias de mis obsesiones intelectuales, políticas y existenciales. El libro vio la luz en febrero de este año y ha tenido la suerte de ya haber sido leído y problematizado por colegas en diversos eventos y en distintas partes del mundo. El

* Agradezco a Marcela Schenck por la permanente e inspiradora interlocución intelectual. Sus reflexiones enriquecieron esta respuesta.

texto transita y recoge un arco amplio de temas, circunstancias y tiempos, y esa condición plural ha sido parte central de las conversaciones. Volver como lector a lo que uno escribió a través de la mirada de *otros* es un privilegio para saborear y agradecer: se descubren otros libros en el libro, nada menos. Si bien cada encuentro es único, este intercambio se inscribe en la saga de un modo especial, porque por vez primera las reflexiones sobre el texto quedarán —están quedando— plasmadas en un nuevo texto, con todo lo que ello implica. Agradezco entonces a *Revista Eunomía*, y a Jerónimo Ríos Sierra y Diego Rossello por la generosidad, el cuidado y la profundidad de sus comentarios. Sus reacciones me han hecho rumiar, como decía Nietzsche (1989, p. 23), y expandir mi propio pensamiento. Advierto desde el vamos que no tengo discrepancias salientes con ninguno de los dos, así que ésta será una oportunidad para reflexionar colectivamente, más que para ‘debatir’ en clave de «escritura fortaleza», para tomar la traducción (muy precisa, por cierto) que hace Rossello de una de las categorías a las que el texto apela.

El libro es una meditación teórica sobre la relación entre el conocimiento y la política¹ y sobre el poder emancipatorio de la (auto) reflexión, que toma a la ciencia política latinoamericana como su escenario o plataforma empírica². En este sentido se inscribe en los estudios sobre el desarrollo y la historia de la disciplina, proponiendo un giro crítico en dicho campo³. Una de sus premisas centrales es que, dado que el conocimiento y el poder están imbricados, las dinámicas de poder han de ser aprehendidas de forma profunda solo si analizamos críticamente los conocimientos ‘oficiales’ que las reproducen a nivel de la episteme⁴. En otras palabras, la autorreflexión disciplinar es ciencia política porque expande el saber y la reflexión sobre la política (la introspección es *extrospección*). El libro ensaya además una teorización de mayor ambición sobre el abuso, el trauma y la opresión, y hace una apuesta fuerte por la capacidad de la (auto) reflexión, o reflexividad⁵, para emancipar e incluso reparar. No se trata, empero, solamente de enfrentar las tendencias autoritarias y abusivas del otro sino sobre todo de cuestionar los modos en que ellas ya están operando en nuestro interior (personal o institucional). La autorreflexión es entonces una práctica de desarticulación de nuestras tendencias autoritarias, ejercidas al amparo de la naturalización y el camuflaje⁶. Este argumento general se vuelve sobre la ciencia política misma: los estudios disciplinares pueden funcionar como voz crítica y ayudar a proteger (y a crear) la pluralidad *vis-à-vis* prácticas dogmáticas (y por ende antidemocráticas) que suelen emerger en su interior enarbolando la bandera de la objetividad, de la buena ciencia, e incluso de la democracia misma. Obviamente el argumento teórico esgrimido también tiene implicaciones sobre cómo ejercer esta crítica: el libro, si es consecuente, no puede ser abusivo con lo criticado, en este caso su propio hogar intelectual. Por ello, el texto cuestiona y celebra a la ciencia política.

¹ Dejo a un lado aquí la distinción conceptual, importante en los debates de teoría política, entre ‘la política’ y ‘lo político’ (para un recorrido sucinto pero completo por dichos debates ver Menéndez-Carrión, 2015).

² Más específicamente, el libro ofrece estudios en profundidad de la ciencia política en Chile y Uruguay, aunque la mirada trasnacional, que abarca incluso a Canadá y Estados Unidos, es transversal a todo el proyecto.

³ Para una introducción breve a este campo de estudio ver Bulcourf, Krzywicka y Ravecca (2017).

⁴ En palabras más intelectualmente intensas, «*knowing the ways of knowing is a powerful way of knowing the object known*» (Ravecca, 2019, p. 229).

⁵ Sobre la noción de reflexividad ver Amoureux y Steele (2016).

⁶ En este sentido, como ha señalado Marcela Schenck, el libro propone un cuestionamiento de la otredad como construcción ajena al ‘yo’: categorías/prácticas como la opresión y la violencia no son patrimonio de otro, son vinculares y situadas, y potencialmente reproducidas (hasta desde lugares considerados de ‘subalternidad’) si no se ejercita una reflexividad constante.

Estos diversos registros en que el texto transcurre están articulados, aunque son hasta cierto punto distinguibles. Los comentarios de Ríos Sierra y Rossello transitan por ellos con impecable sistematicidad. Sin duda, la ideología y la objetividad son dos cuestiones centrales. El libro argumenta que, si bien la ciencia no se reduce a la ideología, sí tiene una dimensión ideológica irrefutable. La ciencia política suele promover el liberalismo en nombre de la objetividad. Ejercer la ideología en nombre de su ausencia tiene gran efectividad (ideológica, precisamente)⁷. Cuanto más se coloca una ideología o una perspectiva en un pedestal inalcanzable, más riesgos de acriticidad existen. El libro despliega este análisis ideológico de la disciplina a través de distintas estrategias metodológicas y teorías que no voy a detallar aquí⁸. Sí quiero comentar que apelo a la teoría *queer*, que se caracteriza por politizar la identidad, para visualizar cómo la ciencia política construye su yo disciplinario de modos que terminan naturalizando al capitalismo. Así, una teoría post- sale en 'defensa' (epistemológica) del marxismo. El género de la ciencia política en la región es liberal y capitalista (aunque sabemos que no hay género sin fluidez...). Este deliberado sincretismo conceptual y metodológico del libro está recogido en una de sus categorías centrales: la de relacionalidad compleja.

El libro puede leerse también como un cuestionamiento a la pretensión de objetividad. Los tres estamos de acuerdo en que, más que la (búsqueda de) objetividad, es la totalización de la objetividad como criterio de demarcación de la buena ciencia lo que subtiende un ejercicio de poder hacia adentro y hacia afuera del campo científico. Como dijo Gayatri Spivak alguna vez, yo no quiero que el otro sea como yo: o sea, es esperable que haya colegas que estudian la política desde enfoques cuyos fundamentos epistemológicos los anuden indefectiblemente a la objetividad; es esperable incluso hasta que sean la mayoría quizá. Lo que no es esperable ni deseable es, sin embargo, que el positivismo se vuelva un dogma que, por su condición de tal, invalide otros modos de concebir el quehacer científico (Jackson, 2011; Monroe, 2005; Levine y McCourt, 2018). Eso destruye la pluralidad del mundo (pienso por supuesto en Hannah Arendt), no sólo del científico, con efectos devastadores como los que señala Adorno en la cita que preside este texto.

La totalización de la objetividad es un embuste. Además de ejercer poder de modos que erosionan y excluyen formas legítimas (o razonablemente legítimas) de saber, esconde la precariedad de sus fundamentos. Tengo para mí –quizá porque la experiencia de la terapia psicoanalítica está inscripta en mi manera de analizar– que el embuste no es un mero engaño, mucho menos una mentira... se trata de una narrativa que sostiene una identidad, una forma de estar en la disciplina que envuelve a los sujetos, que sostiene su autoimagen, en la ilusión de ser algo que no son... Si hay fetichización y reificación no puede haber más que bloqueo de la reflexión (Ollman, 1971).

Ríos Sierra hace correctamente referencia a las transformaciones que, de acuerdo con mi análisis, la Guerra Fría y la dictadura indujeron en las ciencias sociales uruguayas. Concretamente, señala la sustitución de «la particular ciencia política previamente existente» por parte de este nuevo momento liberal. Esto me lleva a clarificar el siguiente matiz, que creo que está adecuadamente identificado en el libro:

⁷ El libro tiene un compromiso ideológico de izquierda, pero no reduce ciencia a ideología. En mi perspectiva, la ideología no encorseta, es nuestro vínculo con la ideología lo que puede encorsetar: la idea de que hay que pensar más allá de las 'anteojeras ideológicas' es un corsé ideológico que reproduce e invisibiliza la dominación. Alguien me llamó la atención sobre la dimensión de género de esta imagen. El lapsus viene bien, pues transmite la multidimensionalidad (y la corporeidad) de los procesos de poder, un motivo central del texto.

⁸ Sobre esto y para un comentario general y cuidadoso del libro ver Santiago (2019). La reseña escrita por Marcela Schenck para *Civitas* es también una excelente y exhaustiva guía para su lectura.

strictu sensu, antes de la transición democrática no había ciencia política en el país, al menos en tanto espacio disciplinar consolidado. La disciplina solo se enseñaba en algunas cátedras dispersas en la universidad pública. Por tanto, más que una transformación *de* la disciplina, lo que hubo fueron desplazamientos ideológico-epistemológicos en las élites intelectuales que se sustanciaron, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de la ciencia política. En otras palabras, la institucionalización misma de la ciencia política fue un punto nodal en el tránsito de 'la revolución' a 'la transición'. También parece importante subrayar que en Uruguay más que «un sentido destructivo para con la tradición marxista», lo que primó fue la indiferencia. Y que tanto en Chile como en Uruguay el trauma del autoritarismo generó un rechazo a la polarización: el trauma es, en sí mismo, el cambio ideológico. El punto de contraste entre ambas experiencias es, por supuesto, como aclaran ambos comentaristas, la ausencia de ciencia política autoritaria en Uruguay y una más moderada penetración del neoliberalismo en este caso⁹.

Resultan de particular interés las referencias españolas y portuguesas que trae Ríos Sierra a procesos análogos de ciencia política autoritaria. Otros colegas han encontrado puntos de conexión significativos con, por ejemplo, Brasil, México y Venezuela (Bulcourn, Gutiérrez Márquez, y Cardozo, 2015; Rojas Silva y Baquero 2017). Me parece que estamos colectivamente construyendo una suerte de política comparada del saber y el poder que se hace de las herramientas de la teoría crítica y que cuestiona versiones idealizadas, y un tanto reduccionistas, del itinerario disciplinar mientras, además, enriquece el conocimiento de los procesos políticos en cuestión.

Ríos Sierra expresa, con gran poder de síntesis, que «cuanto más complejo, más democrático». En efecto, concibo estos ejercicios de complejización como parte de un proyecto democrático, dentro y fuera de la disciplina. Me parece potente su observación, por un lado, porque es productivamente contraintuitiva (la propuesta de democratizar el acceso a la complejidad toma el lugar del mucho más manido gesto de simplificar en nombre *de* la democracia) y, por otro lado, porque de algún modo recoge el 'corazón' del libro. Hay un compromiso ético-político en el mantenimiento de la complejidad en operación y, en este sentido, la resistencia a la simplificación venga de donde venga —la del liberalismo dominante, pero también la que proviene de adentro— es una de las tareas más relevantes de la teoría crítica hoy.

Vuelvo a este tema más adelante, pero desde ya me vienen a la cabeza las advertencias que hace Geoffrey Bennington sobre la obra de Derrida en el libro que trajo a colación Rossello y que, gracias a él, devoré (Bennington y Derrida, 1994). La deconstrucción, subraya, no es un ejercicio nihilista sino de apertura al otro. Algo análogo debo decir aquí. La política de la ciencia política (que, como indica Rossello, es el concepto que más trabajo hace en el libro) no se desliza hacia el nihilismo¹⁰ ni tampoco decreta muertes prematuras (Cansino, 2008). Tampoco quiere habitar un enojo perpetuo. Me gustó en ese sentido lo que dijo Ana María Araújo en el primer evento sobre libro en Uruguay: se trata de un texto epistemofílico que cuestiona, como señaló Sol Montero en Buenos Aires, géneros de escritura, abriéndolos a la incertidumbre. Ese también es un gesto de búsqueda del otro. De hecho, concibo la crítica como un gesto de gratitud y de respeto. Escribí este libro como estudiante: y qué mejor tributo a los sabios de la tribu que la crítica, que el cuestionamiento, que la separación empática (que es lo contrario a la lógica de la lista negra o de la horda). El libro ha sido tildado de parricida. Podría responderse que sin parricidio no hay

⁹ Esto sin importar la definición específica que adoptemos del mismo. Sobre la noción de neoliberalismo ver Amadae (2016), Brown, (2015), Harvey, (2005), Saad-Filho y Johnston (2005) y Menéndez-Carrión (2015).

¹⁰ Agradezco este apunte a Fernando Leiva.

crecimiento y desarrollo, pero, además, el texto no puede hacerse cargo de la fragilidad ni de las emociones de ningún (autodesignado) 'padre'. No se puede cargar con lo del otro. Empatía no significa falta de firmeza. Adicionalmente, el terreno de la crítica *nunca* es personal. Este aserto puede verse como paradójico viniendo de alguien que pone a disposición la subjetividad para el análisis, pero no lo es: la elaboración de la subjetividad y de la ideología es precisamente lo que potencia su rigor. La tarea que tenemos entre manos es importante, y nos trasciende. No hay tiempo para la autoindulgencia del subjetivismo, como en innumerables ocasiones ha subrayado Amparo Menéndez-Carrión.

Rossello señala la dificultad de comentar el libro debido a la diversidad de aspectos que integra. Yo mismo experimento esa dificultad, ahora mismo. Como dije al comienzo de estas líneas se trata de un texto que opera en registros múltiples (que lo haga bien, mal, o más o menos, es otro asunto). Rossello agrega que combina recursos metodológicos «contrapuestos». Por su parte, Ríos Sierra indica que apelo a técnicas propias de la ciencia política pero también a estrategias exógenas, en particular la autoetnografía. Es interesante esta cuestión de la supuesta incompatibilidad entre metodologías, por un lado, y del adentro y del afuera disciplinar, por el otro. Me pregunto si de algún modo no estamos los tres siendo comentados por el género 'ciencia política' (va aquí un guiño a la crítica de Rossello). ¿Cómo salir de un género sin quedar (completamente) fuera, es decir, manteniendo la posibilidad de la interlocución, al menos de la palabra audible?

El tema es que además 'los géneros', en este caso la identidad disciplinar, se construyen, en buena medida, a base de violencia. El conocimiento no está separado de la vida. Afecta y es afectado por nuestras experiencias vitales. La academia es, entre otras cosas, un espacio de convivencia donde nos pasan cosas que nos construyen, y nos destruyen... Resulta llamativo y descorazonador que, como relata Rossello, la reacción dominante frente al cuestionamiento de las dinámicas fraternales y heteronormativas que realicé en ALACIP Lima, haya sido la defensividad en lugar de la reflexividad. Pero lo que está fuera de lugar es la discriminación y la afrenta que genera, no su problematización 'en público' (que, por lo demás, hice en clave analítica, argumentando que en esos encuentros interpersonales también se juega 'la democracia'). Es el colmo, aunque no sorprendente¹¹, que tenga que aclarar esto y entonces cobra sentido grave la pregunta que (me) hace Rossello: ¿podrá surgir algo bueno de ese 'yo disciplinar'?

La respuesta es que sí. Pienso que solo es posible analizar y entender lo que se respeta y a lo que se le adjudica complejidad, textura, contradicción, potencialidad. (Abro paréntesis: en algunas conversaciones he notado que se asume que yo rechazo la ciencia política autoritaria chilena... en realidad me intrigó, me interné en un mundo interesante; tiendo a suspender el juicio para poder pensar, prefiero que el mismo surja holísticamente, por así decir, del proceso analítico y reflexivo). El gesto crítico tiene que permanecer generoso. Sé que es pedir (nos) mucho, demasiado, a los sujetos subalternos dentro de la disciplina. También se podría señalar que ese nivel de reflexividad donde se es *generosx*, incluso frente a una insistente falta de contrapartida, es un acto que solo puede hacerse desde cierto privilegio. Voy a volver a esto al final de esta reflexión. Pero por algún lugar hay que empezar a construir algo distinto. Como dice Ríos Sierra «el campo de batalla sigue abierto». Y, además, el saber no solo es campo de batalla, es también refugio.

¹¹ Como ha señalado Marcela Schenck, es coherente con el ejercicio de exclusión que reafirma las fronteras del 'nosotros' y naturaliza la violencia asociada a esa construcción.

A la «academia modelada a partir de la virilidad militar» (Diego Rossello *dixit*) no se puede responder con más militarización. En eso sin duda coincidimos. En mi perspectiva es entonces necesario persuadir a los colegas de que cuando la reflexión pasa por la subjetividad, y que cuando esta última se pone a disposición de la investigación, se refina la captación analítica del poder y que este es, por ende, un modo de trabajo académico valedero. En este caso el *insight* teórico de que la opresión puede provenir de cualquier lugar y ser ejercida en nombre de cualquier cosa 'cobra vida' gracias a la exploración que hace el capítulo IV de un episodio de mi vida personal. Si un comunista¹² (supuesta garantía de virtud en mi entorno de entonces) puede ser abusivo, ¿por qué el liberalismo (asumido como virtuoso por el *establishment*) no puede serlo?

Rossello interroga críticamente esta opción por la escritura en primera persona, e indica la ausencia de referencias a Derrida, un autor que deconstruyó al yo narrador y a la noción misma de identidad. En este sentido, Rossello se pregunta hasta qué punto un texto que se presenta como post-estructuralista puede depender fuertemente de una noción de 'yo narrador':

¿No es justamente el propio Foucault quien declama la muerte del autor y se propone escribir como si no tuviese rostro? Puesto de otro modo, resulta difícil escribir desde un yo narrador de experiencias personales sin estar siendo escrito, por así decirlo, por el género mismo de la confesión.

Dos respuestas rápidas podrían ser, primero, devolverle a *Diego* la imagen de la escritura fortaleza y preguntarle si «la muerte del autor» no puede funcionar también como un lugar donde el académico (¡nuevamente!) se esconda. Segundo, podría señalar que mi libro no es cabalmente post-estructuralista pues se sitúa en la fricción entre distintas teorías críticas y sus variopintas economías de la violencia conceptual; en efecto, este posicionamiento está explicitado a través de la categoría de relacionalidad compleja a la que hice referencia arriba¹³. Sin embargo, los sesudos señalamientos del profesor Rossello requieren ser respondidos con más cuidado, y en eso concentraré mi esfuerzo en las páginas que siguen.

Sobre la no-inclusión, más que exclusión, de Derrida, quisiera decir lo siguiente. En este libro me propuse *hacer algo*: realizar un ejercicio de reflexión sobre la relación entre el saber y la política situado en la ciencia política; para ello convoqué a compañeros y compañeras de viaje y me hice de un conjunto de recursos que considero aptos, varios de los cuales son mencionados por Rossello en su comentario. No me tracé como meta una suerte de expansionismo enciclopédico. El ejercicio se podría haber hecho con otra compañía y con otros recursos. Eso no me genera reparo alguno. En un evento en Canadá se señaló la ausencia de *autorxs* decoloniales (ausencia relativa, pues hay referencias a Enrique Dussel y otras figuras de esta corriente de pensamiento). Jacques Derrida se cuenta entre esas incontables ausencias.

Por otra parte, escribir en primera persona y confesarse no son, desde mi perspectiva, sinónimos (Ravecca y Dauphinee, 2018; Ravecca, 2016). El acto de la confesión deja a escribiente y lector/a en soledad, pues no hay aprendizaje ni conceptualización. La exposición por la exposición misma, o a modo de catarsis, es

¹² Aclaro que no se trata de «un reconocido líder comunista uruguayo», sino más bien del reconocimiento que gozaba en mi entorno la condición de comunista en sí. El protagonista de la historia era un militante, no un miembro de la élite 'del Partido'. Este malentendido es conceptualmente productivo.

¹³ Concretamente: «*I am not 'fully' post-structuralist because the experience of psychoanalysis (and, in a different way, Marxism) was also critical in the incomplete reflexive journey of becoming myself. My intuitions on the self and on politics (to retheorize, the and is needed) lie on a never-fixed point of tension or friction between different critical theories and experiences, including the poetic*» (Ravecca, 2019: 191).

un acto ateórico que deja atrapados a lxs interlocutores en la incomodidad de compartir un material con el cual no se sabe qué hacer. La autoetnografía no es una confesión: ni en el sentido que la conciben Brigg y Bleiker (2010), metodológicamente más orientados hacia el afuera (construcción de conocimiento) ni como Dauphinee y yo mismo la imaginamos en «Narrative and the possibilities for scholarship», donde las reglas del encuentro no se fijan de antemano y se dejan en suspensión. En todo caso se trata de pensar, de conocer, de una búsqueda de sí y del otro. Me vienen a la cabeza varios textos 'narrativos' que despliegan el poder deconstructivo que reclama Rossello (donde también incluyo «Circonfesión», por cierto). Por ejemplo, Dauphinee (2013), Öberg (2015 y 2016) y Kurowska (2019)¹⁴.

Mi libro hace su intento, probablemente fallido, de circonfesión, «es decir, una especie de elusión o circunvalación del género confesional...» como dice Rossello, donde teoría, historia, memoria, y presente se contaminan mutuamente. En realidad, no estoy convencido del contraste que establece Rossello, dado que «Circonfesión» encarna precisamente ese modo de escritura que navega, transita, aprehende y habita la '*diferenzia*' de modos que la escritura académica, por su rigidez (puritanismo academicista le llama Ríos Sierra), no puede. Es más: podría decirse que ambos libros comparten una estructura donde hay contrastantes temperaturas epistemológicas. En el caso de *Jacques Derrida* lo caliente estaría en la base de la página (reconozco la limitación de la imagen térmica; me lo señaló Niki Johnson y además el capítulo V elabora sobre eso). El desafío, también compartido, es que la complejidad que se nombra devenga una experiencia en la lectura. ¿Qué pasa cuando se habita, físicamente, un texto? En estos días se me ha ocurrido que las narrativas tienen una fisicalidad que desafía los excesos de abstracción de la reflexividad.

Pensar la política en términos de economía de la violencia supone que no es todo igual pero que tampoco hay un afuera superior o supremo. En este sentido me pregunto hasta qué punto la fragmentación post-estructuralista del sujeto no es una injusticia epistémica que facilita la continuación de la opresión. O, al menos, un *way out*, un escape de la responsabilidad. Después de todo, somos *hermanxs*, padres, *amigxs*, parejas, *ciudadanxs*, y experimentamos una cierta unidad en nuestras vidas. Por ejemplo, cuando alguien que lastimamos en el pasado nos lo cuestiona. El rostro no es renunciante. Me parece entonces que, por así decir, la literalización de la deconstrucción del sujeto (que no es lo que hizo Derrida ni es tampoco la posición de Rossello) puede derivar en simplificación. Parece necesario evitar la ilusión de una presencia absoluta, pero también los determinismos y la reificación de la noción de fragmentariedad/movilidad del sujeto (el propio post-estructuralismo puede ser autoritario). *Yo sé que yo soy yo*, y eso importa. Por supuesto que hay movilidad, contingencia, complejidad, incluso fragmentación... pero también hay reconocimiento, memoria, identificación. Lo que vuelve estimulante al ejercicio de reflexividad y de la voz en primera persona es precisamente habitar activamente la imposibilidad de la plenitud y de la completitud¹⁵. Como decía Freud acerca del análisis, la reflexividad es imposible y necesaria, falla todo el tiempo. Va de suyo que, además, hay narrativas académicas en primera persona que ejercen violencia y simplificación. El formato no garantiza el éxito; hablar en nombre de la autorreflexión,

¹⁴ Otras perspectivas críticas de la reflexividad y la escritura narrativa pueden encontrarse en Hamati-Ataya (2014) y Knafo (2016).

¹⁵ En esta dirección apunta Judith Butler (2007: 30): «No considero que el post-estructuralismo conlleve la desaparición de la escritura autobiográfica, aunque sí llama la atención sobre la dificultad del 'yo' para expresarse mediante el lenguaje, pues este 'yo' que los lectores leen es, en parte, consecuencia de la gramática que rige la disponibilidad de las personas en el lenguaje. No estoy fuera del lenguaje que me estructura, pero tampoco estoy determinada por el lenguaje que hace posible este 'yo'».

tampoco. Cómo criticar las narrativas personales es un desafío metodológico y teórico estimulante (Ravecca y Dauphinee, 2018).

El trauma puede devenir en un lugar potente desde donde construir pensamiento, empatía, incluso ciudadanía, pero no hay garantía de que ello ocurra. En efecto, el trauma puede extenderse indefinidamente y generar formas del daño que operan incluso en nombre de su superación (Edkins, 2003; Giorgi, 1995; Kellermann, 2001; LaCapra, 2009; Sneh & Cosaka, 2000). Otro tanto ocurre con la experiencia de la opresión y la afrenta: de las luchas contra la injusticia pueden surgir renovadas manifestaciones de la opresión, donde la «injuria» (Eribon, 2001) se desplaza hacia otro lugar ('el derechista', 'el homófobo', 'el racista', 'el positivista'...) pero no hay reforma de la subjetividad y, por tanto, no se construye un lugar distinto. No hay una curaduría de la experiencia en un sentido emancipador ni nuevas formas de encuentro con el otro. Este es un punto muy importante para mí: cuando la reflexión es obturada en nombre de la justicia, la opresión es (otra vez...) el resultado. No me refiero a la pérdida del *freedom of speech* (libertad de expresión), que es el modo en que el debate es normalmente estructurado desde el *mainstream* social y académico. Más bien pienso en el peligro de la invisibilización de otras opresiones que emergen del discurso de la inocencia. El capítulo IV del libro intenta desandar, precisamente, el apego a la (propia) inocencia: la inocencia de la 'víctima' o del sujeto subalterno.

El sujeto subalterno ('la clase obrera', 'la mujer', 'la persona en situación de discapacidad', 'los pueblos originarios', el joven Paulo del capítulo IV) no es intrínsecamente mejor que el opresor. Pareciera que el modo en que logramos impugnar la injusticia es por medio de la idealización de *les oprimides*. Pero dado que la opresión y el privilegio son constelaciones móviles y que además estamos insertos e insertas en economías de la violencia donde sacamos ventaja de algunas ignominias mientras sufrimos otras, esta fórmula sencilla, de buenos y malos, tan omnipresente hoy en tantos discursos –también en muchas narrativas académicas en primera persona y en la teoría crítica– está destinada a fallar. Por eso no puedo estar de acuerdo con que «si todos los hombres fueran como mujeres no habría torturadores» como dice Rossello a través de Puig, aunque por supuesto entiendo la intención conceptual de lo que, después de todo, es una imagen efectiva para transmitir una idea. Lo que hace la política emancipatoria y el gesto crítico es desandar *relaciones* que envuelven a todos sus (desiguales) partícipes. La revolución libera al opresor de su condición.

Hay preguntas que, en estos tiempos, en que la reflexión parece estar minada desde distintos flancos, parecen arrojarnos a la soledad. ¿Qué significa narrar dolor y experiencias de abuso manteniendo un tratamiento ético del abusador? O sea, ¿cómo no abusar al abusador en nuestra escritura? La tentación de quedarse en la bronca y en la arrogancia ética es enorme. Pero solo así, es decir, navegando esta tensión, volviendo a la reflexividad una praxis, colocando la crítica ahí, donde nos cuesta, parece pensable una salida a la lógica del abuso. Es en este contexto teórico que considero a la escritura de narrativa en primera persona como gesto democrático, donde la pluralización de la experiencia y el mantenimiento de la complejidad y de la contradicción constituyen, paradójicamente, un sólido fundamento para vivir una vida ética, también como sujetos escribientes. Incluso cuando estos textos fracasan permiten entrar en un diálogo, inhabilitado en la escritura académica dominante, donde la lectura puede sorprender al texto.

Quiero invitar a otra voz para el cierre, y llamar la atención sobre un trabajo bella y oscuramente cuestionador. Frente a él, mi libro (no solo el capítulo IV sino toda su apuesta a la autocritica y la reflexividad) tambalea. Saoirse Caitlin O'Shea (2019) argumenta que la narrativa autoetnográfica implica un momento de epifanía, de

redención, y un yo-futuro que habla de un pasado que lo constituye. O'Shea muestra cómo esta estructura es en sí misma violenta, pues excluye a quienes no habitan condiciones de posibilidad que sostengan tal tránsito. Sus notas acerca de su padre y de cómo su escritura no puede sino repetir el ciclo de la violencia (no siempre el abusado puede evitar abusar al abusador) son devastadoras. ¿Cómo ejercer la generosidad (política e interpersonal) cuando se habita un daño que sigue ocurriendo? No quiero llevar el discurso del privilegio a extremos que niegan la agencia, pero sí es cierto que no siempre se puede sanar y por tanto ejercer la empatía. ¿Es esto un cuestionamiento a la estructura misma de cualquier noción de emancipación o al menos de una emancipación demasiado 'ilustrada'?

De esta guisa, mi respuesta ha llegado a un atolladero: el gesto del capítulo final de rescatar el momento frío (la distancia respecto del objeto de análisis) y la pluralidad epistemológica propuesta —tan ecuánime y prolijamente presentada que parece apta incluso para estómagos positivistas sensibles— pueden leerse como una concesión, como 'gesto de *establishment*'. Me pregunto si *The Politics of Political Science* es exageradamente 'equilibrado', 'sobrio' y, por qué no, un poquitín conservador. ¿Será que, a pesar de todos sus esfuerzos en la dirección contraria, este libro *puede leerse* como 'masculino' y 'racional'?

Bibliografía

- Amadae, S. M. (2016). *Prisoners of reason: Game theory and neoliberal political economy*. New York: Cambridge University Press.
- Amoureux, J. L., & Steele, B. J. (Eds.). (2016). *Reflexivity and international relations: Positionality, critique, and practice*. New York: Routledge.
- Bennington, G. (1994). Derridabase. En G. Bennington y J. Derrida, *Jacques Derrida*. Madrid: Cátedra.
- Brigg, M., & Bleiker, R. (2010). Autoethnographic international relations: Exploring the self as a source of knowledge. *Review of International Studies*, 36, 779-798.
- Brown, W. (2015). *Undoing the demos: Neoliberalism's stealth revolution*. New York: Zone.
- Bulcourn, P., Gutiérrez Márquez, E., & Cardozo, N. (2015). Historia y desarrollo de la ciencia política en América Latina: Reflexiones sobre la constitución del campo de estudios. *Revista de Ciencia Política*, 35(1), 179-199.
- Bulcourn, P., Krzywicka, K., & Ravecca, P. (2017). Reconstruyendo la ciencia política en América Latina. *Anuario Latinoamericano—Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 5, 17-31.
- Butler, J. (2007 [1990]). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona: Paidós.
- Cansino, C. (2008). *La muerte de la ciencia política*. Rosario: Espacios políticos.
- Dauphinee, E. (2013a). *The politics of exile*. New York: Routledge.
- Derrida, J. (1994). Circonfesión. En G. Bennington y J. Derrida, *Jacques Derrida*. Madrid: Cátedra.
- Edkins, J. (2003). *Trauma and the memory of politics*. New York: Cambridge University Press.
- Enloe, C. (2004). *The curious feminist: Searching for women in a new age of empire*. Los Angeles: University of California Press.
- Eribon, D. (2001). *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Barcelona: Anagrama.
- Giorgi, V. (1995). Represión y olvido: El terrorismo de estado dos décadas después. En V. Giorgi (Ed.), *Represión y olvido: Efectos psicológicos y sociales de la violencia política dos décadas después* (pp. 53-66). Montevideo: Roca Viva Editorial.

- Hamati-Ataya, I. (2014). Transcending objectivism, subjectivism, and the knowledge in-between: The subject in/of 'strong reflexivity'. *Review of International Studies* 40(1), pp. 153–75.
- Harvey, D. (2005). *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Jackson, P. T. (2011). *The conduct of inquiry in international relations: Philosophy of science and its implications for the study of world politics*. London: Routledge.
- Kellermann, N. P. F. (2001). Transmission of holocaust trauma. Jerusalem: Yad Vashem, The World Holocaust Remembrance Center. Recuperado de www.yadvashem.org/yv/en/education/languages/dutch/pdf/kellermann.pdf
- Knafo, S. (2016). Bourdieu and the dead end of reflexivity: On the impossible task of locating the subject. *Review of International Studies*, 42(1), pp. 25–47.
- Kurowska, X. (2019). When one door closes, another one opens? The ways and byways of denied access, or a Central European liberal in fieldwork failure. *Journal of Narrative Politics*, 5(2), pp. 71–85.
- LaCapra, D. (2009). *Historia y memoria después de Auschwitz*. Buenos Aires: Prometeo.
- Levine, D. J., & McCourt, D. M. (2018). Why does pluralism matter when we study politics? A view from contemporary international relations. *Perspectives on Politics*, 16(1), pp. 92–109.
- Menéndez-Carrión, A. (2015). *Memorias de ciudadanía. Los avatares de una polis golpeada. La experiencia uruguaya*. Montevideo: Fin de Siglo.
- Monroe, K. (2005). *Perestroika! The Raucous Rebellion in Political Science*. New Haven, CT: Yale.
- Nietzsche, F. (1989). *Genealogy of morals*. New York: Vintage Books.
- O'Shea, S. C. (2019). My dysphoria blues: Or why I cannot write an autoethnography. *Management Learning*, 50(1), pp. 38–49.
- Öberg, D. (2015). Violent fragments. *Journal of Narrative Politics*, 1(2), pp. 150–52.
- Öberg, D. (2016). Tomorrow the war starts. *Journal of Narrative Politics*, 2(2), pp. 169–75.
- Ollman, B. (1971). *Alienation: Marx's conception of man in capitalist society*. Recuperado de www.dialecticalmaxism.com (fecha de consulta: 11 de julio de 2017).
- Ravecca, P. (2016). The intimate architecture of academia. En E. Dauphinee y N. Inayatullah (Eds.), *Narrative Global Politics* (pp. 51–63). London: Routledge.
- Ravecca, P. (2019). *The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences*. London y New York: Routledge.
- Rojas Silva, N., & Baquero, S. Á. (2017). 'Estancamiento paradójico': La ciencia política en los tiempos de la Revolución Bolivariana. *Anuario Latinoamericano-Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 5, pp. 157–172.
- Santiago, D. C. (2019). Ravecca, Paulo. (2019). *The Politics of Political Science. Re-Writing Latin American Experiences*. New York, Estados Unidos de América: Routledge. 275p. *Las Torres de Lucca: revista internacional de filosofía política*, 8(15), pp. 251–256.
- Sneh, P., & Cosaka, J. C. (2000). *La shoah en el siglo: Del lenguaje del exterminio al exterminio del discurso*. Buenos Aires: Xavier Bóveda Ediciones.
- Spivak, G. Ch. (1988). ¿Puede el subalterno hablar? En C. Nelson y L. Grossberg (Eds.), *Marxism and the Interpretations of Culture*. Basingstoke: Macmillan Education. University Press.

Andrej Kristan, Derecho y otros enigmas

(2017) Marcial Pons.
Madrid, 106 pp.

José Alejandro Fernández Cuesta
Universidad Complutense de Madrid (España)
ORCID ID 0000-0002-9637-9291
josealef@ucm.es

Cita recomendada:

Fernández Cuesta, J. A. (2019). Andrej Kristan, Derecho y otros enigmas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 404-407.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5045>

La obra comienza con una declaración de intenciones respecto de los dos objetivos que se pretenden alcanzar en ella: en primer lugar, se busca llevar a cabo una introducción a la Teoría del Derecho a aquellos lectores legos en la materia –como bien pudieran ser estudiantes de primeros cursos o juristas ejercientes ajenos al debate teórico-filosófico de las cuestiones planteadas–, en segundo lugar, el libro trata de realizar tal introducción aportando cierta originalidad orientada a la comunidad teórica en aras de la realización de un avance en lo que a la resolución de las propias problemáticas planteadas se refiere.

Siendo ésta la doble motivación material del presente volumen, cabe destacar su doble estructuración formal. Nos encontramos ante diez «enigmas» o problemas filosóficos del derecho divididos en dos bloques: los primeros cinco se agrupan bajo la rúbrica «enigmas filosóficos en la teoría del derecho» y los cinco últimos bajo el título «enigmas prácticos de la teoría del derecho». El desarrollo de los capítulos, planteados en términos lógico-filosóficos, pasará por, algunas veces, ofrecer soluciones a tales problemas, mientras que otros concluirán con la mera consideración del enigma en cuestión como relevante y, por tanto, digno de consideración por parte de la comunidad científica, que si bien no es propiamente una solución, tal consideración constituye, al menos, un cierto avance –o, como mínimo, la apertura de un debate–. Puesto que la limitación espacial impide un análisis detallado de cada uno de los diez capítulos, ofrecemos aquí una panorámica general del primer bloque mencionando brevemente los temas tratados en los cinco

primeros capítulos que complementamos con un análisis más profundo del capítulo principal del segundo bloque.

«El jardín de Borges y lecturas “escribibles”» es el primero de los enigmas. En él se exponen ciertas tesis de la teoría literaria y se estudia su utilidad respecto del análisis teórico de los textos de naturaleza jurídica. Los códigos jurídicos y en general, los textos de naturaleza jurídica de carácter normativo –más allá de las sentencias jurisprudenciales o los manuales y artículos científicos doctrinales– revisten formalmente una estructuración peculiar por cuanto usualmente están divididos en artículos organizados en títulos, apartados, etc., lo que permite, precisamente, que sean leídos de formas muy diversas. Las teorías literarias acerca de los «hipertextos» y la distinción entre «textos legibles» y «textos escribibles» ilustran aquí la necesidad de una redefinición explicativa de la relación entre el legislador y el intérprete de las propias normas jurídicas. Las fuentes del derecho se analizan aquí, no ya como un simple texto, sino como algo «hipertextual», es decir, como una forma de escritura no secuencial que implica, por un lado, la existencia de «bloques de información» y, por otra, «vínculos de referencia cruzada» entre dichos bloques. Se busca explicitar la necesidad de analizar la composición formal de los textos jurídico-normativos desde una óptica diferente por la cual se igualan autor y legislador y no se desarrolla tal problemática.

«La identidad de lo variable» es el segundo capítulo. Aquí se pretende resolver, por medio de la aplicación de la teoría clásica de conjuntos, la aparente paradoja que implica la conjunción de, por un lado, la perpetuación de la identidad del derecho de un país y, por otro, los constantes y continuos cambios de las componentes de éste.

El tercer capítulo lleva por título «La paradoja de Hart» y hace referencia a una paradoja argumentativa que se estaría generando en la teoría hartiana de análisis de la problemática de la falibilidad de las decisiones judiciales definitivas. La paradoja sería la siguiente: (i) existe una decisión definitiva jurídicamente incorrecta; (ii) tal resolución existe en un sistema en que es jurídicamente correcto cumplir decisiones definitivas. El autor trae a colación la famosa «paradoja del barbero» acuñada por Bertrand Russell para proponer varios métodos de resolución de paradojas argumentativas y tratar de solventar así la problemática anterior.

«Futuras contingencias» es el cuarto enigma. Partiendo del capítulo IX del libro *De Interpretatione* de Aristóteles se estructura el problema filosófico que supone la afirmación, en un tiempo presente, de una proposición cuyo valor de verdad no podrá determinarse hasta un momento futuro concreto. Dicho tipo de proposiciones son frecuentes en la práctica jurídica: mediante un amplio espectro de ejemplos se ofrecen las posibles soluciones a este problema en el ámbito del derecho por analogía al trato que la problemática misma ha recibido en la tradición filosófica.

El enigma titulado «Desacuerdos sin error» cierra el primer bloque poniendo el foco de atención sobre los desacuerdos jurisprudenciales utilizando, para tal estudio, teorías de la filosofía del lenguaje, así como un gran número de ejemplos encuadrados en diversos sistemas jurídicos.

Respecto del segundo bloque, compuesto por los últimos cinco capítulos del libro, tal vez quepa detenerse un poco más en el titulado «Metarreglas de preferencia». Expondremos con mayor detalle la primera parte de este capítulo para ejemplificar el proceder del autor en la resolución de los enigmas planteados a lo largo de todo el libro.

A partir de la teoría de conjuntos clásica y, por tanto, de una lógica de segundo orden –ya introducida en capítulos anteriores– se formalizan aquí las llamadas «metarreglas de preferencia», que no son otra cosa más que los tres criterios utilizados en la práctica jurídica a modo de resolución de conflictos normativos por concurrencia de normativa aplicable. Se trata de los criterios de jerarquía, especialidad y posterioridad en el tiempo. El autor los llama «metarreglas» por tratarse de reglas que, en última instancia, hacen mención al uso de otras reglas de carácter normativo. Siguiendo a Weinberger, este capítulo se plantea la cuestión de cómo representar el contenido proposicional de tales metarreglas sin dotar de contenido semántico al indicador de la fuerza elocutiva de las reglas objeto –lo que supondría abandonar la concepción pragmática de la norma en cuestión–. La solución a este problema técnico de representación pasará por representar el contenido proposicional (α) de la metarregla en cuestión operando sobre conjuntos que contengan, precisamente, los contenidos proposicionales de las reglas objeto y no, por el contrario, operando directamente sobre éstas.

Así se definen cuatro conjuntos A_n –como conjunto-ordenado–, P_n –como conjunto-permitido–, D_n –como conjunto-derogador, al cual se le dedica todo el capítulo anterior– y $C_n(A_n)$ –como sistema normativo–. Se estipula, además, que el cambio de contenido de un conjunto cualquiera genera nuevos conjuntos así como que en un transcurso de tiempo concreto no se pueden tratar los cuatro conjuntos sino, por el contrario, cuatro secuencias. Y se acota, por tanto, en base a las dos últimas reglas que: $[A_1, A_2, \dots, A_n; P_1, P_2, \dots, P_n; D_1, D_2, \dots, D_n; \dots]$. Analizamos aquí solamente el trato de la primera de las metarreglas –*lex posterior priori derogat*– a modo meramente ilustrativo del procedimiento antes mencionado

Se define t como el contenido proposicional de la metarregla de preferencia cronológica. Se define, además, el objetivo a alcanzar: representar en una conjunción de condicionales dicha regla a partir de lo estipulado en el párrafo anterior de forma que los conjuntos consecutivos no incluyan los contenidos proposicionales de las oraciones normativas previas de manera que se formule una contradicción con los más recientes. Por último, se explicita que la *lex posterior (t)* no es sino la conjunción de los cuatro condicionales ($t_1, \dots, t_4$).

Finalmente se lleva a cabo la formalización de los cuatro condicionales y se establece una definición lógica formal del proceso de derogación. Dichas formalizaciones resultan útiles para poder llevar a cabo, no solamente un trato lógico de las metarreglas de preferencia sino, en general, para poder desarrollar un análisis formal de su uso y utilización concluyendo en qué casos es pertinente su uso y en cuáles no. El integrar los tres criterios de jerarquía, especialidad y posterioridad en este discurso lógico-deductivo permite, además, llevar a cabo un uso de tales criterios procedimentalmente con una seguridad que elimina cualquier ambigüedad o vaguedad en cuanto a dicha aplicación. Así se constituye, al menos en un plano teórico, el primer paso para la construcción de una herramienta útil en la práctica.

Las formalizaciones lógico-matemáticas, si tienen algo particular que a menudo los lógicos olvidan es que operan con variables y proposiciones que, en último término siempre son indeterminadas –o, al menos, pendientes de instanciación si no de determinación extensional–: están por un enunciado, pero por un enunciado cualquiera. Dar el siguiente paso, consistente en hacerse cargo de los últimos avances de la lógica para aplicarlos a enunciados materiales que cubran tales instanciaciones, es algo que, a lo sumo, estamos habituados a hallar en literatura matemática. Aquí el derecho y las herramientas lógico-matemáticas se unen para plantear soluciones a problemas frecuentes de la práctica jurídica desde una perspectiva formal deductiva –pero materializada a partir de la sustitución de las

variables indeterminadas por proposiciones jurídico-normativas— en un volumen que, sin duda alguna, reabre debates en torno a cuestiones filosófico-jurídicas relevantes permitiendo, además, el acceso a aquellos que no tengan conocimientos profundos en el estudio de la filosofía del derecho, la teoría del derecho o el estudio del análisis doctrinal de los problemas planteados a los diez «enigmas» aquí desarrollados —con una claridad y sencillez sorprendentes dado el nivel de complejidad alcanzado sobre todo en los últimos capítulos—.

Kai Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

(2018) Editorial Civitas
Madrid, 167 pp.

Daniel González Uriel*
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID 0000-0001-8966-0571
daniel.gonzalez@poderjudicial.es

Cita recomendada:

González Uriel, D. (2019). Kai Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 408-413.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5046>

La monografía recensionada pertenece a la colección *Cuadernos Civitas* y presenta un formato reducido. Se estructura en cinco capítulos breves y unas conclusiones, que se distribuyen en 167 páginas. En su composición destacan, por su relevancia cualitativa y dogmática, los capítulos IV y V.

Kai Ambos es catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen de Alemania, Director del General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano de dicha (CEDPAL) de dicha Universidad, ha sido Juez del Tribunal Especial de la Haya para Kosovo y *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia.

En esta obra teoriza sobre la posibilidad de construir un sistema dogmático de responsabilidad penal internacional de las organizaciones empresariales, efectuando

* Juez. Doctorando en la Universidad de Santiago de Compostela.

una contextualización histórica de sus precedentes inmediatos. En sus seis capítulos se analizan los siguientes aspectos: el Capítulo (Cap.) I efectúa unas observaciones conceptuales preliminares. En el Cap. II se aborda la intervención de las empresas en el injusto penal internacional. El Cap. III se centra en el análisis de la praxis del Derecho Penal Internacional (DPI). El Cap. IV estudia las cuestiones relativas a la responsabilidad jurídica. Por su parte, el Cap. V profundiza en las formas de intervención punible. En último término, en el Cap. VI se apuntan una serie de conclusiones.

Por lo que hace al introductorio Cap. I, efectúa unas delimitaciones conceptuales. En él se define al Derecho Penal Internacional Económico (DPIE) como una parte del DPI que se ocupa de los comportamientos de las empresas o de sus responsables que conllevan infracción de normas penales del Derecho Internacional. El fin de protección de dicha disciplina es distinto del amparado por el Derecho Penal Económico, por cuanto en este ámbito se protegen los mismos bienes jurídicos que en el DPI en general: la paz, la seguridad y los Derechos Humanos.

En el breve Cap. II, Ambos sintetiza la intervención de las empresas en el injusto penal internacional, que puede realizarse en calidad de autoría directa e indirecta. La autoría directa es menos frecuente, y en ella la empresa o sus trabajadores cometen el hecho, *v. gr.*, el saqueo o el sometimiento a esclavitud. En segundo lugar, la complicidad, que clasifica en tres tipos: i) directa, cuando la empresa provee bienes o servicios que serán usados en la violación de Derechos Humanos; ii) indirecta, cuando dicha entidad se beneficia de tal violación, incluso sin haber cooperado a la misma y iii) silenciosa: la empresa no hace nada para evitar la violación (lo que se ubicaría en la dimensión moral de su conducta).

Por su parte, el Cap. III realiza un repaso histórico sobre la praxis del DPI, comenzando por Núremberg, en que se sucedieron una serie de procesos subsecuentes contra empresarios y banqueros, en los que las personas naturales comparecieron debido a su intervención en los crímenes alemanes y japoneses. Se sostiene que la responsabilidad colectiva de las empresas alemanas líderes constituía el mensaje de los procesos contra sus representantes. En uno de los juicios más sonados, el seguido contra la empresa Farben, se reconoció explícitamente la peligrosidad de la intervención empresarial en los crímenes internacionales. Dicha relevancia va aparejada al “incremento del riesgo generado por estructuras empresariales configuradas de modo cómplice”. De esta praxis se extrae la obligación de las empresas de abstenerse de cometer actos que constituyan crímenes internacionales.

En lo tocante a la situación actual, a nivel supranacional no existe ningún tribunal penal internacional que pueda condenar a una empresa como tal, ya que los tratados solo obligan a los Estados. Sin embargo, desde la aprobación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), surge una tendencia al reconocimiento de obligaciones de Derechos Humanos en el ámbito del *soft law*, si bien, la responsabilidad empresarial se fija en ellos de modo moral. Ha de subrayarse que la Corte Penal Internacional (CPI) solo tiene competencia respecto de personas naturales. Sin embargo, se aprecian algunas innovaciones en la materia: en dos resoluciones del Tribunal Especial para el Líbano se acusó a dos empresas como tales —al lado de una persona natural— por infracciones contra la Administración de Justicia. Asimismo, la nueva Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone que podría ejercer jurisdicción respecto de personas jurídicas (salvo Estados), pero aún no ha sido ratificada por el número de Estados necesarios. Otro elemento a tener en cuenta son los Tratados Internacionales que tipifican delitos en los que se exige una

sanción a las personas jurídicas, si bien se deja libertad a los Estados Parte, por lo que la respuesta puede ser no penal. Estima el autor que dicha praxis se basa en que las normas de comportamiento (primarias) que subyacen a las normas de sanción (secundarias) del DPI –a pesar de la ausencia de jurisdicción– también resultan vinculantes para los colectivos. Así, combina el deber derivado de dicho ordenamiento internacional con la vinculatoriedad en surgimiento de los Derechos Humanos, y fundamenta en ello la vinculación jurídica (y no solo moral) de las empresas. En el ámbito nacional, pone varios ejemplos de dicha práctica: los colaboradores que vendieron insumos de gas mostaza a Sadam Husein –con los que gaseó a la población del Kurdistán iraquí–, o aquéllos que financiaron el conflicto en Liberia. En ambos supuestos, las agencias de persecución se sirvieron de personas naturales para acceder a las personas jurídicas subyacentes, y reconocieron con ello, en todo caso de forma mediata, la responsabilidad de éstas.

El Cap. IV aborda distintas cuestiones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como cuestión previa apunta los aspectos favorables a su incriminación penal: i) el surgimiento de la estructura empresarial favorece o promueve la comisión de delitos, ii) la mayor estigmatización del proceso penal, iii) la asunción de intimidación más efectiva frente a agentes racionales y iv) una esperanza de recuperación de activos más sencilla. Sin embargo, refiere que parece contradictorio aducir a favor de dicho modelo de atribución de responsabilidad los fines y funciones del Derecho Penal tradicional. No obstante, sostiene que la empresa es algo más que la suma de sus miembros, por lo que se trata de un injusto merecedor de pena, y la entidad se constituye en un destinatario merecedor de la imputación. A su vez, diferencia dos modelos de atribución del reproche: el de organización y el de atribución. Ambos toma como punto de partida la fragmentación de enfoques existente en los Derechos nacionales. En el sistema de organización surge la culpabilidad por organización de la empresa. Se entiende que siempre actúan por medio de personas naturales, pero se acude, dentro de sus partidarios más extremos, a un “concepto constructivista de la culpabilidad empresarial”, y se pone el acento en el grado de autoorganización y de autonomización. La culpabilidad por organización puede presumirse cuando la empresa no instaura un programa de *compliance*, en especial, respecto a riesgos para los Derechos Humanos.

En el modelo de atribución la responsabilidad se vincula, de modo derivado, al comportamiento del miembro de la empresa, por lo que surge una duplicación o acumulación de la responsabilidad. En su seno se debate si es suficiente con que el hecho sea cometido por cualquier trabajador, o debe ser un directivo. En cuanto a la necesidad de identificar al trabajador, surgen problemas de comprobación relacionados con el velo corporativo. El autor manifiesta que desde la perspectiva del DPI, el sistema de atribución resulta más compatible con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), y defiende un sistema dual, en que se persigan los actos tanto de los directivos como de los trabajadores de la corporación.

En el Cap. V se analizan las formas de intervención punible. El artículo 25 ECPI diferencia entre autores y partícipes. La responsabilidad en concepto de autor surge en aquellos casos en que los trabajadores cometen directamente los crímenes internacionales, directamente, conjuntamente o por medio de otras personas. Sobre esta autoría mediata se presentan interrogantes en cuanto a la teoría del dominio de la organización en el caso de los trabajadores que actúan como ejecutores directos. Asimismo, en los casos de responsabilidad en coautoría aparecen dificultades para comprobar la autoría funcional. A su vez, la teoría de la “empresa criminal conjunta” conlleva problemas en la delimitación de la participación, en esencia, a propósito del “otro” aporte al crimen de un grupo. En último término, dentro del campo de la autoría, destaca la imprecisión de la responsabilidad de los directivos de la empresa a

propósito de actos cometidos por superiores militares. Ello se agrava en el caso de las empresas transnacionales y la prueba del conocimiento o imprudencia consciente de los crímenes cometidos por sus subordinados. En cuanto a la complicidad punible¹, Ambos coloca el foco de atención en su diferenciación con los actos neutrales. Parte de la dificultad de su delimitación y recoge como criterio inicial que el aporte al hecho de otro ha de ser “esencial”. También subraya que es posible acudir a los criterios hermenéuticos de la teoría de la imputación objetiva. Añade otros posibles entendimientos de la complicidad como: posibilitar, exacerbar o favorecer el delito. Por el contrario, en las acciones neutrales se excluyen tendencialmente y ya en el nivel objetivo las meras operaciones comerciales. Así, ha de valorarse el incremento del riesgo o su realización en el resultado concreto, es decir, si son socialmente dañosas o concretamente peligrosas. También es relevante la valoración del contexto comisivo, *v.gr.*, si es un Estado totalitario. Sin embargo, en la mayoría de casos el merecimiento de pena requiere una valoración global objetivo-subjetiva.

En el ámbito subjetivo de la complicidad defiende que el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte, y no es preciso que sepa todos sus detalles, ya que menores exigencias subjetivas llevarían a las empresas a minuciosas investigaciones que tendrían efectos perjudiciales para las inversiones. No obstante, un requisito de intención adicional daría lugar a una restricción excesiva. Además, precisa que la intención solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal. Por todo ello, Ambos mantiene que ha de atenderse a un enfoque primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención. Para cerrar el capítulo, apunta una serie de casos dudosos: la venta de armas o de vehículos, la compra de bienes de guerra (significadamente, metales preciosos como diamantes), o las empresas que colaboran en la represión con los regímenes totalitarios. En todos ellos ha de atenderse al caso concreto, así como al cumplimiento de los deberes de diligencia en el marco de las cadenas de suministro. No obstante, es compleja la verificación del tipo objetivo de la complicidad por el incremento y realización del riesgo, sobre todo en el caso de proveedores de servicios de doble uso.

La obra finaliza con una serie de conclusiones en el Cap. VI, que se pueden sintetizar en: i) si bien en Núremberg se reconoció como obvia «la relevancia de la conducta empresarial para la comisión de crímenes internacionales», ello parece haber caído en el olvido. ii) No puede sobreestimarse el DPIE, ya que tiene un dudoso efecto intimidatorio. iii) La responsabilidad penal internacional es solo una posibilidad, ya que cabe acudir a otros elementos, tales como: el *compliance* en Derechos Humanos o el control de la sociedad civil sobre las iniciativas de los consumidores. iv) Todos estos elementos han de integrarse en un reglamento más amplio y completo, que contemple sanciones en caso de incumplimiento. v) No obstante, no ha de cederse a las demandas apresuradas de reestructuración en el DPI. vi) En todo caso, para que sea posible la responsabilidad de la empresa, ha de poder atribuirse a la misma el comportamiento del trabajador.

Una vez que se ha esbozado el contenido de la monografía, hemos de resaltar sus aspectos positivos, entre los que se encuentran la claridad en el lenguaje, la capacidad de síntesis y la exposición de todos los elementos esenciales de una forma ordenada y completa. Pese a lo reducido de sus dimensiones, Ambos efectúa un repaso histórico-jurídico y da unas nociones sobre el desarrollo futuro de la disciplina. Entre los méritos de la obra podemos destacar que aborda un campo poco analizado hasta la fecha: la potencialidad de los poderes económicos para cometer crímenes

¹ Ya tratada por el autor en un trabajo anterior: Ambos, K. (2001). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, pp. 195-206.

que desbordan la esfera nacional y se pueden reputar como ilícitos internacionales. Es un libro que invita a la reflexión sobre la causalidad, la teoría de la imputación objetiva –representada en los criterios del incremento del riesgo y su realización en el resultado– y la participación, fundamentalmente centrada en la complicidad, en el ámbito de la delincuencia económica. Asimismo hemos de resaltar que resulta coherente, jurídicamente bien fundada y estructurada, atribuye a cada capítulo la dimensión oportuna y resulta autocrítica, por cuanto, pese a que su autor sea un partidario de la ampliación del elenco de delitos internacionales y de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la esfera de delitos de la CPI, en sus conclusiones asume que no se puede sobreestimar dicha disciplina, por lo que hemos de derivar que no cumple –o lo hace de forma insuficiente– la función de prevención general. Además, resulta didáctica, combina los ámbitos doctrinal y jurisprudencial de un modo magistral y aporta soluciones útiles para interpretar los casos dudosos.

En cuanto a las matizaciones que podemos efectuar, en primer término debemos señalar que algunos aspectos son tratados de una forma excesivamente escueta, lo que se justifica en la brevedad de la obra y en que su función no es ser un manual. Como ejemplos de esta puntualización podemos mencionar la brevedad con que se trata la autoría, o que las precisiones conceptuales solo se refieran a la denominación de la disciplina y a los fines perseguidos. Sin embargo, en cuanto al fondo, podemos discrepar de una serie de postulados del autor alemán: en primer lugar, no se comparte la necesidad de ampliación de ilícitos recogidos en el ECPI, ni que la responsabilidad penal de las personas jurídicas deba ser introducida en la misma. En este sentido, podemos traer a colación que se ha defendido² la necesidad de introducir una serie de delitos medioambientales en el ECPI. No se comparte esta línea expansiva, toda vez que tiene el inconveniente de la falta de un consenso internacional a propósito de la tipificación de tales conductas y, fundamentalmente, el defecto de postergar gran parte de la protección a un tribunal *ad hoc*, especial, sin tal atribución competencial en el caso de la CPI, o aún no creado –si se opta por la creación de un órgano nuevo–, con la posible vulneración del principio del juez ordinario predeterminado por la ley. Además, parte de una desconfianza innecesaria en los sistemas judiciales internos.

Un segundo aspecto que diluye las propuestas de Ambos es la ausencia de *quorum* a propósito de la responsabilidad penal de los entes corporativos, ya que se ha discutido prácticamente todo: su necesidad, sus bases teóricas, su sistema de imputación, la aplicación de las categorías dogmáticas del denominado «Derecho Penal Clásico» o las sanciones a aplicar. Además, deben resaltarse las grandes divergencias existentes entre los propios ordenamientos nacionales que han instaurado dicha responsabilidad. Por ello, resulta controvertido que se incluya dicha modalidad como elemento clave en el DPI.

Pese a que nos hallemos en pleno «Derecho Penal Moderno», con³ la proliferación de los delitos de peligro, la abstracción de los bienes jurídicos, la relativización de la diferencia entre la autoría y la participación, la quiebra del principio de proporcionalidad –al castigarse comportamientos imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos–, la expansión del Derecho Penal por la globalización y la integración supranacionales, el incremento de los riesgos relevantes o la flexibilización de las reglas de imputación y de los principios político-criminales de

² Nieto, A. (2012), Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, pp. 138, 152 y 153.

³ Abel, M. (2002) *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago: Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 52 y 53.

garantía, nos oponemos a un aumento de los delitos internacionales y al surgimiento de nuevos tribunales especiales.

No obstante, pese a las discrepancias apuntadas, estimo que se trata de un libro muy recomendable: es didáctico, invita a la reflexión y al debate, y pone el punto de mira en la necesidad de modificar la regulación actual de la responsabilidad de las empresas y de los actos ilícitos que puedan cometer. Ciertamente nos encontramos ante un cambio de paradigma, en el cual los poderes fácticos y económicos son susceptibles de cometer delitos de alcance transnacional o, cuando menos, participar en ellos. Por este motivo es preciso que se implementen las respuestas legislativas adecuadas, bien sea mediante tratados internacionales de naturaleza administrativa, bien sea, en el ámbito de la Unión Europea, mediante reglamentos y directivas detallados, amplios y transversales. Sin embargo, esta respuesta ha de centrarse, inicialmente, en los ámbitos civil, administrativo y laboral, y solo si dichos órdenes fallan, o se muestran insuficientes, ha de acudir, en virtud del principio de intervención mínima y de *ultima ratio*, al campo penal. La lúcida reflexión de Ambos sirve para evidenciar que nos encontramos ante un escenario novedoso, discutible y plagado de incertidumbres, por lo que se agradecen estudios como éste: serenos, completos y claros.

Bibliografía

- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago: Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela
- Ambos, K. (2001). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, pp. 195-206.
- Nieto, A. (2012). Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, pp. 137-164.

Étienne Balibar, La igualibertad

(2017) Herder
Barcelona, 496 pp.

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0003-2629-4652
ricardo.cueva@uam.es

Cita recomendada:

Cueva Fernández, R. (2019). Étienne Balibar, La igualibertad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 414-417.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5047>

Etienne Balibar es, sin duda alguna, uno de los principales representantes de la *intelligentsia* francesa posmarxista. Habiendo participado en aquel famoso volumen sobre *Para leer El capital*, cuyo principal mentor fue Louis Althusser, sin embargo, luego su obra ha tomado derroteros un tanto alejados de sus orígenes, aunque sin perder de vista en ningún caso los posibles contenidos emancipatorios de la filosofía política (o, por decirlo de otro modo, vertiendo sus preocupaciones sobre «la dominación», según reza su propio texto: p. 22).

El título del volumen que aquí me ocupa no evoca, a pesar de tan sugerente, un tratado completo de ningún tipo, algo que en realidad además Balibar ha eludido siempre, sino que engloba un conjunto de ensayos entre los cuales el que sirve para denominar al libro es uno de los más destacados. Así, y según nos cuenta el propio autor en el Prefacio, quedan reunidos tres grupos de textos que cubren nada menos que casi veinte años (desde 1989) y que son paralelos al resto de la labor que ha ocupado a Balibar durante ese período. El primero expondría la «idea general de una dialéctica de la insurrección y la constitución» en torno a la llamada, en efecto, «igualibertad», el segundo juntaría varios análisis críticos sobre diversos autores (Arendt, Poulantzas, Laclau, etc...) y la tercera parte reuniría varias intervenciones a partir de episodios contemporáneos de carácter social, muy especialmente los relativos a disturbios y polémicas acaecidas hace unos años en Francia. Tal suma irregular y a menudo desigual de escritos deja al lector un extraño regusto en el cual destacan análisis lúcidos y una distancia saludable respecto al ensoberebecimiento de otros autores coetáneos, así como un grado de honestidad también relevante, pero todo ello mezclado con numerosas indefiniciones en un estilo a menudo poco preciso y que, por situarse fuera de la tradición del pensamiento marxista más asentada, procura alejarse de ella pero sin penetrar con cierto rigor en determinadas materias.

Pero voy a centrarme un tanto más en el volumen, porque sin duda lo merece, y sobre todo en algunos rincones. En la primera parte del libro, así, Balibar muestra una especial preocupación por los derechos y su formulación (si bien más política que jurídica). Pese a lo que se venga a señalar habitualmente, en primer lugar (y esto es algo con lo que quizás coincidiría de nuevo con los republicanos, aunque desde otro punto de partida muy distinto), la democracia y la ciudadanía no guardan relación directa entre sí; de hecho, ambas dependen de una misma antinomia que impulsa «las transformaciones de la institución política», y que por añadidura en ciertos momentos puede hacerse particularmente visible y derivar en crisis (18-19).

Por tanto, el autor francés se propone abordar tres distintos aspectos de esa dialéctica entre democracia y ciudadanía. Así, y en primer término, seguir la huella de la «igualdad» (que residiría en «un diferencial de insurrección y de constitución», p. 19), examinar la contradicción en que se debate la ciudadanía social típica del Estado del Bienestar (y que prefiere denominar «Estado nacional-social»), y por último analizar en qué medida la respuesta neoliberal a su crisis, mediante la promoción ilimitada del individualismo y del utilitarismo, la conversión del hombre en un ser que actúa conforme al cálculo económico y por tanto en la antipolítica (p. 54), atrae un peligro mortal para la propia democracia (p. 20). En medio de todo ello, además, Balibar nos aclara que prefiere referirse siempre al actor político de esa democracia, antes que a sujeto de la política (*idem*).

En torno al primer aspecto, en que quiero detenerme por un momento, Balibar entiende que la libertad y la igualdad se hallan en el mismo nivel, que serían las dos caras del poder constituyente, sin poseer ninguna una prioridad ontológica o epistemológica una en relación con la otra. La igualdad no es una disposición originaria, ya que los dominadores nunca ceden con facilidad sus privilegios o su poder (de forma «voluntaria», diríamos, p. 22) y tal extremo engendra el conflicto y, por tanto, la necesidad de legitimar la lucha consiguiente: «lo que vemos es una *incompletitud esencial* del ‘pueblo’ en cuanto cuerpo político, un proceso de universalización que pasa por el conflicto y por la ‘negación’ de la exclusión» (p. 23), dice Balibar aludiendo a «la parte de los que no tienen parte» de Rancière. La insurrección, pues, «representa una posibilidad permanente». La comunidad política, con su consiguiente articulación de la ciudadanía «no es ni realizable como unidad homogénea de sus miembros ni representable como una totalidad consumada» (p. 24). Tal ciudadanía no puede identificarse, hoy por hoy, con nacionalidad (p. 26).

Asimismo, esa ciudadanía se configuró a partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, en numerosos Estados del mundo como los europeos, con carácter «social». Pero no solo reconociendo la existencia de una serie de derechos (a prestaciones educativas, asistenciales, sanitarias, así como a derechos laborales de distinto cuño), sino también universalizándolos: de otra manera el Estado-nación no hubiera podido sobrevivir en esos lugares (p. 48). De hecho, esta es la base para que el socialismo del siglo XIX y del XX tenga una contradicción inmanente, preso como se halla tanto del progresismo (sin sentido peyorativo, como búsqueda del avance) como del estatismo, y de forma que así la esfera pública (y, por tanto, política) es identificada con la comunidad nacional (p. 51).

Frente a tal movimiento, el neoliberalismo rampante tiende a configurar regímenes, no tanto antidemocráticos, como ademocráticos, «en el sentido de que los valores inherentes a las reivindicaciones de derechos (la igualdad) ya no desempeñan ningún papel» (p. 57). El «individualismo negativo» se basa en que las personas «moralicen su propia conducta sometiendo por sí mismos al criterio de la utilidad máxima o el devenir productivo de su individualidad», arruinando así las instituciones de aseguramiento social y las formas de solidaridad o de socialización

que hacían posible la afiliación de los individuos a una comunidad de ciudadanos (p. 63).

La solución para frenar ese proceso de «desdemocratización» (y en el cual la palabra democracia se banaliza hasta perder su significado), pasa por redefinir el sujeto que pueda hacerle frente e incluso avanzar en sentido contrario. Balibar señala que las figuras del marginal y el militante, pese a surgir a menudo separadas, no tienen por qué hallarse desvinculadas luego en la práctica. Es verdad que «la representación clásica de la praxis revolucionaria, que reúne ‘rebelión’ y ‘transformación’, las había fusionado en un solo tipo ideal», y esto, aunque simbólicamente correspondieran «a formas de acción distintas» y sustentadas por prácticas sociales diferentes (p. 73). Pero, en cualquier caso, urge buscar quiénes son los actores políticos «a través de ciertas formas de subjetividad, y no en términos de armonía preestablecida entre condiciones sociales que existirían ‘en sí’ y formas de conciencia y organización política que les permitirían existir también ‘para sí’, desde el punto de vista del progreso histórico» (p. 73). De modo que esas «unidades de acción o las alianzas se justifican siempre por el descubrimiento de que múltiples formas de desigualdades o de exclusión pertenecen a un mismo ‘sistema’, y por consiguiente pueden contribuir a un mismo proceso de democratización de la ciudadanía» (p. 73, o «democratización de la democracia»). Dichas combinaciones, además, «no tienen ninguna base natural, ya se la piense en términos ontológicos o en términos de destino moral», porque «la esfera de la acción política no está dada o prefigurada; es ‘faltante’, como el pueblo mismo».

Los contornos, pues, de lo que pretende desarrollar Balibar en el resto del volumen (aun de forma accidental, si lo observamos como recopilación), quedan definidos desde un primer momento. El resto de páginas es una profundización en dichas premisas a través de varios conceptos.

El primero de ellos, y que traigo precisamente a colación por ser el que podría interesar más en esta publicación, es el de «derechos». Hemos visto como su vinculación a la ciudadanía parece clara, pero, hablando de la Declaración de 1789, Balibar hace una puntualización importante y que conecta con sus preocupaciones sobre la xenofobia que luego examinaremos: realmente aquel concepto está sustentado en las instituciones de la ciudad Estado griega, no por la identificación de la igualdad y la libertad, sino por la tesis «de la igualdad dentro de los límites de la libertad, considerada como un estatuto social fundado», a su vez, y «según los casos, en una tradición, una constitución o una cualidad natural de los individuos». En la antigua *polis*, por mucho que a algunos nostálgicos les pese, la igualdad no era ni una consecuencia ni un atributo de la libertad (p. 94). La *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 sí que habría supuesto en cambio esa identificación, y por ello habría sido novedosa y revolucionaria: la igualdad es la medida de la libertad y lo mismo ocurriría a la inversa, constituyéndose con tal interrelación la «proposición de la igualibertad» (p. 96). La distinción entre libertades individuales y colectivas carece de sentido, pues la igualibertad trataría «del *grado de igualdad* que es necesario para la colectivización de las libertades individuales, y del *grado de libertad* que es necesario para la igualdad colectiva de los individuos, siendo la repuesta siempre la misma: el máximo de condiciones determinadas» (p. 100, vid. también p. 180, cuando habla de la «interdependencia lógica» entre ambas, o 211, cuando señala su «perfecta equivalencia»). Las diferentes coerciones que ataquen la libertad o que erijan desigualdades son, en realidad, convergentes. Balibar, así, busca cómo «*instituir lo transindividual*, encontrar una institución de lo político en la que ni el individuo ni la comunidad, ni la libertad ni la igualdad, pueden existir sin su contrario» (p. 183).

Esto hace que el autor francés, así, se encamine hacia los mecanismos que puedan ayudar a suprimir la exclusión de ciertas personas de la razón pública (p. 194). El objetivo a perseguir sería, pues, «a la vez defender y extender la ciudadanía social» e «inventar nuevas normas, un nuevo concepto de ciudadanía, que en particular permita superar las muy profundas contradicciones del Estado nacional-social» (p. 271). ¿De dónde vienen esas contradicciones? La respuesta de Balibar parece apuntar al fenómeno de la globalización (p. 35; y que incluiría la gran desigualdad de acceso a recursos y de degradación medioambiental de amplias zonas del planeta), que a su vez origina crecientes fenómenos xenófobos. En este punto, además, el autor francés propone una «ciudadanía transnacional» que suponga «la democratización de las fronteras, la gestión concertada, negociada con los interesados y los países de partida, flujos de inmigración, el reconocimiento de los derechos cívicos y políticos a los inmigrantes», así como «el reconocimiento del pluralismo cultural y de su contribución al desarrollo de cada cultura nacional» (p. 273). Algo en lo que insiste en el penúltimo capítulo del libro («Hacia la co-ciudadanía»).

Pero algunos problemas específicos que parecen quedar en el tintero afloran en seguida con el curso de los acontecimientos, muy especialmente de los acaecidos en Francia. Es por ello que la tercera parte del texto (no queremos abundar en la continuación de la segunda, en la que Balibar realiza interesantísimos comentarios sobre diversos autores), el académico francés se dedica a profundizar en el fenómeno de la exclusión en aquel contexto nacional: en concreto, en lo que denomina la «exclusión interior». Se trataría, así, de dilucidar la configuración como ciudadanos de segunda de una serie de personas, que, incluso aun teniendo reconocida formalmente su ciudadanía (por ejemplo, muchos hijos o nietos de inmigrantes que incluso se habrían educado en suelo francés), se encontrarían con obvios obstáculos para desenvolverse como sujetos de derechos y ser considerados como auténticos iguales por el Estado y el resto de sus conciudadanos. Balibar va examinando así diversos casos, como el de la polémica sobre el *hiyab* y el laicismo (pp. 347-386) y las revueltas de los suburbios franceses del 2005 (pp. 387-436), abogando por «una democracia social, cosmopolítica, antiautoritaria» (p. 373).

No puede por menos, que encomiarse el esfuerzo de Balibar por superar los límites del constreñimiento que numerosos estudios sobre la democracia (en gran parte anglosajones) han contribuido a situar en el pensamiento de nuestra época. Para ello se encuentra pertrechado con un poderoso arsenal (transcrito en una amplísima bibliografía), y que abarca de Hegel a Poulantzas, de Althusser a Rancière, de Marx a Arendt. Pero su intento de escapar de modelos de teorización de la democracia, pese a resultar elogiable, da origen a una descripción a menudo vaga de diversos fenómenos que requerirían un tratamiento más exhaustivo (y a menudo comparativo) y que se presentan en distintos rincones del planeta. Pero, sobre todo, padece un defecto muy frecuente entre los denominados autores «posmarxistas», digámoslo así, «de buena voluntad», y es el de pretender borrar al sujeto de las transformaciones sociales para, a continuación, recrearlo a través de una serie de simpatías inmediatas con determinadas rebeliones, revueltas o movimientos, sin hallar una explicación demasiado coherente para sus intuiciones. La justificación que tendría para ello, resulta claro, sería de carácter moral, y a eso parece señalar su continua apelación a la igualdad y la inclusión. El problema es cómo conseguir apuntalarlas sin definir algunos contornos más nítidos en torno a la protesta, y cómo hacerlo sin una crítica a la economía política, que fue al fin y al cabo el mejor intento que nos dejó Karl Marx para construir un pensamiento que pusiera en cuestión lo dado.

Pablo Marshall (ed.), *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*

(2018) Lexington Books,
Lanham [etc.], 221 pp.

Luis Lloredo Alix
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5483-7346
luis.lloredo@uam.es

Cita recomendada:

Lloredo Alix, L. (2019). Pablo Marshall (ed.), *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 418-426.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5048>

El género de las recensiones es complejo y comprometido, y más aún cuando se trata de libros colectivos como el que en esta ocasión me propongo comentar. Me parece que podría optarse por tres estrategias diferentes. La primera consistiría en reseñar ordenadamente los títulos y los contenidos que integran la obra, con una perspectiva preferentemente neutral y descriptiva. La segunda consistiría en realizar una síntesis de conjunto, si es que el libro lo permite, para desde ahí tratar de encontrar hilos conductores o ejes argumentales susceptibles de presentar de forma crítica. La tercera, en fin, trataría de aunar las dos perspectivas anteriores, con el doble propósito de invitar a la lectura de los potenciales interesados –indicándoles qué pueden esperar del volumen y cuáles son sus contenidos principales– y al mismo tiempo de realizar un somero análisis crítico, señalando problemas de conjunto, proponiendo rutas argumentales alternativas o advirtiendo sobre fenómenos no abordados o inadecuadamente abordados. Modestamente, esta última es la perspectiva que trataré de adoptar en las páginas siguientes. Empezaré realizando algunas consideraciones sobre la obra en su totalidad, para después examinar los capítulos del libro en particular.

Lo primero es lo primero: *Citizenship and disadvantaged groups* es un buen libro. Como todos los libros colectivos, resulta inevitablemente desigual, porque los autores adoptan perspectivas metodológicas, estilos narrativos y marcos conceptuales diferentes, y porque no todos logran el mismo grado de precisión o agudeza en sus planteamientos. Sin embargo, creo que el grado de homogeneidad

de los artículos y el nivel de exhaustividad de las problemáticas que se analizan es alto, superando con mucho a la mayoría de obras de este tipo, que a menudo degeneran lamentablemente en un cajón de sastre, como si fueran almacenes de artículos sin ligazón y sin vocación de conjunto. Esto es algo que ocurre frecuentemente con los libros de actas de congresos o con las obras colectivas que, no siendo compilaciones de ponencias en sentido estricto, son el resultado de seminarios de naturaleza heterogénea.

En esta ocasión, sin embargo, se trata de un escollo que el editor del volumen, el profesor Pablo Marshall, ha sabido evitar con acierto. Y lo ha logrado, en mi opinión, gracias al hecho de contar con un buen equipo de colaboradores, con ideas relativamente afines y una sensibilidad más o menos compartida respecto a los problemas de exclusión y desigualdad que caracterizan al Chile contemporáneo. Además, me parece que todos ellos comparten un punto de vista crítico respecto a las dos derivas que Pablo Marshall identifica como características del actual orden constitucional chileno –no solo en el sentido de Ley Fundamental, sino también en el de constitución histórico-social–, a saber: el neoliberalismo y el autoritarismo. El neoliberalismo y el autoritarismo son, en efecto, dos herencias de la dictadura pinochetista que han dado pie a un modelo económico y político profundamente desigual; a un modelo que, bajo la apariencia de ser democrático y liberal, se ha convertido en un generador de desigualdades difícil de enderezar (Cociña, Frei, Larrañaga y Rucks 2017).

Las dificultades de enmendar dicho orden obedecen a dos razones. Por un lado, la constitución creada por el jurista de Pinochet, Jaime Guzmán –fundador a su vez de un partido ultraconservador, la Unión Demócrata Independiente, que hoy en día sigue concurriendo a las elecciones con notable éxito– diseñó un entramado jurídico arduo de modificar, lleno de «cerrojos constitucionales». Esto ha llevado a un conocido filósofo del derecho chileno, Fernando Atria, a hablar de la «Constitución tramposa» (Atria, 2013). Por otro lado, dicha institucionalidad ha calado en el sistema político en sentido amplio y en la propia mentalidad de los chilenos, infiltrándose en la cultura y en las formas de conciencia social, y generando una dinámica que ni siquiera se ha podido subvertir en los periodos de gobierno de «izquierdas», al alero de la así denominada «Concertación». Así lo expresa el editor del volumen en su introducción:

As a result of the existing constitutional constraints and the consensual political culture of the Concertación, the almost three decades of civilian rule since 1990 have witnessed very slow progress in fields related to political democratization and social equalization and saw practically no significant distributive policies beyond the neoliberal logic of targeting social spending to the poorest members of society (2013, p. 4).

Estas dos características del orden constitucional chileno han terminado configurando una noción de ciudadanía excluyente, es decir, una ciudadanía asequible solo a las pocas élites culturales y a las oligarquías económicas –casi siempre coincidentes– que ya fueron beneficiadas durante los años de la dictadura militar y que, aún hoy, siguen copando las esferas de poder político y económico, con un exiguo ascenso social de las clases medias y una débil presencia institucional de las mismas. Esa ciudadanía excluyente, en efecto, se ha forjado de espaldas a las mujeres, a la clase trabajadora, al pueblo mapuche –y a los demás pueblos originarios que conviven dentro de las fronteras del Estado–, a las expresiones sexuales divergentes y, cómo no, de espaldas a la inmigración. Obviamente, la noción de ciudadanía siempre ha funcionado como un expediente de exclusión: al ciudadano le corresponden derechos, el ciudadano es concebido como sujeto político activo, el ciudadano cuenta en las estadísticas y en los programas de gobierno, el ciudadano

tiene voz y es socialmente reconocido como participante de la experiencia colectiva; en cambio, el no ciudadano se ve condenado a la invisibilidad o la indiferencia, que a su vez suelen dar paso a la exclusión social, el expolio y la violencia. Con todo, hay ciudadanías más o menos inclusivas, más o menos porosas a incorporar sujetos y colectivos subalternos, más receptivas o más reacias a integrar otras formas de vida. Y la actual concepción de la ciudadanía chilena, como muestran los diferentes artículos que integran este volumen, se encuentra entre las más excluyentes.

Esto último es algo que merece conocerse más allá de las fronteras chilenas. Porque Chile ha logrado, gracias a una colosal operación propagandístico-cultural – auspiciada por la ideología neoliberal triunfante y, en buena medida, por Estados Unidos– generar una imagen exterior que a veces resulta más halagüeña de lo que realmente es. Daré unos ejemplos a vuelapluma: al contrario de lo que sucede con muchos pueblos originarios de Latinoamérica, como el quechua, el aymara o el guaraní, que han alcanzado una notable visibilidad internacional, y cuya situación de opresión resulta bastante conocida, se sabe poco del enorme conflicto que existe en Chile en relación con el pueblo mapuche. Pongamos otro ejemplo: al contrario de lo que tendemos a opinar desde Europa, Chile ostenta el segundo puesto en violencia de género y el tercero en acoso sexual en América Latina (Yáñez, 2018). Por no mencionar el hecho de que, hasta hace apenas dos años, tenía una de las legislaciones sobre aborto más restrictivas del mundo, al prohibir la interrupción del embarazo en todas sus formas y casos posibles. Daré un último ejemplo: desde el extranjero, la imagen de Chile es la de un país en el que los niveles de pobreza son relativamente tolerables, en el que no existen esas brechas de desigualdad que caracterizan a muchos países de Latinoamérica. Sin embargo, si echamos un vistazo a los índices del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo, comprobaremos que Chile tiene un índice de desigualdad extraordinariamente alto (Jahan, 2018): actualmente se sitúa en el puesto número 44 del Índice de Desarrollo Humano, pero su índice de Gini le coloca como el país más desigual de la OCDE (Vergara Mattei, 2017). Además, si efectuamos la comparación con base en el coeficiente de desigualdad humana del PNUD –que no sólo tiene en cuenta la desigualdad de ingresos–, los resultados son llamativos: Chile alcanza un 14,9, superando a países como Singapur (11,9), Estados Unidos (13,1), la República de Corea (14,0), Grecia (13,1), Argentina (13,9) o Sri Lanka (13,6). De los cincuenta países que encabezan el ranking del IDH, sólo Chile y España (también con un 14,9) llegan a una cifra tan alta en sus coeficientes de desigualdad.

Todo lo anterior hace que la aparición de este libro sea más que oportuna, sobre todo si tenemos en cuenta que se publica en inglés y con el evidente propósito de acceder a un auditorio amplio. Ahora bien, no pensemos que este talante divulgativo se limita al hecho del idioma, sino que atañe también al tono y el estilo de los artículos que integran el volumen. Con mayor o menor éxito, pero en casi todos los casos de forma palpable, los autores exponen sus respectivas problemáticas de una manera pedagógica, procurando situar al lector en los antecedentes sociopolíticos de cada cuestión y desgranando con cuidado los ingredientes legales, culturales e históricos de las diferentes situaciones de desigualdad que son objeto de su análisis. Esto hace que, junto al hecho de publicarse en inglés, la obra constituya una introducción difícilmente mejorable para quien quiera entender desde fuera las complejidades de la actual ciudadanía chilena. También en esto se siente el buen hacer del coordinador, Pablo Marshall, que a buen seguro se habrá ocupado de trasladar las correspondientes directrices estilísticas y metodológicas.

Dicho todo esto, y antes de entrar a resumir el contenido de cada capítulo, me gustaría lanzar dos breves apuntes críticos respecto a la obra en su conjunto. Ambos tienen que ver con ausencias que me parece detectar en el marco epistemológico de

la obra. Se trata de dos vectores que, habida cuenta de los asuntos que se tratan y del modo que los autores tienen de abordarlos, podrían haberse incorporado de forma explícita. Si hacemos caso del contenido del libro y de la cantidad de capítulos que se dedican a analizar la situación de vulnerabilidad y desigualdad en que se encuentran las mujeres chilenas por diferentes causas –prostitución, violencia machista, prohibición del aborto, participación política, etcétera–, me parece que el enfoque feminista podría haberse subrayado como uno de los pilares del volumen. Lo mismo ocurre con el planteamiento decolonial: buena parte de los ensayos que encontramos en esta obra abordan problemáticas relacionadas con el tema del multiculturalismo y con el hecho de que, en buena medida, la desigualdad de muchos grupos sociales en Chile se debe a una política de explotación colonial. Del mismo modo que señalaba antes en relación con el feminismo, creo que podría haberse explicitado este factor como una de las orientaciones epistemológicas generales. Además, me parece que quizá habría sido deseable dividir el libro en bloques, tomando en consideración que varios de los asuntos tratados afectan a ejes transversales de la desigualdad. Obviamente, como ya podrán imaginarse, no se trata de críticas graves, sino de meras apostillas a una obra que, en su conjunto, me parece muy recomendable.

Ha llegado el momento de exponer someramente el contenido del libro, con vistas a orientar a los posibles lectores. El primer capítulo, a cargo de Fernando Muñoz, aborda varios de los problemas que hoy en día afectan a la comunidad de gays, lesbianas y transexuales en Chile. Bajo el título de «*The Institutional Response to Sexually Diverse Citizenship. Readaptation and Resistance*», el profesor Muñoz pasa revista a las transformaciones institucionales que se han producido en Chile en las dos últimas décadas, con el ánimo de abolir las trabas y discriminaciones legales que obstaculizaban –y aún lo hacen– el disfrute de derechos fundamentales por parte de las personas que se alejan de la hetero-cisnormatividad hegemónica. Partiendo de la constatación de que Chile fue el último país de Latinoamérica en abolir la prohibición de mantener relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, Muñoz desarrolla un análisis «material» de la ciudadanía sexualmente diversa, es decir, no se contenta con levantar acta de las proclamas legales abstractas, sino que toma en consideración la posición social de los grupos afectados y los concretos arreglos institucionales que se han establecido para dar protección efectiva a tales grupos:

the degree of citizenship afforded to a particular collective demand is a function of the intensity of the political recognition gained by its bearers, which often is in its turn a function of the collective power of that particular group. It is in this sense that the state apparatus can be described, as Poulantzas suggested (1980), as an institutional condensation of relations of power and the complex and contradictory struggles to subvert them.

Desde estas premisas metodológicas, el capítulo examina varios episodios de lucha por el reconocimiento que han ido sentando las bases de la ciudadanía sexualmente diversa en Chile: los debates sobre la maternidad de las lesbianas, sobre la identidad de género y sobre la discriminación por orientación sexual.

A continuación, se suceden cuatro artículos con perspectiva feminista, que abordan varios problemas relacionados con la discriminación hacia las mujeres. El segundo capítulo, a cargo de la profesora Lieta Vivaldi, traza una breve reseña de la lucha por el derecho al aborto en Chile: «*Autonomy, Vulnerability, and Resistance: Brief History of the Feminist Fight for Abortion*». Se trata de una contribución especialmente importante para la historia reciente, dado que, hasta septiembre de 2017, Chile era uno de los pocos países del mundo en los que el aborto estaba prohibido bajo cualquier circunstancia. Además del interés que pueda tener conocer los avatares de esta problemática fuera de las fronteras chilenas, el capítulo es interesante por dos razones. Primero, porque afronta esta historia y sus diferentes

episodios desde una perspectiva epistemológica foucaultiana, que le otorga un interés filosófico y sociopolítico que va más allá de la mera crónica de acontecimientos. Segundo, porque en la última parte del capítulo se analiza la cuestión del aborto farmacológico mediante Misoprostol, una técnica que ha cobrado una gran importancia en el activismo feminista chileno de los últimos años y que, desde el punto de vista de la autora, resulta especialmente relevante por las implicaciones biopolíticas que ha tenido su uso en un contexto prohibicionista como el chileno: por un lado, porque ha facilitado el control autónomo del cuerpo de las mujeres, aunque también, de forma ambivalente, su vulnerabilidad.

El tercer capítulo, de la profesora Yanira Zúñiga, desarrolla el tema de la participación política de las mujeres, bajo el título «*Political Participation of Women. Potentialities, Limits, and Challenges*». Seguimos en esta contribución con un enfoque epistemológico crítico y «material» de la desigualdad –del mismo modo que veíamos en el primero y en el segundo capítulo–, sólo que en este caso con mayor razón aún: por más que la participación política de las mujeres haya sido formalmente reconocida, siguen existiendo numerosos óbices sociales e institucionales para que dicha participación pueda ser considerada efectiva. El capítulo de Yanira Zúñiga va dirigido, precisamente, a hacer un análisis de estos obstáculos y a explorar las posibilidades de dos de los mecanismos correctores que se han ideado para hacer frente al desequilibrio entre hombres y mujeres a la hora de integrar los órganos de representación de nuestras sociedades: las cuotas y las medidas de paridad. La perspectiva institucional y parcialmente sociológica que emplea la autora es de agradecer, puesto que no se limita a una alabanza o una impugnación sin matices de este tipo de medidas, sino que da cuenta de sus dificultades de implementación en relación con los contextos socioculturales, y de cómo los arreglos institucionales concretos condicionan su grado de efectividad, más allá de las proclamas propagandísticas difundidas por los medios de comunicación. Al final del recorrido, veremos que el celo analítico de la autora nos proporciona guías firmes –aunque nunca definitivas, obviamente– para comprender con rigor y profundidad las diferencias entre dos clases de medidas anti-discriminatorias como las cuotas y la paridad. La conclusión de Zúñiga es la siguiente:

norms and discourses that promote a greater female presence in positions of power can mask forms of legitimization of the current order. Furthermore, the study of the leadership of Michelle Bachelet provides some elements that confirm the advantages associated with the politics of presence, but also raises questions about the true impact of new female leaders in the deconstruction of gender patterns.

El capítulo cuarto, a cargo de Paula Hollstein, se propone analizar las posibilidades y las dificultades de conceptualizar la violencia doméstica como un caso de tortura: «*Torture and Domestic Violence. A View from Cases of Terroristic Torture and Intimate Terrorism*». Debe tenerse en cuenta que la terminología de «violencia doméstica» es la que existe actualmente en la legislación chilena para caracterizar lo que, en otros contextos o desde otras ópticas políticas, denominaríamos violencia de género o violencia machista. Existen buenas razones para no hablar de violencia doméstica, sino de violencia machista, desde una perspectiva feminista. Sin embargo, sin negar lo anterior, la autora de este capítulo se propone tratar la violencia doméstica de forma separada a otras formas de violencia machista como la violación o la discriminación por género, para analizar con atención la plausibilidad –teórica y práctica– de concebir los casos de violencia doméstica como torturas desde un punto de vista jurídico. Se trata de una sugerencia que ya plantearon algunas feministas como Catherine MacKinnon, y que la profesora Hollstein explora en esta ocasión en el contexto del derecho chileno. El resultado es ciertamente interesante por las consecuencias político-jurídicas que acarrearía tal calificación –tengamos en cuenta

que la violencia doméstica se suele abordar desde las categorías del derecho de familia y el derecho penal, mientras que la tortura es legalmente considerada como un crimen contra la humanidad—, así como por el enfoque conceptual y terminológico que nos brinda la autora: la noción de «*intimate terrorism*» que maneja resulta particularmente acertada y sugerente.

Llegamos así al quinto capítulo de la obra, con el que se pone fin al que podríamos denominar primer bloque del libro, en la medida en que todos los artículos mencionados hasta ahora analizan cuestiones relativas a la desigualdad por razón de género. En esta quinta contribución, de la mano de Paula Nuño y Ximena Valencia, se examina uno de los eternos caballos de batalla del feminismo: el trabajo sexual. Afortunadamente, al menos en mi opinión, la cuestión se plantea desde un enfoque parcialmente regulacionista, y teniendo claramente en mente la realidad política y sociocultural chilena: «*The Response to Sex Work. A Regulation with a Voice of Their Own*». Las autoras tratan de desmarcarse, en efecto, de un posicionamiento cerrado en las trincheras del regulacionismo y del abolicionismo, en el entendido de que ambas posturas suelen enarbolarse sin tener en cuenta las necesidades, los criterios y la voz de las propias afectadas. En el caso chileno, este enfoque es especialmente necesario, ya que existen dos grandes asociaciones de trabajadoras sexuales que se ocupan de reivindicar los derechos de las prostitutas y que, por ende, rechazan con fuerza el paternalismo de los planteamientos abolicionistas. Así pues, el propósito manifiesto de las autoras es «*[to] explore the solution proposed by sex workers themselves to achieve full citizenship, namely the development of regulation that reflects their own voices*».

El capítulo sexto de la obra podría considerarse, en cierto modo, como la bisagra entre dos secciones del libro, puesto que aborda el tema de la jurisdicción multicultural, analizando en particular el caso de las mujeres mapuche: «*Towards a Multicultural Jurisdiction. The Case of Mapuche Women*». Con este capítulo, el profesor Luis Villavicencio toca uno de los temas más sensibles para los Estados pluriculturales o plurinacionales, a saber, la apertura de la jurisdicción al pluralismo jurídico, estableciendo determinados espacios en los que la legalidad oficial del Estado cede en favor del respeto a determinadas prácticas consuetudinarias de los pueblos originarios. Luis Villavicencio comienza su artículo constatando la especialidad del caso chileno —el único país de América Latina que aún no ha reconocido constitucionalmente a sus pueblos indígenas— trazando una breve genealogía de las relaciones del pueblo mapuche con el Estado. A continuación, dedica un inevitable apartado a explorar el marco filosófico-político en el que cabe plantearse la legitimidad de las luchas por el reconocimiento de naciones, pueblos o culturas oprimidas durante la época colonial. Tanto la aproximación histórica como la teórica le llevan a concluir, en el siguiente epígrafe, la necesidad de superar «*the narrow liberal citizenship ideal*». Equipado con este aparato teórico, Villavicencio afronta, en las últimas secciones del artículo, el tema de la jurisdicción multicultural desde la perspectiva de la violencia contra las mujeres mapuche. Se trata de un tema espinoso, puesto que se trata de casos en los que, habitualmente, colisionan los imperativos del respeto a determinadas formas de gestión de los conflictos propias de los pueblos originarios, con la defensa de la dignidad y la integridad de las mujeres:

the challenge is to break through the binary solutions available and enable conciliation mechanisms that uphold the rights of women, as a minority within a minority. It is therefore imperative to advance toward a feminist discourse which, without denying the importance of culture, acknowledges women's subordinate status, stands for basic women's rights, and identifies the contextual circumstances that impact exclusion.

La estrategia del autor para alcanzar este delicado equilibrio, que me parece acertada, pasa por integrar la perspectiva de la interseccionalidad y el enfoque deliberativo junto con el tema de la jurisdicción multicultural.

En el séptimo artículo del libro proseguimos con la senda iniciada por Luis Villavicencio. El profesor Matías Meza-Lopehandía aborda de nuevo las dificultades del multiculturalismo en un Estado, como el chileno, que está estructuralmente construido sobre un modelo económico neoliberal. Bajo el título «*Frustrated Multiculturalism. (Neo) Liberalism and the Mapuche People*», el autor examina el actual fenómeno de criminalización del pueblo mapuche y los obstáculos de desarrollar un programa coherentemente multicultural en el marco de un *statu quo* que se beneficia del expolio y la explotación del territorio mapuche. El autor parte de unas sucintas consideraciones históricas, para recalcar a continuación en las tribulaciones políticas y sociales que ha arrojado la «nueva fe»: el giro multicultural. La conclusión a la que pretende arribar es que esa suerte de «multiculturalismo neoliberal», basado en el reconocimiento de ciertas diferencias culturales, pero incapaz de cuestionar el sistema de explotación del territorio mapuche ancestral, y reacio a conceder espacios de autonomía política real, ha entrado en crisis en las últimas décadas, desembocando en una fuerte operación de criminalización de los grupos o líderes que persisten en reivindicaciones «maximalistas». Asimismo, el autor pasa revista a las graves deficiencias en la implementación y aplicación de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, lo que constituye un fraude respecto a las expectativas que éste había generado en su momento. La conclusión del autor es, entonces, que la adopción del multiculturalismo en el marco del neoliberalismo ha conducido a comprender aquél como «*a device for disciplining the Indian, mainly through resource allocation [...]. In any case, the days of multiculturalism seem to be over. The Mapuche movement has adopted the vocabulary of self-determination from years ago*».

De estas dos últimas contribuciones sobre el multiculturalismo, enfocadas a reflexionar sobre la exclusión sufrida por el pueblo mapuche, transitamos hasta el capítulo octavo, que aborda un asunto que guarda algunas semejanzas con los anteriores, en tanto que también pone sobre el tapete las dificultades de construir una noción de ciudadanía no asimilacionista y asequible a las diferencias culturales. En efecto, bajo el título «*Immigrants. Legal Configuration of a Disadvantaged Group*», Jaime Bassa y Fernanda Torres se dedican a desgranar los consabidos obstáculos de incluir a la población migrante dentro del *demos* del Estado, un asunto que podría calificarse como una de las tensiones constitutivas del armazón teórico y práctico de los derechos humanos. Creo que el enfoque que adoptan los autores es el adecuado: a su modo de ver, el discurso de los derechos humanos tiene que ver con la idea de vulnerabilidad, de manera que los inmigrantes deben ser tratados, conceptualizados y diferenciados con base en los grados de vulnerabilidad que presentan. Este punto de vista les ha llevado a desarrollar un trabajo que estimo altamente recomendable, puesto que incorpora, en su primera parte, un análisis sociológico de las dinámicas migratorias en el Chile contemporáneo; desde el retablo ciertamente complejo y heterogéneo que queda dibujado tras este examen, los autores están en condiciones de hacer una crítica de la actual regulación de las migraciones, así como de proponer criterios de justicia —empíricamente fundados— orientados a diseñar un nuevo marco de derechos humanos de la población inmigrante en Chile. El punto de vista que manejan es fuertemente crítico respecto al estado actual de las políticas migratorias y, además, coincide con varios de los ensayos ya citados en lo que se refiere al enfoque institucional: más allá de las proclamaciones abstractas de las leyes, Bassa y Torres concluyen que la discrecionalidad administrativa que éstas confieren «*can allow for discrimination and institutional racism, given the practices which that system allows*».

Pasamos, a continuación, al capítulo noveno del libro, en el que se examina un asunto de particular importancia para Chile, habida cuenta de que, como Pablo Marshall indicaba desde las coordenadas conceptuales del volumen, el autoritarismo es uno de los rasgos que caracterizan la historia y la política contemporánea de este país, incluso en el periodo post-dictatorial. Se trata, en efecto, de un ensayo titulado «*Public Order and Inequality in the Streets*», a cargo de Paz Irrarazábal, con el que se inicia la que podría considerarse como una tercera parte de la obra, dado que a partir de aquí se analizan varios problemas derivados de la aplicación del derecho por parte de las autoridades, y de las discriminaciones derivadas del uso de la fuerza estatal. De acuerdo con Irrarazábal, los casos de abuso policial, de uso indebido de la fuerza, discriminación en el ejercicio de la autoridad, etcétera, no se deben a «*simply police malfeasance problems or individual wrongs*», sino a arreglos institucionales concretos y a desigualdades estructurales que, después, se reflejan en la actuación policial. El análisis se apoya, además –como ya hemos visto en muchos otros artículos de este volumen– en un apreciable trabajo empírico derivado de varias entrevistas a ciudadanos, policías, activistas y agentes del Estado (desde carabineros a gendarmes, pasando por fiscales y otros). Ello hace que la discusión teórica que se desarrolla a continuación sea plenamente coherente y enfocada a un contexto real y que, por tanto, los frutos cosechados sean de indudable utilidad para suministrar criterios de justicia operativos. El análisis de casos que precede a las conclusiones doctrinales se dirige, como en casos anteriores, a varios colectivos vulnerables u oprimidos que suelen ser objeto del acoso o la violencia policial. Una de las conclusiones a las que se arriban es que no existen apenas mecanismos de rendición de cuentas por parte de la policía, algo que se deriva de las carencias institucionales al respecto, pero también del hecho de que los objetivos de la vigilancia policial son casi siempre grupos vulnerables, que casi nunca elevan quejas o reclamaciones, pues se encuentran desincentivados por su situación de desamparo estructural y por la desconfianza radical hacia el Estado.

Si de ciudadanía se trata, uno de los temas centrales es el de la población reclusa. En efecto, junto al tema de las personas migrantes, el estatus de los presos y el acceso de éstos a los derechos siempre ha sido uno de los puntos de fuga de la teoría y la praxis de los derechos humanos. Por ello, el décimo capítulo esboza algunas reflexiones a este propósito en el marco del Chile contemporáneo. De la mano del coordinador del volumen, Pablo Marshall, y de la profesora Carla Moscoso, en este capítulo –«*Citizenship and Prisoners*»– se aborda un asunto que es particularmente agudo en Chile. En efecto, la privación de derechos políticos a las personas que han sido condenadas a penas superiores a tres años, algo que se establece nada más y nada menos que en la Carta Magna, plantea cuestiones de enorme magnitud para la teoría de los derechos. Parece, como los autores enuncian al principio de su artículo, que la Constitución chilena estableciese un nexo directo entre ciudadanía y crimen, lo cual ilustra respecto a la fragilidad de la concepción general de los derechos que existe en la cosmovisión del país. Frente a esta previsión constitucional, los autores elevan una serie de críticas que van desde un rechazo general a muchas prácticas del actual sistema penitenciario chileno, hasta una reflexión de mayor calado respecto a los requisitos que deben o no deben exigirse a la ciudadanía para ser titular de derechos fundamentales. Todo el texto está articulado por las ideas de inclusión y exclusión, que se manejan desde un punto de vista filosófico-político fecundo, no sólo para pensar acerca de la exclusión de la población reclusa, sino para reflexionar sobre los problemas intrínsecos de toda noción de ciudadanía y sobre la injusticia estructural que subyace a la construcción de toda comunidad política.

El último capítulo de la obra prosigue la senda de los dos ensayos anteriores –a saber, el cuestionamiento de las prácticas autoritarias del sistema jurídico-político–

, pero en esta ocasión focalizándose en otro de los colectivos que tradicionalmente han sido objeto de reflexión cuando hablamos de desigualdad: el de los trabajadores. Con el título de «*The Worker by Himself. Thwarting Workers' Collective Action Through Law*», el profesor José Luis Ugarte expone las restricciones que se derivan del actual modelo laboral chileno en materia de derecho de huelga y de negociación colectiva. El eje argumental pasa por subrayar la esencial continuidad entre la dictadura y la democracia en lo que se refiere a las relaciones laborales. Pese a las reformas introducidas desde la llegada de la democracia, en efecto, la situación de subordinación de los trabajadores permanece prácticamente inalterada, ya que dichas reformas han sido meramente «periféricas» y no han atacado la causa principal de esta sumisión: la falta de poder colectivo de los trabajadores. Así las cosas, tras un análisis que se detiene en los aspectos históricos y jurídicos de esta situación –lo cual incluye consideraciones técnicas acerca del contrato individual de trabajo, pero también apreciaciones sociopolíticas acerca del exiguo papel de la sindicación–, el autor termina apostando por un fortalecimiento de los procedimientos colectivos de defensa de derechos laborales, en particular la negociación colectiva. El artículo es interesante porque, más allá de lo clásico del planteamiento anterior, Ugarte explicita las razones éticas y políticas que hacen de la negociación colectiva el mecanismo idóneo para alcanzar un ideal de igualdad medianamente coherente.

Hemos llegado así al final del libro, que se cierra con un índice de temas y nombres, algo que resulta de agradecer y que no abunda en la tradición bibliográfica latina. Como creo que puede desprenderse de la apresurada síntesis que he realizado en las páginas anteriores, la valoración general de la obra es positiva. Además de las consideraciones expuestas en las primeras páginas de esta reseña, habrá podido verse que existe una cierta afinidad de enfoques ideológicos y epistemológicos entre los autores de los respectivos artículos, lo cual hace que, pese a las inevitables disparidades, haya una coherencia difícil de encontrar en obras de esta naturaleza. Asimismo, creo que ha quedado patente que, en líneas generales, el libro adopta un estilo claro y divulgativo que ofrece una visión de conjunto idónea para lectores no chilenos. Por todo ello, no me queda sino volver a recomendar vivamente su lectura. Creo que estamos, en efecto, ante una saludable novedad editorial.

Bibliografía

- Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago de Chile, Chile: LOM ediciones.
- Cociña, M., Frei, R., Larrañaga, O., Rucks, S. et al. (2017). *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago de Chile, Chile: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Jahan, S. et al. (2018). *Índices e indicadores de desarrollo humano. Actualización estadística de 2018*. Nueva York, Estados Unidos: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Vergara Mattei, C. (28 agosto, 2017). Chile, líder mundial en desigualdad y desprotección al empleo y los trabajadores. *Nodal. Noticias de América Latina y el Caribe*. Recuperado de <https://www.nodal.am/2017/08/chile-lider-mundial-desigualdad-desproteccion-al-empleo-los-trabajadores-cecilia-vergara-mattei/> (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019).
- Yáñez, C. (8 marzo, 2018). Chilenas entre las que más violencia y acoso sufren en el continente. *La Tercera*. Recuperado de <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/chilenas-las-mujeres-mas-violencia-acoso-sufren-continente/91248/> (fecha de consulta: 10 de septiembre 2019).