

**EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.**  
**Número 5. Septiembre, 2013 – febrero, 2014**  
**ÍNDICE**

**Presentación**

*José María Sauca*

1

**Estudios**

Antropología y metafísica en el concepto categórico del Derecho de Kant. Una interpretación de los párrafos B y C de la *Teoría del Derecho* 3

*Otfried Höffe*

¿Qué democracia en red? 17

*Ermanno Vitale*

La interpretación constructiva en el constitucionalismo *Commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial?* 27

*Mariano C. Melero de la Torre*

Persiguiendo la tesis convencionalista 50

*Federico Arena*

**Foro y ágora**

Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares 75

*José Miguel Sánchez Tomás*

La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular 95

*Margarita Lema Tomé*

El derecho al juez natural -como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia 116

*Florabel Quispe Remón*

Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española 139

*Francisco Javier Álvarez García*

**Voces de Cultura de la legalidad**

*Manuel Villoria:* «Corrupción política» 159

*Rodrigo Uprimny:* «Estado de Derecho» 168

*Gema Marcilla Córdoba:* «Imperio de la ley» 177

*Pedro Garzón López:* «Pluralismo jurídico» 186

*Ricardo Cueva Fernández:* «Códigos deontológicos de la abogacía» 194

*Álvaro Ramírez-Alujas:* «Gobierno abierto» 201

*Alejandro Soltonovich:* «Clientelismo y democracia» 217

*Javier Mijangos:* «Prueba ilícita» 223

*José Luis Pérez Triviño:* «Genocidio» 232

*Ana Garrocho Salcedo:* «Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios» 240

**Releyendo a...**

*Olivecrona: Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho* 248

*Óscar Vergara*

## Rincón de lecturas

Desmond Manderson (2012), <i>Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism</i> <i>Luis Gómez Romero</i>	264
Desmond Manderson (2012), <i>Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism</i> <i>Iker Nabaskues</i>	289
Respuesta a Luis Gómez Romero e Iker Nabaskues. <i>Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism</i> <i>Desmond Manderson</i>	296
Javier Chinchón (2012), <i>El tratamiento judicial de la Guerra Civil y el franquismo en España</i> <i>Carmen Pérez González</i>	301
Luis Prieto Sanchís (2013), <i>El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica</i> <i>Julián Gaviria Mira</i>	305
Antonio Embid Irujo (2012), <i>La constitucionalización de la crisis económica</i> <i>Marta Fernández Martín</i>	310
Andrea Greppi (2012), <i>La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública</i> <i>Ana Arango Restrepo</i>	317
Jürgen Habermas (2012), <i>La constitución de Europa</i> <i>Jesús Ignacio Delgado Rojas</i>	328

## Presentación

Con el número 5 que presentamos al lector, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* inicia su tercer año de vida. En numerología, el tres siempre ha gozado de un singular atractivo. Frente a la pasión reductiva del monismo o la diletante ambivalencia del dualismo, el tres supone la apertura al pluralismo. Para la tradición cristiana es número de perfección; para la geometría la posibilidad del plano; para la matemática, de la mano pitagórica, el primer teorema; para la lógica, el mundo de la polivalencia; para la filosofía, la dialéctica y para Fermat los números primos. Así, singularidad, oportunidad, pretensión de superación podrían ser las tres notas que sintetizarían el espíritu con que se afronta el desarrollo de la revista en este tercer curso.

La estructura básica del número se mantiene en la misma línea que los anteriores aunque van consolidándose mejoras y apuntándose innovaciones. En la sección de *Estudios* perseveramos en la apuesta de recoger cuatro trabajos. Se inicia con la contribución de Otfried Höffe que desarrolla una novedosa reinterpretación de la tradicionalmente excluyente contraposición kantiana entre la antropología y la filosofía moral. Ermanno Vitale, en segundo término, publica un breve ensayo sobre la denominada *democracia en la red* que examina críticamente sus aparentes aportaciones para una profundización en los valores de ésta. La tercera aportación está constituida por el trabajo de Mariano C. Melero quien expone las características generales del denominado constitucionalismo *Commonwealth* para defender una opción cooperativa en la protección de los derechos individuales y confrontarla con algunas teorías calificables genéricamente como positivistas. Finalmente, el último estudio es de Federico Arena quien partiendo de las tesis del convencionalismo jurídico, adopta la distinción entre convenciones de coordinación y constitutivas y las proyecta sobre las dos fases del proceso de identificación del Derecho. Así, las primeras responderían a las actividades de identificación de los textos normativos. Las segundas, a la atribución de significado a los mismos a partir de ciertos métodos interpretativos.

La sección de *Foro y Ágora* ha conseguido seguir respondiendo al empeño de dar cuenta de cuestiones relevantes y actuales en la materia a las que resulta de interés ofrecer la luz de la reflexión académica. En continuidad con números anteriores la sección recoge tres aportaciones de este tipo. La primera es obra de José Miguel Sánchez Tomás y formula un análisis crítico de la medida del internamiento de inmigrantes en situación irregular tanto por no ser respetuosa de los estándares mínimos de los derechos humanos como por ineficiente. El segundo de los trabajos es obra de Margarita Lema y analiza también críticamente el Real Decreto-ley 16/2012 que ha modificado sustancialmente el ejercicio del derecho a la salud del inmigrante en situación irregular en España. El tercero es una aportación de Florabel Quispe en la que, tras apuntar la evolución en el ámbito internacional del derecho al juez natural, estudia la modificación del art. 291 de la Constitución colombiana del pasado año que habilita la atribución de competencia a las cortes militares para una serie de delitos. A ellos, se añade una cuarta aportación que supone una novedad en la sección no sólo, ni de manera más relevante, porque incrementa el número de trabajos en la misma sino porque tiene un carácter especial. Se trata del trabajo de Javier Álvarez que se presenta como una convocatoria al desarrollo de un debate que *Eunomía* tiene la pretensión de, en alguna medida, contribuir a canalizar. La aportación de Álvarez, titulada “Debatiendo: la selección del profesorado en la universidad española”, presenta una provocativa exposición de las deficiencias del sistema de selección de los académicos en España y del fracaso en que, según su opinión, han incurrido los sistemas de evaluación por indicios y mediante agencias de evaluación. Esperamos

que estas reflexiones consigan el objetivo de generar un debate para el que, desde esta presentación, se convoca a participar. Aquellos trabajos que con carácter crítico, de apoyo o alternativos aborden la cuestión serán objeto de publicación en el próximo número de la revista en una eventual sección especial.

La sección de *voices en cultura de la legalidad* continúa difundiendo las piezas de un léxico en la materia y acumula, en sus diferentes entregas, la cifra de cincuenta voces. Las diez recogidas en este número responden a las variadas perspectivas metodológicas pertinentes en la temática. Desde las calificables de teoría general como las de Villoria, Uprimny o Marcilla sobre la *corrupción pública*, el *estado derecho y el imperio de la ley*; de metodológicas como las de Garzón y Cueva sobre *pluralismo jurídico y deontología profesional*; politológicas como las de Ramírez-Alujas o Soltonovich sobre *open-government* y *clientelismo*, y sancionadoras como las de Mijangos, Pérez Triviño o Garrocho sobre *prueba ilícita, genocidio o delito de denegación discriminatoria de servicio*.

El *Releyendo a...* se dedica a Karl Olivecrona y, en concreto, a un trabajo de 1951 que estimamos relevante para la conformación de la teoría del realismo jurídico escandinavo y cuya importancia había quedado olvidada. La traducción y el estudio introductorio que lo acompaña son aportaciones de Óscar Vergara.

Finalmente, el *Rincón de lecturas* vuelve a recoger un debate sobre el importante libro de Desmond Manderson, *Kangaroo Courts and the Rule of Law. The Legacy of Modernism*, publicado el pasado año. Los análisis críticos de Luis G. Romero e Iker Nabaskues son contestados por el propio autor. Además de estos tres trabajos, la sección incorpora las recensiones a cinco libros publicados en 2012 ó 2013 y que se estiman importantes aportaciones a la materia de la cultura de la legalidad. Las cuestiones generales son memoria histórica, constitucionalismo y democracia. Los autores comentados son Chinchón, Prieto, Embid Irujo, Greppi y Habermas y los comentaristas Carmen Pérez, Julián Gaviria, Marta Fernández, Ana C. Arango y Jesús Ignacio Delgado, respectivamente.

En definitiva, entregamos con la periodicidad prevista un nuevo número de *Eunomía* que intenta seguir evolucionando de una manera abierta, plural y de calidad. Los procesos de indexación continúan su curso y mantenemos los protocolos de evaluación ciega por pares. Confiamos en que el resultado le resulte de utilidad.

2  
—  
José María Sauca  
Director

## Antropología y metafísica en el concepto categórico del Derecho de Kant: Una interpretación de los párrafos B y C de la *Teoría del Derecho*<sup>\*</sup>

Otfried Höffe<sup>\*\*</sup>

Universidad de Tübingen  
[sekretariat.hoeffe@uni-tuebingen.de](mailto:sekretariat.hoeffe@uni-tuebingen.de)

### Resumen

Kant busca el fundamento de la obligación de las normas morales en el ámbito de los conceptos de la razón pura para alcanzar así un imperativo categórico libre de todo contenido empírico. Este artículo problematiza esta forma de proceder poniendo de relieve la trascendencia de los elementos antropológicos, empíricos, dentro de la filosofía moral kantiana, sin afectar al núcleo de su filosofía. Para ello se realiza una distinción fundamental entre teoría de la moral y moral en sí misma. El resultado es una comprensión de ésta en la que la necesidad de ser fundamentada metafísicamente para obtener un criterio *a priori* no excluye los elementos antropológicos, sino que estos aparecen más bien como indispensables.

3

### Palabras clave

Ética, moral, derecho, imperativo categórico, *a priori*.

## Anthropology and Metaphysics in Kant's Categorical Concept of Law: An interpretation of paragraphs B and C of the *Legal Theory*

### Abstract

Kant searches for the ground of the obligation of moral rules in the field of the pure reason concepts, aiming at a categorical imperative free from empirical contents. This paper challenges this process emphasizing the importance of the anthropological, empirical elements in Kant's moral philosophy, without affecting the core of his philosophy. To that end, we make a fundamental distinction between moral theory and moral itself. The result is an understanding of moral in which the requirement to have a metaphysically founding to win an *a priori* pattern doesn't exclude the anthropological elements, but they rather appear as indispensables.

### Keywords

Ethic, moral, law, categorical imperative, *a priori*.

\* Traducción del alemán de Manuel Orozco Pérez.

\*\* UK Kant Society, Conferencia anual sobre "Kant on Practical Justification". Manchester, 20-21 de septiembre de 2007.

Conforme a una lectura ortodoxa de Kant, los dos conceptos del título, *metafísica* y *antropología*, se excluyen recíprocamente, puesto que Kant en el “Prólogo” a la *Fundamentación* separa claramente la filosofía pura de la filosofía empírica. Dentro de la ética, a la parte empírica la llama “antropología práctica” (AA IV 388, 13) o, de manera breve, “antropología” (389, 9). A la parte pura, sin embargo, la llama “metafísica de las costumbres”, también “filosofía moral” (*sittliche Weltweisheit*) (389, 9) o “filosofía moral pura” (389, 8). Debido a esta clara separación metodológica Kant intenta elaborar una “filosofía moral pura que estuviera completamente limpia de todo aquello que pudiera ser empírico y perteneciera a la antropología” (398, 8 y ss.). El segundo capítulo de la *Fundamentación*, el “Tránsito a la metafísica de las costumbres”, repite este propósito y enfatiza tanto su significado teórico como práctico, a saber: la tarea de “una metafísica de las costumbres completamente aislada y que no esté vinculada a ninguna antropología” (410, 19 y ss.).

Mi tesis heterodoxa, tal vez incluso herética, la tesis principal de las siguientes consideraciones, sostendrá que Kant peca aquí de orgullo. La contraposición entre metafísica y antropología sólo puede presentarse exagerando la distinción, o de lo contrario se difumina. La razón es que la filosofía moral (*Moralphilosophie*) de Kant no se entiende sin elementos antropológicos. Bien es verdad que Kant quiere excluir los factores empíricos; sin embargo, tanto los elementos antropológicos como los factores empíricos juegan un papel importante, a saber: la “naturaleza del hombre” y las “circunstancias del mundo” (389, 17).

Ahora bien, estos elementos podrían ser impurezas que una, no ya presunta, sino verdadera filosofía moral pura filtraría y eliminaría. Pero, de hecho, y ésta es mi tesis principal, esos elementos son esenciales. No tienen, empero, como consecuencia que la filosofía moral de Kant vaya ahora a formar parte de la antropología en lugar de la metafísica. Pues, y esta es mi tesis adicional, no merman el interés de aquello que para Kant está en juego, y que tanto le motiva como le justifica a hablar de metafísica: en las normas morales el fundamento de la obligación hay que buscarlo “a priori únicamente en conceptos de la razón pura” (389, 18 y ss.).<sup>1</sup>

Según el “Prólogo” de la *Fundamentación*, Kant se propone un programa contrario, decididamente y sin concesiones, a toda ética empírica. Según mi tesis adicional, esta intención de Kant está justificada, pero no conforme a unas formulaciones demasiado nítidas. La razón reside en mi tesis adicional: en el aspecto que para Kant es decisivo, la singularidad de su objeto, él esboza, en efecto, una ética decididamente antiempirista. Pero sólo la esencia de la moral es en un primer momento antiempirista; meramente secundaria y subsidiaria es también (la) disciplina filosófica competente para ello. La tesis antiempirista principal de Kant tiene en primer lugar un significado ontológico, esto es, referido al objeto, y no un significado disciplinar. Y la metafísica competente para ello, según mi tesis adicional, no es una metafísica teórica, sino puramente práctica.

Mi tesis heterodoxa no corrige, por tanto, el núcleo de la filosofía moral kantiana, sino que precisa su estatuto metodológico. En la filosofía moral de Kant únicamente el principio de obligación (*Verbindlichkeitstrund*) está libre de toda experiencia y, por consiguiente, también de antropología práctica. Mientras que los imperativos pragmáticos tienen un último principio empírico de determinación, la

<sup>1</sup> Agradezco las sugerencias de los participantes en el congreso “Kant on Justification” (Manchester 20-21 de septiembre de 2007), especialmente las de mi comentador Peter Niesen.

(propia) felicidad, los imperativos morales, o sea, los categóricos, se liberan de tal principio, y, por eso mismo, tienen carácter apriorístico y, al mismo tiempo, metafísico.

Por esta razón –por el hecho de que no es la teoría moral de Kant la que es propiamente metafísica, sino la moral en sí misma– pueden introducirse sin reparos en la teoría moral elementos metodológicos, empíricos y, consecuentemente, también antropológicos. La conexión de la metafísica con la antropología que yo he señalado en el título es posible y, en cierto modo, incluso necesaria. Esto se debe a que –según mi “teoría de la complejidad”– la ética de Kant, desde una perspectiva metódica, es más compleja de que lo que parece en el programa del “Prólogo”, donde se presupone que la antropología no contamina el núcleo, el fundamento, de la obligación.

Otra observación sobre el concepto de antropología: se podría pensar que Kant evita usar esta expresión, porque para él no se trata de las singularidades de una especie biológica concreta, sino de características que también podrían ser aplicadas a otras especies. De hecho, los elementos característicos, incluso esenciales, de la ética kantiana no afectan únicamente a la especie biológica “homo sapiens”. Para Kant, sin embargo, esto no es lo que está en juego en el pasaje del “Prólogo” que se ha mencionado. El objeto de la disciplina “Antropología”, un “ser terrenal dotado de razón” (*Anthropologie*, Vorrede: VII 119), se limita ciertamente a nuestra especie mediante la referencia a la Tierra. Pero si la referencia se formula de un modo más formal, y en lugar de “ser terrenal” se dijera ahora “un ser que vive en un cuerpo celeste”, se vería de qué se trata: de seres racionales impuros, de los cuales hasta ahora nosotros sólo conocemos nuestra propia especie.

5

Para determinar el lugar de la antropología así comprendida en la *Teoría del Derecho* de Kant, voy a esbozar en una primera parte aquella tesis de la complejidad en relación a la *Fundamentación*. En una segunda parte, examinaré la tesis de la primera *Crítica*, aquella según la cual filosofía transcendental habría únicamente para la razón práctica, no para la teórica. En la tercera parte, distingo tres estratos de la antropología que son esenciales para la ética de Kant. La cuarta parte trata de cerca los decisivos párrafos B y C de la *Teoría del Derecho* (cf. Höffe, 1995, en los capítulos I, 4-5). Y en la última parte hago una apuesta de largo alcance: la *Teoría del Derecho* de Kant como teoría fundamental de la sociedad.

### Una mirada crítica a la *Fundamentación*

Ya en la *Fundamentación* entran en escena elementos empíricos. Ciertamente, estos apenas son cuestionables, y, dado que son más generales que la naturaleza, se los puede clasificar dentro de un empirismo de carácter antropológico. En la prohibición de la falsa promesa tanto la “historia” que cuenta Kant –que el ser humano ha caído en la necesidad y puede ser liberado de ella por medio de sus semejantes– como también el conocimiento de la posibilidad de mover a alguien a ayudar cuando no lo haría voluntariamente tienen carácter empírico: se promete algo que no se quiere cumplir de ningún modo.

Se puede entonces situar estos ejemplos de Kant en la ética secundaria, la aplicada. De ahí que se hable de una “antropología de la ética aplicada” y se reserve la libertad antropológica para la ética fundamental. Pero también en esta ocasión quedamos decepcionados. Que en el caso del ser humano la ley moral tenga un carácter obligatorio y se convierta en imperativo categórico, presupone una vez más la experiencia, incluso una doble experiencia: se acepta la esencia de aquello a lo que se le puede atribuir una facultad apetitiva con aquella autorrelación denominada

“razón práctica”, o bien “voluntad”, y en el caso de la moral “razón pura práctica” y “voluntad autónoma”. Adicionalmente se parte de que la voluntad se encuentra “bajo ciertas limitaciones e impedimentos subjetivos” (397, 7 y ss.). Según esta segunda “antropología ética fundamental” el hombre es un ser racional natural. Teniendo en cuenta su avidez e inclinaciones, también se podría decir que es un ser racional finito y susceptible de tentación. Si tenemos en cuenta el escrito sobre religión (1<sup>a</sup> parte) tiene incluso una irremediable propensión al mal.

Por tanto, en los ejemplos se aplica la antropología ética fundamental, el ser racional susceptible de tentación, a situaciones-tipo que ponen a prueba la razón práctica. Y dado que las situaciones-tipo se extienden más allá de los límites de toda época y toda cultura –están unidos a la naturaleza del hombre– tienen por ello un carácter antropológico: en la prohibición del suicidio existe un tedio vital que el hombre puede vencer; en la prohibición de falsas promesas existe la propia necesidad, en la que los hombres están inmersos, unida a la capacidad de mentir de manera creíble; en el mandamiento de auxilio, la capacidad de ayudar al otro a salir de una situación de miseria se convierte en necesidad ajena; finalmente, en el mandamiento cultural existe el peligro de la comodidad.

En ambos niveles, tanto en el de la ética aplicada como en el de la ética fundamental, Kant no alcanza su meta de una ética metafísica pura. Esta observación podría, sin embargo, favorecer la ética de Kant en otro lugar, a saber, invalidando el extendido reproche del formalismo. En lugar de liberar la moral en su totalidad de toda contaminación con la experiencia, la ética de Kant recurre a elementos empíricos muy diferentes. En consecuencia, la ética aparece más plausible de lo esperado, pero al precio de no alcanzar el programa que se había propuesto: en realidad, la supuesta filosofía moral pura se lleva a cabo de manera reiterada por dos estratos de elementos antropológicos.

Pero, por lo general, estos elementos no quedan recogidos en la obligación moral, con lo cual la intención fundamental antiempírista de Kant queda satisfecha. Sobre el nivel básico, la ética fundamental, estos elementos quieren sustentar únicamente la circunstancia de que la ley moral no entra en escena como ley, sino como imperativo (categórico): ya la pregunta de si se puede determinar al ser humano mediante la razón práctica es, no exclusivamente pero sí en parte, de naturaleza empírica. En gran medida, la experiencia comprende detalladamente el concepto de aquella razón práctica que se encuentra al servicio de su propio bienestar. Sólo quien se orienta hacia el nivel del último fundamento de la determinación y se libera de la obligación por su propio bien sale del ámbito de la experiencia, pero exclusivamente en relación a la motivación. En lo que se refiere a la felicidad, entra en el reino de la metafísica: en el reino de la dignidad de ser feliz.

A su vez, en los niveles subordinados, la ética aplicada, los elementos antropológicos definen únicamente las condiciones de aplicación sin las cuales el imperativo categórico queda desocupado: para responder a la pregunta con qué situaciones típicas tiene que contar el hombre y qué posibilidades típicas se ofrecen para reaccionar, se necesita experiencia, además de imaginación creadora. Por tanto, en el imperativo categórico en plural, obligaciones morales como la prohibición de mentir o el mandamiento a la ayuda, están contenidos elementos empíricos, incluso antropológicos; y ello no meramente de manera efectiva, sino necesariamente. La decisión determinante del fundamento moral no mantiene, empero, la naturaleza empírica. Es una tarea el buscar máximas, elegir de entre ellas las que sean morales y organizar la vida de manera efectiva conforme a ellas. Allí la experiencia es necesaria, aquí sólo se requiere un momento metaempírico en tanto que metafísico. El criterio para este momento está, por cierto, establecido

desde la primera *Crítica*: Kant toma la “rigurosa universalidad” como el “criterio seguro” que caracteriza el conocimiento puro a priori (*KrV*, B 4).

Para la ética de Kant es decisiva la pregunta de si este criterio es de hecho aplicable a las máximas vividas. En este punto reside la diferencia esencial entre una metafísica práctica y una teórica: no es en el experimento mental de la generalización donde aparece el carácter apriorístico y, en consecuencia, metafísico del que tal experimento depende, sino en el actuar mismo, siempre y cuando éste siga máximas generalizables.

Al conjunto de los elementos antropológicos que constituyen las condiciones de aplicación de la moral lo llamo “antropología moral”. Sus dos estratos, la antropología de la ética aplicada y de la ética fundamental, no corresponden a aquella rama científica que Kant acepta “como la otra parte [...] de la filosofía práctica”, como “el complemento de una metafísica de las costumbres” (*MS VI 217*, 9 y ss.). En la antropología como complemento se trata de la tarea subordinada de determinar una pedagogía moral. Presupone los principios morales como ya determinados e investiga exclusivamente las condiciones subjetivas que o bien impiden la ejecución de los principios o que, por el contrario, los favorece. En menor medida, ambos estratos corresponden a la detallada y profunda *Antropología en sentido pragmático*. La nueva antropología moral que he introducido aquí *contra* Kant forma parte de una reserva irrenunciable de una filosofía moral. No es el equivalente de una metafísica de las costumbres, sino parte integral suya, y posee un significado originario, no subsidiario.

Mi balance provisional es el siguiente: aunque Kant reivindica con razón una metafísica para la ética, sobrevalora su alcance. El programa que desarrolla en el “Prólogo” de la *Fundamentación*, y corrobora en capítulo II de la “Introducción a la metafísica de la costumbres”, no aparece definido con suficiente exactitud. Para preservar la pureza de la moral y para no empañar de ningún modo con elementos desconocidos el origen de la obligación moral, de la autonomía de la voluntad y de su criterio, la universalización, hay que seguir realmente a Kant y separar claramente el ámbito empírico del racional. Sin embargo, de ahí no se sigue que la filosofía de la moral, la ética, tenga que ser fundada en su totalidad de manera pura y racional. En realidad, se refiere sólo al principio de determinación de la moral, no a su teoría completa y sin experiencia. La filosofía moral no puede sustraerse a las impurezas que resultan de la experiencia; y la moral misma no es que pueda, sino que tiene que hacerlo.

### Una filosofía transcendental de la *praxis*

El esbozo de una nueva filosofía, la filosofía crítica transcendental, según el capítulo VII de la introducción a la *Crítica de la razón pura*, es posible exclusivamente en tanto que “filosofía de la razón pura y meramente especulativa”; puesto que, el otro ámbito, “todo lo práctico”, se refiere a sensaciones pertenecientes a “fuentes empíricas de conocimiento”. Kant no contradice el “Prólogo” de la (posterior) *Fundamentación*, pues concede una cierta libertad de experiencia “de los principios supremos de la moralidad”. Afirma que a estos conocimientos *a priori* también pertenecen “los conceptos de placer y dolor, de deseo, inclinación, etc., que son todos de origen empírico”. Ciertamente, estos conceptos no subyacen a las prescripciones morales, sino que aparecen en “el concepto de deber como un obstáculo que hay que asumir”, de manera que “necesariamente tienen que tener su sitio en la composición del sistema de la moralidad” (1329). El objeto correspondiente se degrada hasta llegar a un *a priori* impuro, quedando así invalidado para una filosofía transcendental.

En contraposición a esta perspectiva de Kant, también forma parte de una ética filosófica de su estilo un momento que sirve como objeto de una verdadera filosofía transcendental práctica, y no ya teórica o especulativa. Kant se ocupa, como se exige en el pasaje citado, de un *a priori* puro por excelencia. El *a priori* puro, y sin embargo objeto práctico, es la idea de un bien sin limitaciones, esto es, por excelencia. El momento que merma la pureza del *a priori*, el ámbito de las sensaciones, no aparece todavía en él. Y a pesar de ello, motivo de debate es ya el ámbito de lo práctico, no el de lo teórico.

La idea de un bien por excelencia es la forma más alta de valorar la *praxis*. Dado que esta idea es la única que tiene el grado de un *a priori* puro en el ámbito de lo práctico, es ella la que da forma al objeto de aquella parte de la ética que, ocupándose de un *a priori* puro, es metafísica en sentido estricto. A diferencia de lo generalmente aceptado, el imperativo categórico general no forma el primer paso argumentativo real en la filosofía moral, sino que actúa conforme a máximas generalizables. No consiste tampoco en la buena voluntad por excelencia. Se trata más bien de la idea de la que se sirve Kant en la frase que toma como punto de partida, aunque sin llegar a justificar, en el primer capítulo de la *Fundamentación*, a saber: la del bien por excelencia.

Una verdadera o última fundamentación tendría que mostrar que quien valora la *praxis* plantea una cuestión que sólo se culmina en la idea del bien sin limitaciones, o sea, del bien por excelencia. Conforme a la idea de una crítica transcendental, y de forma parecida a la deducción en la primera *Crítica*, la fundamentación tendría que efectuarse en dos partes. El primer argumento, el metafísico en sentido estricto, tendría que mostrar que una buena valoración sobrepasa todos los fundamentos empíricos de determinación. El segundo argumento transcendental tendría que probar la idea del bien por excelencia como condición de objetividad práctica (en contra de la crítica de Fulda (2006: 188), una crítica extraña además de demasiado general; cf. Höffe (2007, en el capítulo 2).

Planteamientos para este tipo de fundamentación se encuentran continuamente en la obra de Kant. Bien es verdad que, por ejemplo, puede comenzar la idea de una razón práctica con un nivel técnico y uno pragmático, pero no terminarla. Del tercer y último nivel dice que en tanto que *obligación* incondicionada, incluso *categórica*, no se puede volver a superar. Dado que una obligación de estas características trasciende todos los fundamentos empíricos de la determinación (en última instancia orientados al propio bienestar), tiene, por una parte, un carácter pre-empírico, incluso metafísico; por otra parte, sólo permite que la correspondiente *praxis*, objetiva en sentido estricto, sea válida sin excepciones y de manera necesaria. En “una parte” se esboza el argumento metafísico, en la “otra parte” el transcendental.

Según una extendida opinión, la metafísica es imposible y hace tiempo que está superada. Kant, por el contrario, la toma como necesaria, *tan* como *el respirar* (*Prolegomena* IV, 367). Esta comparación, que para la ética se muestra como una exageración desmesurada, aparece aquí como una exageración moderada: como una tensión retórica. La idea del bien por excelencia, algo esencial para un concepto riguroso de la moral, pertenece a la metafísica práctica; y, en sentido estricto, a ella no le pertenece más que esa idea. En cambio, la filosofía moral elaborada por Kant trasmite la idea del bien por excelencia con la antropología moral, esto es, con su componente de ética fundamental. Ésta consiste en un *a priori* impuro, o relativo, y en una metafísica igualmente relativa o impura.

Como es sabido, Hegel (1970: 460) interpretó el imperativo categórico en su ensayo sobre el derecho natural como “producción de tautologías”. Max Scheler (1966: 15) hablará más tarde del “vacío e improductivo formalismo de Kant”. Para fundamentar también una ética material con medios kantianos que escape a los reproches que se repiten frecuentemente se suele hacer uso de la fórmula material del imperativo categórico: la humanidad como fin en sí mismo. Sin embargo, dicha fórmula no es suficiente para una verdadera ética material, ya que ella misma también necesita de elementos antropológicos. Y quien recurre a esos elementos, encuentra la ética material también con ayuda de la fórmula formal del imperativo categórico: la universalización, es decir, la fórmula de la ley de la naturaleza. Se puede formular esta disposición interna de la cosa siguiendo a Hegel: en los deberes jurídicos y en los deberes de virtud, ser y deber se encuentran urdidos en una unidad originaria. Y dado que la teoría del derecho y la teoría de la virtud no poseen otro objeto que esta unidad, ambas tienen que tomar en consideración tanto el aspecto normativo como el antropológico.

### Los tres estratos de antropología

Pasemos ahora a la ética sistemática del derecho kantiano, esto es, a los *Principios metafísicos de la teoría del Derecho*, brevemente: *Teoría del Derecho*. Sin duda alguna, mi corrección de la *Fundamentación* tiene efectos sobre ella. Es cierto que Kant no habla de “metafísica” sino, de una manera más modesta, de “principios metafísicos”; puesto que en realidad sólo los principios son metafísicos, quedando así descartada la concretización de la práctica del derecho. Incluso con este parecer, Kant sobrevalora el alcance de la metafísica, al mismo tiempo que infravalora el peso de la experiencia, pues ésta entra ya en los principios. En conjunto, la *Teoría del Derecho* contiene tres “estratos” de antropología; un estrato más, por tanto, que la antropología moral introducida hasta el momento.

9

El primero, la diferencia entre derecho y virtud, consiste en la ya mencionada antropología fundamental que concibe al hombre como un ser racional finito, susceptible de tentación mediante sus inclinaciones. En general, la moral tiene, por su parte, un carácter de deber y de imperativo, al igual que sus dos partes esenciales, el derecho y la virtud. Los “Conceptos previos” de la “Introducción a la metafísica de la costumbres” hablan de una arbitrariedad *afectada por los sentidos*, lo cual explica que “ésta esté a menudo en oposición [...] a la pura voluntad”, razón por la que las leyes morales “son (necesariamente) imperativos categóricos” (VI 221). En el concepto general del derecho se podría echar en falta este carácter imperativo resultante de la sensibilidad del ser humano. Inmediatamente después, al comienzo del segundo capítulo correspondiente, el parágrafo habla, sin embargo, de *obligación* (VI 230, 8) que, una vez más, en los “Conceptos previos” se caracteriza como *necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico* (V 222, 3 y ss.). A pesar de lo señalado, Kant tiene presente el carácter imperativo desde el primer momento. Por eso, en el parágrafo nueve la “persona” es, según su parecer, la esencia para la cual la moral aparece imperativamente, justamente como ser racional finito, afectado por los sentidos, y, por tanto, susceptible de tentación. Kant no plantea la pregunta de si el concepto de derecho puede prescindir del momento de la sensibilidad. Aplicada al ser racional susceptible de tentación surge la moral tanto de manera general como en el ámbito del derecho en tanto que una obligación ilimitada, la moral como el imperativo categórico universal, tanto en su forma básica de la legalidad general como también en sus tres formas secundarias: la de las leyes de la naturaleza, la de la humanidad como fin en sí mismo y la del reino de los fines.

El segundo nuevo estrato se coloca entre el primero y el segundo de los estratos de la antropología moral mencionada más arriba. Este estrato es necesario debido a la distinción entre derecho y virtud, distinción que no juega papel alguno en la *Fundamentación*. Para las dos partes hay un estrato característico: uno antropológico-jurídico y otro antropológico de la virtud. Para el estrato específico de la *Teoría del Derecho*, Kant necesita aquella ética general del derecho que él mismo desarrolla bajo el título “Introducción a la Teoría del Derecho” en los párrafos A-E. El nuevo estrato es necesario para el principio moral básico del derecho kantiano, esto es, para el primer principio de justicia: el imperativo categórico del derecho en singular, el principio, formulado como mandamiento, de la tolerancia de libertad. Tal estrato constituye la antropología del derecho en su parte general y da nombre a las condiciones bajo las cuales el derecho aparece como forma imperativa, que es característica para el ser humano. El nuevo estrato consiste en una antropología social general. En tanto que tal, tiene el grado de una filosofía social fundamental. Por parte de la teoría de la virtud le corresponde la parte general de una antropología de la virtud: en lugar de una antropología social general, ahora sería una antropología igualmente general de la persona humana que es responsable ante sí misma. El hecho antropológico-social que presupone el imperativo categórico del derecho en singular es incuestionable: los seres racionales sensibles –que son sensibles se presupone, como se ha dicho, en el concepto de obligación– actúan simultáneamente en el mismo mundo exterior. Aunque este presupuesto es de naturaleza empírica, no pone en cuestión el carácter imperativo, puesto que no tiene ningún peso legitimatorio. Si no hay una coexistencia de varios seres racionales sensibles, el objeto de los párrafos B y C, el imperativo categórico del derecho, pierde no ya su obligación, sino su aplicabilidad. (En este contexto no juega ningún papel ni el derecho privado ni el derecho público, ni tampoco la teoría de la virtud).

El tercer “estrato”, la antropología especial del derecho, pertenece al imperativo categórico del derecho en plural, o sea, a aquella ética especial del derecho que se desarrolla en dos partes, como derecho privado y como derecho público. Desde un punto de vista sistemático, este tercer estrato de la teoría del derecho se puede unificar con el segundo estrato de la antropología moral que se ha esbozado más arriba, ya que la parte jurídica específica se obtiene de elementos de la ética aplicada.

El comienzo sistemático consiste en un principio que propiamente se queda corto en la *Teoría del Derecho*: la corporalidad del ser humano y la circunstancia de que es vulnerable en su encuentro con los demás. Sólo bajo este presupuesto se puede hablar con sentido de un derecho humano al cuerpo y a la vida. Dado que, por su brevedad, Kant ya se ocupó de la teoría del derecho innato en la “Introducción a la Teoría del Derecho”, comienza la *Teoría del Derecho* con lo Mío y lo Tuyo externos. Su legitimación presupone, sin embargo, algunas especificaciones de la corporalidad y, por consiguiente, la corporalidad misma. La institución de la propiedad sólo tiene sentido porque el “ser corporal” hombre necesita un espacio vital, además de bienes, para satisfacer sus necesidades e intereses. El derecho matrimonial kantiano se remite a la sexualidad del hombre, y el derecho parental a que los neonatos son *polluelos en el nido* necesitados de ayuda, que no se han puesto a sí mismos en el estatus de indigencia.

Éste y otros elementos empíricos son indispensables para el imperativo categórico del derecho. A pesar de ello, no determinan más que sus condiciones de aplicación. Para dar forma de un modo válido y sin restricciones a las condiciones antropológicas, la obligación moral se basa, por el contrario, en un elemento metafísico, la exigencia motivacional liberada de toda experiencia.

Los tres niveles de una ética del derecho: la ética fundamental, aún inespecífica jurídicamente, la ética general y la ética especial del derecho no se diferencian por ejemplo mediante el fundamento o el grado de la obligación moral. Éste es más bien siempre el mismo. Desde una perspectiva conceptual o metaética existe un nivel más alto de obligación; desde un punto de vista criteriológico o ético-normativo se trata de la capacidad para la universalización. La diferencia reside exclusivamente en que la experiencia es cada vez más rica.

### **Teoría del Derecho, párrafos B y C**

Kant no usa la expresión “imperativo categórico del derecho”. Lo que se quiere decir con ello está, sin embargo, de actualidad. En la *Teoría del Derecho* aparece incluso de tres formas diferentes. Primero en indicativo, como concepto general del derecho (§ B), después, también en indicativo, como principio general del derecho (§ C; cf. “Apéndice”: VI 371, 20 y ss.), finalmente en forma imperativa como ley general del derecho (§ C).

A diferencia de las matemáticas, la filosofía no puede comenzar con definiciones, ésta tiene que desarrollar sus conceptos partiendo de la cosa misma. En el caso del concepto moral del derecho, o sea, el imperativo categórico del derecho, la cuestión tiene dos momentos. Según la *forma* se trata de la obligación moral, de la legitimidad, a diferencia de la validez positiva, esto es, de la legalidad (jurídica). Pues bien, el momento moral se conoce ya por la *Fundamentación* y la segunda *Crítica*. Además de esto, en la parte general de la *Metafísica de las costumbres*, en la “Introducción”, se recuerda que es considerada antes que las partes especiales, la teoría del derecho y la teoría de la virtud. Kant puede, por tanto, situar en un segundo momento, el momento *material* que corresponde a la antropología general del derecho, en la introducción jurídica específica. Son las condiciones de aplicación las que responden a la pregunta para qué es competente el derecho.

La pregunta se refiere, o bien a una competencia jurídica permitida o a una posible o, finalmente, a una necesaria. Sin hacer este tipo de distinción, Kant desarrolla una competencia necesaria de modo dogmático y sumamente conciso. Tal como se dice en la transición del derecho privado al derecho público, esta distinción se fundamenta en una “inevitable convivencia” (§ 42). La ética general del derecho, parte situada sistemáticamente delante del derecho privado y del derecho público, la desarrolla Kant en tres pasos.

El concepto moral del derecho, vinculado a una obligación que le corresponda, concierne *primeramente* “sólo a la relación externa, o sea, a la relación práctica de una persona contra otra, siempre y cuando sus acciones en tanto que hechos puedan influir las unas sobre las otras (inmediata o mediamente).” (VI 230, 9-11). En esta compleja definición hay que poner de relieve tres momentos:

a) El primer momento es válido para el conjunto de la ética. Si en la teoría del derecho se trata de una legislación externa o en la teoría de la virtud de una legislación interna, hablar de obligación moral no tiene sentido en cosas, sino exclusivamente en personas. Kant entiende por ello sujetos en plena posesión de sus facultades mentales (VI 223, 24 y ss., 32). Que hay (i) seres en plena posesión de sus facultades mentales y (ii) que el hombre pertenece a uno de ellos, tan sólo se puede saber desde la experiencia. Contrariamente a lo que indica el título del texto, los “principios” de la *Teoría del Derecho* mismos no son metafísicamente puros. Necesitan de la experiencia, en este caso del conocimiento de una invariable *conditio humana*. Dado que el hombre es capaz de pensar y hablar –de este modo

se podría completar el argumento que falta–, se le puede otorgar plena posesión de las facultades mentales y libertad de acción.

Para el concepto de derecho es igualmente importante que Kant se conforme con la plena capacidad de las facultades mentales. Mientras que el concepto de libertad de la voluntad pertenece a la virtud, el derecho se contenta con un concepto de libertad más modesto, el de la libertad de acción. Se conforma exactamente con aquel concepto negativo, el de libertad de hacer lo que se quiera, contra el cual, según el famoso reproche de Isaiah Berlin (1969: 37 y ss.), Kant se posiciona de manera hostil. La consecuencia es notable: incluso si las diversas críticas a la idea de Kant de libertad de la voluntad estuvieran justificadas, no afectarían, sin embargo, a la totalidad de la ética kantiana.

b) Aunque un ser humano puede tener también conflictos consigo mismo, un solo sujeto en plena posesión de sus facultades mentales no crea un problema jurídico. Estos no surgen –según el posterior presupuesto empírico– hasta que haya varias personas que no se encuentran los unos con los otros únicamente en una relación estética o teórica, sino más bien en una relación práctica.

c) Que la relación no sea meramente de naturaleza estética o teórica depende de otras dos condiciones empíricas. Por un lado, el mundo exterior es limitado, “el suelo es una [...] superficie que se cierra sobre sí misma” (VI 311, 23 y ss.). Por otro lado, las personas no son inteligencias puras, tienen un cuerpo, que ya por su extensión ocupa una parte del mundo que habitamos conjuntamente. Además, los seres corporales tienen necesidades e intereses, para cuya satisfacción necesitan bienes por los cuales el hombre, para conseguirlos, interviene en el mundo.

La primera condición de aplicación del derecho en su totalidad, la coexistencia práctica de sujetos en plena posesión de sus facultades mentales, consiste en el resumen de estos tres elementos. Con tal coexistencia, Kant pone de relieve lo decisivo con una claridad genial y hace superflua toda pregunta adicional. Todos los problemas adicionales –en parte antropológicos, en parte teórico-sociales o teórico-históricos– que aparecen con la disputa desencadenada en relación a Hobbes por la pregunta de por qué los hombres se influyen mutuamente, además de si la influencia es de naturaleza amistosa u hostil y cuáles son las razones de la posible hostilidad, quedan eliminados por Kant con el concepto moral del derecho. No obstante, Kant no deja simplemente de lado la experiencia en su totalidad, sino que más bien se concentra en el contenido de una antropología jurídica: una relación social inevitable por mor de las condiciones invariables de la humanidad. Al mismo tiempo, evita ese tipo de objeciones que, partiendo de la recepción temprana de Hobbes, pasando por el *Segundo tratado* de Rousseau y llegando hasta Borkenau (1834/1979) y Macpherson (1962), se han rebelado una y otra vez contra el propio Hobbes: la supuesta dependencia de las condiciones económicas y sociales de la sociedad competitiva burguesa.

Hay aún un segundo tipo de objeciones que carece de validez, aquel en el que se manifiesta que una fundamentación jurídica depende de las diferentes concepciones del ser humano. Si esto fuera cierto, el relativismo antropológico (y jurídico) tendría la última palabra, y no sería posible una fundamentación jurídica objetiva.

Según la *segunda condición de aplicación* de Kant, en el derecho no se trata “de la relación del libre albedrío con el deseo (consecuentemente, con la mera necesidad) [...], sino exclusivamente con el libre albedrío del otro” (VI 230, 12-15).

Que la *Teoría del Derecho* aluda al libre albedrío, o sea, a la libertad de acción, y no a la libertad de la voluntad, encaja con su planteamiento cuando habla de la plena posesión de las facultades mentales. Aparte de esto, si bien es cierto que es posible desear algo inalcanzable (por ejemplo, la omnipotencia o la inmortalidad), el libre albedrío concierne únicamente a aquello que se puede alcanzar de hecho mediante la acción, o al menos que se cree poder alcanzar. Dado que el derecho apunta a acciones en tanto que hechos y a su influencia recíproca –los *meros deseos*, sin embargo, permanecen en el interior–, Kant hace bien en basarse en la libertad de acción. Mundos interiores heterogéneos pueden existir de forma paralela, pero tan sólo el mundo exterior crea una ineludible obligación jurídica.

Bajo el deseo puesto entre paréntesis, Kant subsume la necesidad (230, 12f.) de felicidad y, consiguientemente, de manera implícita también su cumplimiento. Kant se opone así a la teoría utilitarista del derecho, por ejemplo a Pufendorf (1672/1934 I, I), a las *Institutiones* de Wolff y a Mendelssohn (1783/1968). Todos ellos conciben derecho y Estado como responsables de los *officia humanitatis*, o sea, de los deberes del amor al prójimo y de la solidaridad, o del “fomento de la felicidad del género humano” (Wolff en el título completo: 1736/2004, p.e.: §§ 11, 215, 227 y 476). La moral exige ciertamente preocuparse por el bienestar de los demás seres humanos. Sin embargo, para “acciones de caridad” (230, 13 y ss.) únicamente la virtud, y no ya el derecho, es, según Kant, competente.

Conforme a la *tercera* condición de aplicación kantiana, en la interacción del libre albedrío no se trata de la materia, sino exclusivamente de la forma (VI 230, 16 y ss.). El significado de esta confusa formulación se especifica mediante un ejemplo. A alguien que compra una mercancía no se le pregunta si le es provechosa. El libre albedrío reside aquí en la acción de comprar o vender, la interacción en el intercambio de mercancía y dinero, la materia del libre albedrío (vgl. 230, 16 y ss.) en el propósito que persiguen los participantes en el intercambio, y la forma de la interacción consiste en que el intercambio tiene lugar por ambas partes de forma consciente y voluntaria (“libre”: Z. 21), sin coacción ni engaño.

Que en el derecho lo decisivo no es la materia del libre albedrío, se podría intentar fundamentar con la perspectiva moral, puesto que, según Kant, la exclusión de la materia y la concentración en la forma es algo constitutivo de ella (vgl. *KpV*, §§ 2-4). Sin embargo, en contra de este intento habla el hecho de que un proceso de intercambio que tiene lugar bajo coacción no es moral. Kant usa en el parágrafo B de la *Teoría del Derecho* otro concepto de forma. La razón de esta tesis reside en el elemento pre-moral del concepto de derecho: dado que el imperativo categórico del derecho se refiere a la parte ineludible en la relación social, se puede prescindir de las intenciones, siempre y cuando no pertenezcan al tipo de acción que tiene influencia sobre otras.

Pues bien, si se vincula el segundo estrato de la *Teoría del Derecho*, el de la antropología del derecho, con su parte genuina; si se juzga por tanto la coexistencia de personas en plena posesión de sus facultades mentales según el criterio kantiano de la moral, la legalidad universal, se obtiene de este modo el concepto moral del derecho propuesto por Kant tantas veces citado: “El derecho es el conjunto de las condiciones bajo las cuales el libre albedrío de uno puede conciliarse con el libre albedrío del otro según una ley universal de la libertad” (VI 230, 24-26).

Cuando Kant habla aquí de *ley universal*, no hay que leer la parte adicional de manera explicativa. Que cada ley formulada sin nombre propio contiene un cierto grado de universalidad es demasiado evidente como para tener que ser explicada

dos veces (230, 22, 25 y ss.). Kant remite más bien a su criterio moral general, la rigurosa universalización, en la cual está presente el momento de la metafísica práctica. El concepto moral del derecho satisface así el modelo de legitimación "metafísica práctica más antropología del derecho". Aquí la metafísica se limita al elemento moral genuino: la universalización. Otros elementos metafísicos, especialmente suposiciones de una metafísica teórica, no aparecen. La metafísica contenida en el imperativo categórico del derecho es, entonces, únicamente práctica, no posee naturaleza metafísica y es, al mismo tiempo, poco problemática.

El concepto de tolerancia general en la libertad de acción tiene dos aspectos. Según su lado negativo, hay que limitar la libertad de acción de cada persona. La razón no es de naturaleza metafísica, sino empírica en un sentido amplio; de una manera más precisa, se diría que es de naturaleza antropológico-jurídica. Tan pronto como *varias* personas comparten el mismo mundo exterior, ninguna de ellas podrá exigir un espacio vital para sí misma sin limitar *ipso facto* el posible espacio vital de todas las demás. Donde hay *un* mundo y varias personas, una limitación recíproca de la libertad es, en principio, inevitable. La limitación de la libertad adquiere significación moral únicamente mediante su forma determinada. Una limitación de la libertad que siga a la ley de universalidad produce, consiguientemente, el lado positivo de la tolerancia general, a saber: la protección de la libertad. Allí donde se limita la libertad según una ley universal, la libertad es protegida de un modo general y justo.

Del *concepto* moral deduce Kant un *principio* (nuevamente moral) del derecho (§ C). Éste formula la misma disposición interna de la cosa que el concepto, pero desde otra perspectiva. En el concepto de derecho se trata del derecho objetivo; en el principio del derecho se trata del correspondiente derecho subjetivo, de la totalidad de las acciones, para las cuales, según el derecho objetivo, está autorizado (VI 230, 29-31). Este principio corresponde al criterio de los derechos humanos. El propio Kant lo expresará en la "Introducción" bajo el título "No hay más que un derecho innato": "Libertad (independencia del libre albedrío necesario de otro), siempre y cuando pueda coexistir con la libertad de otro conforme a una ley universal, es el único y originario derecho que corresponde a cada ser humano en virtud de su humanidad" (VI 237, 27-31).

Por último, Kant presenta una tercera variante para la moral del derecho: la *ley* moral general y renovada del derecho (§ D). Dado que ahora el contenido del concepto del derecho y del principio del derecho se formula como imperativo, se trata finalmente del exacto imperativo categórico del derecho: "actúa exclusivamente de tal modo que el uso libre de tu libre albedrío pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal" (VI 231, 10-12). Puesto que, naturalmente, este asunto, la compatibilidad entre libertad de acción según una ley universal, es abordado ya en el concepto y en el principio del derecho, éstos pueden tener validez también (sólo en la modalidad modificada) como formulaciones del imperativo categórico del derecho.

### La ética del derecho como teoría fundamental de la sociedad

Los filósofos de la posmodernidad defienden frecuentemente un pluralismo radical que considera legítimos diversos estilos de vida y formas sociales muy variadas. Los argumentos a favor de la pluralidad no es preciso repetirlos aquí. La pregunta es, sin embargo, hasta dónde llega la pluralidad. ¿Puede ser realmente radical, esto es, llegar hasta las raíces? Sobre este asunto el imperativo categórico despierta el escepticismo.

Para que la pluralidad no sea meramente observada, sino que también pueda ser vivida, se presupone un derecho de las diferentes personas y grupos a vivir cada uno a su modo. Es precisamente para este derecho por lo que el imperativo categórico del derecho formula un patrón de medida: *cada persona y cada grupo tiene derecho a su propia idiosincrasia, incluso a su obstinación*, presuponiendo que el derecho es recíproco y tiene validez para cada uno en la misma medida. El imperativo categórico del derecho se basa entonces en una valoración moral y metafísica en sentido práctico mediante la interacción de consideraciones antropológicas. Ambas caras, tanto la antropología como la metafísica práctica, designan una unidad y universalidad que una teoría de la pluralidad radical no puede pensar.

A menudo se teme de ambas caras, de los elementos antropológicos así como de los metafísicos, que distingan determinadas formas de vida de otras de manera ilegítima. Para los elementos antropológicos y metafísicos, cuya mediación da como resultado el imperativo categórico del derecho, eso no es aplicable. En lugar de eso, con tales elementos se dan a conocer condiciones sin cuyo reconocimiento la deseada pluralidad no es viable. Con este resultado, la ética de Kant alcanza un significado mayor del que normalmente se le otorga. Mientras que a un principio moral se le asigna normalmente una tarea normalizadora, el imperativo categórico del derecho adopta adicionalmente una tarea jurídica constituyente. Y es que este imperativo contiene el requisito de dar forma a la coexistencia humana de forma jurídica. En consecuencia, una ética kantiana del derecho es mucho más que una ética social parcial. Tiene el rango de una disciplina fundamental de la sociedad.

Dentro de su marco, un primer argumento, metafísico en sentido estricto, aborda el concepto moral del derecho como imperativo categórico y como concepto racional puro respecto a su obligación. El segundo argumento transcendental muestra que el mundo social sólo se puede constituir como mundo objetivamente válido mediante el imperativo categórico del derecho. Mas no se trata de la objetividad que nos ha sido confiada, la teórica, sino de una objetividad práctica, es decir, no se trata de la verdad sobre un mundo natural de objetos, sino de la justicia de un mundo que se origina en la convivencia humana. En el argumento metafísico se define un contrapunto para la cultura empírica del derecho, dominante en la actualidad: establecer una coacción jurídica entre los hombres es, en principio, moralmente legítimo; más aún: para posibilitar la libertad de acción a cada ser humano es moralmente necesario fundar relaciones jurídicas autorizadas a la coacción.

## Bibliografía

BERLIN, I. (1969), "Two Concepts of Liberty", en BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, University Press, Oxford.

BORKNAU, F. (1973[1934]), *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild. Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

FULDA, H.F. (2006), "Notwendigkeit des Rechts unter Voraussetzung des Kategorischen Imperativs der Sittlichkeit", *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Erlangen.

HEGEL, G.W.F. (1970), "Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften" (1802/03), *Werke in 20 Bänden*, Suhrkamp, Frankfurt/M.

HÖFFE, O. (1995), *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt/M.

HÖFFE, O. (2002), *Categorical Principles of Law. A Counterpoint to Modernity*, State University Press, Pennsylvania.

HÖFFE, O. (2007), *Lebenskunst und Moral. Oder Macht Tugend Glücklich?*, C.H. Beck, Múnich.

HÖFFE, O. (2009), *Can Virtue Make Us Happy?: The Art of Living and Morality*, Northwestern University Press, Evanston.

MACPHERSON, C.B. (1962), *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, London/Oxford/New York, Oxford University Press, Oxford/Londres.

MACPHERSON, C.B. (1973), *Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke*, Suhrkamp, Frankfurt/M.

MENDELSSOHN, M. (1968[1783]), *Jerusalem oder über die religiöse Macht und Judenthum*, Bruselas.

PUFENDORF, S. (1934[1962]), *De iure naturae et gentium*, en OLDFATHER, C.H. (ed.), Clarendon Press, Oxford.

SCHELER, M. (1966), *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, Francke, Bern/Múnich.

WOLFF, C. (1750), *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, Halle.

WOLFF, C. (1754), *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle.

WOLFF, C. (2004[1736]), *Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen: "Deutsche Politik"*, HOFMANN, H. (ed.), Beck, Múnich.

## ¿Qué democracia en red?\*

Ermanno Vitale

Università della Valle d'Aosta

[e.vitale@univda.it](mailto:e.vitale@univda.it)

### Resumen

La primera parte de este paper es la introducción a un seminario internacional que tuvo lugar en Aosta (Italia) en junio de 2012, titulado "Democracy in the net or on the Net". Según Vitale, es ineludible plantearse si, al menos parcialmente, las ICT pueden ayudar a mejorar la calidad de nuestras democracias. Propone, por tanto, siguiendo la reflexión de Bobbio sobre las reglas del método democrático, someter la llamada "democracia electrónica", o democracia a través de la red, a un doble test. El primero consiste en comprobar si ella contribuye a reducir, o no, la distancia entre el ideal y la realidad de las democracias; el segundo consiste en valorar si en ella se cumplen los parámetros esenciales que permiten calificar un régimen político como democrático. La segunda parte del paper toma en consideración algunas de las ponencias de ese mismo congreso, publicadas más tarde en el número III de "Teoria politica". El resultado que se desprende de su análisis parece indicar que, con respecto a la satisfacción de los requisitos mínimos exigidos por Bobbio, las ICT no ofrecen, por el momento, resultados particularmente significativos.

17

### Palabras clave

Democracia (representativa y participativa), Tecnologías de la información y la comunicación, movimientos de protesta.

## What Kind of Democracy in the Net?

### Abstract

The first part of this paper is the introduction to an international seminar held at Aosta (Italy) on June 2012 under the title of *Democracy in the Net or on the Net*. According to the author, it is unavoidable to set out, at least partially, if ICTs can help to improve the quality of our democracies. So, following the reflections of Bobbio about democratic method's rules, he suggests to submit the so called "electronic democracy" or democracy through the Net to a double test. The first one consists on testing if e-democracy helps to reduce the gap between the ideal and the reality of democracies. The second one consists on evaluating if e-democracy fulfills the essential parameters that allow describing itself as a democratic regime. The second part of the paper analyses some works presented at the seminar and published at the third issue of *Teoria politica*. According to Bobbio's minimum requirements for democracy, the result seems to indicate that ICTs do not offer interesting results.

### Keywords

Democracy (representative and participative, Information and Communication Technologies (ICT), Protest Movements

\* Traducido por Andrea Greppi

Recibido: 25 de noviembre de 2012

Aceptado: 26 de julio de 2013

Este trabajo contiene algunas reflexiones sobre el tema de las últimas "transformaciones" -es el término que Bobbio utilizaba en 1984 al interrogarse sobre el futuro de la democracia- que han tenido lugar en las dos últimas décadas<sup>1</sup>. En efecto, me parece indiscutible que una de las transformaciones más llamativas está en el impacto, real o aparente, deseable o preocupante -esto es, precisamente, lo que me propongo debatir- de las llamadas "nuevas tecnologías" (permítidme que utilice este término genérico e, imagino, ya obsoleto) sobre la democracia representativa que hemos conocido en la segunda mitad del siglo XX. Tanto en los países en los que la democracia representativa ha sido, en mayor o menor grado, una realidad, como en aquellos en los que, a día de hoy, sigue siendo una aspiración (pero, ¿realmente lo es?). Mi deseo es que la reflexión iniciada en el presente trabajo pueda tener continuidad en el futuro ampliando y deteniéndose en los múltiples y específicos aspectos de la relación entre la democracia y la "red".

Como se habrá intuido desde mis primeras palabras, los filósofos se sienten intrigados por las transformaciones del mundo, en particular, las del mundo político y social, pero al mismo tiempo se muestran cautelosos, casi recelosos, ante los fenómenos que se presentan, y a menudo se auto-representan, como novedades absolutas. Por decirlo en el léxico de la filosofía clásica, hay una atención por el devenir, pero al mismo tiempo un fuerte anclaje en el "ser". Dejando al margen las adherencias metafísicas que acompañan a estos términos, ello significa que en la perspectiva filosófica la mirada recae más sobre las transformaciones de largo alcance, que constituyen auténticas líneas de fractura histórico-cultural, que no sobre las variaciones vinculadas a contextos o contingencias específicas. Bobbio nos ha enseñado a considerar y a explorar los "temas recurrentes" de la filosofía política subrayando la doble oportunidad (¿la necesidad?) de escapar tanto al eterno retorno de lo idéntico como a la furia de lo que se pierde por el camino -esto es, tanto a la retórica de un mundo siempre igual a sí mismo como a la de los presuntos "cambios históricos" que se suceden sin cesar.

Sólo un sobrio y paciente trabajo analítico permitirá identificar, en el *continuum* histórico, lo permanente y lo cambiante, las lentas y a menudo contradictorias transformaciones y las escasas, escasísimas "mutaciones paradigmáticas" auténticas, en las que se manifiesta, de manera problemática, una "revolución copernicana" en el pensamiento y una gran ruptura histórica. Por poner un solo ejemplo, que nos aproxima a nuestro tema, me limito a recordar que la celeberrima oración que Tucídides pone en boca de Pericles contiene un elogio de la democracia que contiene elementos diversos, los cuales anticipan las condiciones y precondiciones *latu sensu* liberales y socialistas que acabarían caracterizando a la democracia de los modernos. Pero ello no significa ni que la distinción entre democracia de los antiguos y de los modernos carezca por completo de sentido, ni que la democracia ateniense del tiempo de Pericles fuera tal como se describe en la oración, ni que toda la teoría democrática -desde Rousseau hasta nuestros días- pueda ser considerada como una simple reconsideración y articulación de un antiguo núcleo de ideas.

<sup>1</sup> Han pasado exactamente dos años desde el seminario aostano -organizado en colaboración con la unidad de investigación turinesa- titulado "La democrazia dopo la democrazia. Trent'anni di trasformazioni" (28-29 de junio de 2010). Aquel encuentro abría la serie de encuentros pensados como ocasiones de intercambio y auténtico trabajo en común entre los investigadores que participaban en el PRIN 2008 (provenientes de las Universidades de Turín y de Aosta, pero también de Bari, Sassari, Trieste) y lo hacía retomando el título general, precisamente "La democrazia dopo la democrazia". El seminario coincidía con el XXX seminario de Filosofía política coordinado por R. Bodei y M. Bovero y fue una de las ocasiones en las que fue madurando la decisión de relanzar la revista "Teoria politica", convirtiéndola de una revista estrictamente "turinesa" en una revista internacional, de cadencia anual, publicada en cinco lenguas distintas.

Si me he expuesto al riesgo de la obviedad subrayando esta especie de *caveat metodológico* -que quizá sea, al mismo tiempo, una actitud (¿un prejuicio?) cultural y una disposición moral- es porque creo advertir cierta inclinación maniquea en el debate sobre las mutaciones sociopolíticas derivadas de las nuevas posibilidades comunicativas asociadas a la rapidísima y casi incontenible evolución de las tecnologías y de las llamadas "redes sociales". Entre otras cosas, si esto es cierto, ello quiere decir que, al menos desde el punto de vista filosófico, y en particular de la filosofía política, merece la pena reconsiderar el debate, por más que en los últimos quince o veinte años haya ido surgiendo una extensa (y a menudo monótona) literatura sobre la "democracia electrónica".

Hablabía de cierto grado de maniqueísmo. De un lado, los ciber-pesimistas temen -pero, en realidad, dan prácticamente por descontado- que este desarrollo generará un sistema de control y homologación de los individuos, en manos de reducidísimas oligarquías, mucho más eficiente y capilar de lo que cualquier forma anterior de monarquía absoluta o de régimen totalitario se hubiera atrevido a desear, con el consiguiente definitivo vaciamiento interno de los procedimientos de la democracia representativa, la cual precisa cuando menos un mínimo destello de responsabilidad moral y política por parte de los ciudadanos; de otro lado, los ciber-optimistas afirman con certeza que las redes sociales se convertirán en el lugar y el medio para una democracia realmente participativa, capaz de ir mucho más allá de las cándidas expectativas de la democracia deliberativa habermasiana, que en el fondo no pretendían sino complementar los procedimientos de la democracia representativa atribuyéndole a la esfera pública un mayor papel en la interacción con la esfera propiamente político-institucional.

El día que haya quedado atrás la última generación del *Homo videns*, por decirlo con la expresión que da título a un afortunado libro de Sartori, formada por pasivos consumidores de un medio de comunicación tan extendido como unidireccional, los nuevos ciudadanos del futuro, que podrán servirse de medios de comunicación que les inviten, y casi les fuercen a la interactividad, serán realmente, por vez primera en la historia, ciudadanos como los que imaginaba Pericles en su oración, libres en su ámbito privado de practicar el estilo de vida que más les agrada pero, al mismo tiempo responsables, informados y competentes para decidir directamente sobre las cuestiones públicas de la colectividad a la que pertenecen. En definitiva, estamos a punto de recuperar a un hombre capaz de ser algo más que un *animal laborans* u *homo faber*, un hombre capaz de practicar en comunidad la *vita activa*, en el sentido requerido por Hannah Arendt, el único verdadero antídoto contra las pulsiones autoritarias, tecnocráticas y totalitarias que en todo momento acechan a la modernidad política. Un colega mexicano, que sin duda pertenece al partido de los optimistas, me anunciaba recientemente cuál es la fecha, relativamente cercana, de esta ulterior mutación antropológica: el año 2025 (lo cual, sin lugar a dudas, nada tiene que ver con los mucho más sombríos pronósticos atribuidos a los Mayas).

La ironía -muy poco imparcial, lo reconozco- a la que he recurrido para dibujar estas dos posiciones revela no tanto mi adscripción al partido de los pesimistas, como mi sincero deseo de encontrar buenos argumentos para sumarme al partido de los optimistas. O, cuando menos, para deshacerme de posibles prejuicios. Por el momento, lo que me sugiere mi limitada experiencia es que, en efecto, es cierto que hay una transformación socio-antropológica en curso, relacionada con las ICT, aunque no sabría precisar ni su intensidad ni su profundidad. Desordenadamente -o, si preferís, rapsódicamente- me parece que han cambiado o se han vuelto más inciertas las coordenadas de espacio-tiempo en las que todos nosotros nos desenvolvemos y mediante las cuales nos relacionamos; en

consecuencia, me parece también que las funciones de la memoria y la reflexión están cambiando, de la misma manera que las fronteras entre la verdad (fáctica) y la mentira se han vuelto todavía más difusas, y que incluso la gestión de la esfera afectiva y emotiva está implicada en estos procesos.

No recurriré a banales ejemplos de la vida cotidiana para reforzar estas impresiones. Y, por lo demás, tampoco sería conveniente ampliar en exceso el campo de investigación, proponiendo cuestiones que Wittgenstein censuraría como científicamente inadecuadas. No obstante, no me parece del todo banal constatar que las jóvenes generaciones nacidas en el mundo ICT -que es algo distinto a haberse familiarizado con ellas con esfuerzo, por necesidad, porque en este caso no se produce un cambio tangible en las coordenadas cognitivas y emotivas- forman ya y formarán en proporción cada vez mayor la ciudadanía de las frágiles democracias formales (y quizás ya solamente aparentes) que el pasado siglo XX nos ha dejado en herencia. Me pregunto, en definitiva, si y qué grado de compatibilidad podrá haber entre la formación y la personalidad de estos seres humanos -que posiblemente en breve tendrán que enfrentarse a los avances de la robótica, que está entrando en la dimensión de lo cotidiano hasta el punto de poner en crisis la definición misma del ser humano- y las formas de la democracia representativa elaboradas y teorizadas en aquél siglo por Schumpeter o Sartori, Kelsen o Bobbio, por mencionar tan solo algunos nombres.

Para escapar al vértigo que provoca pensamientos como estos, acotemos inmediatamente el campo y volvamos a la pregunta, ya suficientemente complicada, de la relación entre la “red” y la democracia, esto es, si la red es realmente la nueva frontera de la democracia y su posibilidad de difusión planetaria o si, por el contrario, ella no es más que la última de sus trampas y –quizás- la definitiva. Ya en 1987, cuando el potencial de las ICTs estaban todavía en buena medida por descubrir, Bobbio aludía a ellas en un artículo publicado en TP y que llevaba por título *La democrazia dei moderni paragonata a quelli degli antichi (e a quella dei posteri)*. Obviamente, la referencia, necesariamente breve, aparecía en las conclusiones, en el momento en que afrontaba, con toda la cautela que le imponía la distinción, siempre presente, entre el filósofo y el profeta, el tema de la democracia de nuestros descendientes: “Respecto a las dos diferencias fundamentales entre democracia de los antiguos y de los modernos [directa vs. representativa; juicio axiológicamente negativo vs. positivo], es posible *tímidamente* prever que la democracia del futuro seguirá disfrutando del mismo juicio de valor positivo que tiene la segunda, aunque recuperando en parte, por la extensión de los espacios de la democracia directa, que la difusión de las calculadoras electrónicas han hecho posible, a la primera”.

20

Por tanto, a pesar de la doble cautela contenida en el adverbio “tímidamente”, y en la locución “en parte”, encontramos en estas palabras una invitación a confiar en la perspectiva de que las “calculadoras electrónicas” puedan ofrecer en el próximo futuro una razonable y deseable síntesis entre la democracia de los antiguos y la de los modernos. A una distancia de veinticinco años, no parece que este tímido pronóstico se haya cumplido. Por el momento, lo que las transformaciones de la democracia han traído está mucho más cerca de lo que el propio Bobbio sostenía en su ensayo *Il futuro della democrazia* (1984), donde con realismo, aunque no sin una punta de amargura, constataba que “el pensamiento liberal y democrático de un Locke, de un Rousseau, de un Tocqueville, de un Bentham y de John Stuart Mill se ha convertido en la acción de ... (pongan Ustedes el nombre que les parezca, no os resultará difícil encontrar uno)”. Hoy, añado por mi parte, es todavía más fácil que en 1984 encontrar nombres que expresen la degradación de los “nobles ideales” a la “cruda materia” de las democracias constitucionales. En vista de ello, es posible que sea todavía demasiado pronto para

afirmar que este tipo de confianza en las “calculadoras electrónicas” resulta equivocada, pero existe una duda razonable de la que no va a ser fácil deshacerse.

Para dar un paso en esta dirección, y comprender si al menos en parte las ICT pueden ayudar a mejorar la calidad de nuestras democracias, propongo con similar timidez someter la llamada “democracia electrónica”, o democracia por medio de la red, a un doble test. El primero consiste en comprobar si con ella se reduce o se amplía la distancia entre el ideal y la realidad de nuestras democracias; el segundo consiste en valorar si con ella se cumplen los parámetros esenciales que permiten definir un régimen político como una democracia.

Por lo que respecta al primer aspecto, retomo una vez más, de forma explícita, las bien conocidas “promesas no mantenidas” de la democracia, a las que hay que añadir los que Bobbio consideraba obstáculos no previstos o sobrevenidos a causa de las transformaciones que, en paralelo con las de los regímenes democráticos, experimentaban las “sociedades civiles” subyacentes. Me limito a recordarlas de forma extremadamente resumida: 1. La sociedad moderna como sociedad pluralista, fundamentalmente en el sentido de la poliarquía, la pluralidad de centros de poder, que desplaza el modelo de una sociedad democrática centrípeta, sin organizaciones o cuerpos intermedios interpuestos entre el ciudadano y el Estado; 2. El retorno de los intereses particulares, asociado al retorno del mandato imperativo; 3. La persistencia de las oligarquías; 4. La limitación del espacio de la democracia, que no ha llegado a tomar pie en la empresa y en el aparato administrativo, de manera que es legítimo hablar de un proceso de democratización interrumpido; 5. El poder invisible, los *arcana imperii* que la democracia en cuanto poder público en público habría debido derrotar, mientras en la práctica convive con una pluralidad de poderes fundados en la opacidad y el secreto; 6. La fallida educación de la ciudadanía que, en opinión de los nobles padres de la democracia, habría debido seguirse, casi necesariamente, del ejercicio universal de los derechos políticos, y que hoy resulta ser algo más que una “ausencia”: es lo más parecido a una deliberada perversa educación a la inversa, que busca la infantilización de los adultos obtenida precisamente con los medios que deberían servir para informarnos y darnos la capacidad para decidir.

Todos los obstáculos no previstos derivan de la articulación -de la complejidad, como a menudo se dice- de las sociedades democráticas. De ello deriva, en primer lugar, que también las decisiones públicas sean complejas, y precisen competencias específicas, de manera que “la exigencia del llamado gobierno de los técnicos ha crecido de forma exponencial”; en segundo lugar, esto ha producido un aumento del aparato burocrático -tanto público como privado, me permito agregar-, esto es, de unas estructuras que se ordenan jerárquica y no democráticamente; en tercer lugar, Bobbio señalaba el obstáculo del escaso rendimiento de las democracias, debido a la sobrecarga de demandas y las presiones que ciudadanos y asociaciones dirigen al sistema político y, en particular, al gobierno.

Por lo que respecta al segundo aspecto -el test sobre los criterios mínimos para definir como democrático un régimen político-, el punto de referencia está en los llamados “universales procedimentales” de la democracia. Los recuerdo suintamente:

- a. Todos los ciudadanos mayores de edad, sin discriminación alguna, deben disponer de derechos políticos;
- b. Todos los votos tienen que tener el mismo peso;

- c. Es preciso poder votar siguiendo la propia opinión formada libremente a través de una libre competición entre grupos políticos que estén realmente en competencia entre sí, esto es, que ofrezcan programas políticos realmente diferentes y alternativos;
- d. En la elección y la toma de decisiones colectivas vale la regla de la mayoría numérica;
- e. Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de las minorías y, en particular, el derecho de convertirse a su vez en mayoría a paridad de condiciones.

¿La democracia a través de la red sabrá mantener, al menos en parte, las promesas que la democracia del siglo XX no supo ni pudo mantener? ¿Sabrá superar los obstáculos, imprevistos e imprevisibles, en los que tropezaron los régimenes democráticos y que les llevaron al callejón sin salida de la sumisión a los poderes salvajes de la economía financiera y del sistema mediático, o al revés, caerá aún más fácilmente en su red? Pero, sobre todo, ¿sabrá satisfacer los criterios mínimos considerados por Bobbio como universales procedimentales de la democracia, de *cualquier* democracia practicable y deseable?

En un debate tan amplio y en continua evolución parece conveniente refugiarse en la *epoché*, la suspensión del juicio. Me gustaría, sin embargo, fijarme en una experiencia personal, casi cotidiana y supongo que bastante común, como firmante de llamamientos y peticiones en red. Decido suscribirlos cuando la causa me parece noble, pero son contadas las ocasiones en las que puedo afirmar, conscientemente, que conozco a fondo su contenido, así como la seriedad de sus promotores. Me refugio en la idea -pero puedo equivocarme- de que el peso de mi firma es prácticamente nulo y que, por tanto, un posible desliz no va a tener consecuencias enormes; como mucho, podrá tener una modesta repercusión sobre mi reputación.

Dicho de otro modo, me abandoño, casi completamente, a la ética de la convicción. Pero, ¿no se decía que la política era precisamente el campo privilegiado de la ética de las consecuencias?

### ***Las respuestas del seminario***

La sección de “Teoria politica”, III, 2013, titulada “La democrazia nella rete?”, en la que se han reunido una parte de las intervenciones en el seminario aostano, ha efectivamente intentado responder -aunque de manera indirecta, como es obvio- a las inquietudes de quien escribe. Se ha puesto en evidencia un abanico de opciones útiles, a mi juicio, para dar continuidad al debate sobre la relación que existe (o no existe) entre democracia e ICT.

Me detendré, en particular, en las aportaciones de Durante, Bobba, Greppi y Ziccardi. Massimo Durante, después de haber acertadamente señalado al lector el hecho de que Internet no es una estructura perfectamente definida, sino más bien un continuo proceso de transformación, que por cierto se encuentra en cohabitación y en competencia con otros sistemas de comunicación e información, reduce a tres las formas de la llamada “democracia digital”: democracia digital sustancial, democracia digital formal o *by design* y democracia digital informacional. En todos estos casos, precisa Durante, estos no son intentos de redefinición teórica de la democracia, sino de destacar las aportaciones que podrían ofrecer las ICT para la realización de los ideales democráticos.

ESTUDIOS

La primera se caracteriza por la idea de *empowerment*, esto por la afirmación de que a través de las ICT nuevos sujetos que hasta el momento quedaban al margen del proceso de decisión pueden finalmente entrar seriamente en el juego democrático, no solo a través de las nuevas posibilidades de contribuir a la formación de la opinión pública, sino también mediante las nuevas formas de presión y representación que la web ofrece. Aquí la ventaja estaría evidentemente en la extensión de la clase de sujetos que efectivamente tienen acceso a la participación democrática. La segunda forma -*by design*- considera que las ICT implican no tanto que se pueda impedir la formación de “nuevos poderes” o la aparición de nuevos sujetos, como la creación de mejores condiciones infraestructurales mediante las cuales pueda vehicularse el consenso que legitima el ejercicio del poder político dentro de sus límites constitucionales. Finalmente, la tercera forma -la democracia digital informacional- apunta a la construcción de una “infosfera”, un mundo de informaciones que influencia de manera significativa los juicios y las opciones (online y offline) de quienes forman parte de ella, lo cual en un futuro previsible y ya muy cercano equivale a decir de todos. Asistiríamos así a la centralidad también política de un “hábitat informacional” en el que, en el fondo, los propios procedimientos democráticos no serían más que una de sus dimensiones superestructurales, mientras que la estructura está formada por quien produce, gestiona e intercambia la información y determina su relevancia, esto es, por las nuevas formas emergentes de capitalismo informativo y tecnológico.

23

Especialmente desde el lado de los partidarios de la democracia digital sustantiva podría objetarse, o en todo caso añadir, que hoy la red es también un espacio de generación de contenidos por parte de los usuarios, y que por tanto no existen, o no existen solamente, los amos de la Infosfera. Durante (2013: 57) observa, sin embargo, que si se aprecia el fenómeno en su conjunto lo que predomina es que “la política y, con ella, la democracia, queda apresada en el círculo de la seducción en el mismo instante en el que, deslizándose por la pendiente resbaladiza de la seducción del público (que transforma al pueblo en lo popular [la cultura popular, el discurso popular, los ejemplos populares, etc.], lo popular en la popularidad [donde se mide la concentración del capital de atención], y la popularidad en populismo [que de ese capital representa el ejercicio concreto]), empieza a resultar cada vez más difícil, e incluso imposible, la producción de lo que podríamos llamar lo impopular, y que hoy en día es un recurso crucial para la vida política de una democracia”. Lo impopular es sobre todo el disenso, la cultura crítica, la aceptación pública de responsabilidades; lo popular es la mayoría moral, la trivialidad, la opinión y las creencias difusas que en parte se retroalimentan y en parte son alimentadas por esas élites que se aprovechan del populismo para eludir o declarar superados los procedimientos del estado democrático de derecho. También en la red, por tanto, lo impopular es residual: y, por añadidura, un error de perspectiva podría hacer creer –imaginar- a cada usuario-productor de contenidos “impopulares” que se encuentra en el centro de esa revolución deseada que está a punto ya de realizarse, pues lo pocos activos, en la red, pueden fácilmente caer en la ilusión de ser muchos.

Cabría todavía replicar que tanto los gobiernos democráticos como los movimientos de protesta e información alternativa consideran la red como un instrumento importante, cuando no imprescindible, de su actividad. Giuliano Bobba (2013: 83), estudiando los casos del gobierno USA, de los Indignados y Occupy Wall Street, de Wikileaks, llega a las siguientes consideraciones finales, de las que se desprende que la red no ofrece, al menos por el momento, una teoría de la democracia mejor o alternativa a las que existían antes de la aparición de la red: “De las fuentes analizadas emerge que la práctica totalidad de las demandas no tiene incidencia sobre los equilibrios democráticos, sino que se centra sobre problemas de

naturaleza política que tienen cabida a pleno título en el recinto de la democracia representativa tal como se entendía tradicionalmente. El Presidente americano, aunque hace gala retóricamente del tema de la inclusión y la colaboración entre gobernantes y gobernados, no tiene como objetivo definir nuevas formas de *decisión* o *policy making*, alternativas al actual sistema de gobierno. El objetivo de su Opengov es reforzar a unos mediadores políticos que han ido volviéndose cada vez más débiles, favoreciendo la confianza en los partidos y las instituciones y revitalizando de ese modo los mecanismos de la democracia representativa. Aunque con matices, una reflexión similar vale también en los otros dos casos. En efecto, en el movimiento de los Indignados y de OWS, a pesar de que la democracia participativa aparece de forma recurrente en sus reivindicaciones, el uso que se hace de ella es a menudo retórico [...] Igualmente las acciones y reivindicaciones de WikiLeaks pretenden reforzar esos sistemas de pesos y contrapesos que garantizan el funcionamiento regular de los regímenes democráticos, asegurando, gracias a la web, un control difuso de los gobernados sobre los gobernantes, y sosteniendo el papel de *watchdog* de la prensa”.

Gobiernos democráticos y movimientos de protesta coinciden así, para Bobba, en una apuesta retórica por la participación, a la que no corresponde ningún proceso real de participación difusa. Con el matiz que -a diferencia de Obama que, probablemente, alcanza el objetivo perseguido: crear en los ciudadanos la ilusión de poder participar en el proceso de *decision making*, al tiempo que los espía a través del control sistemático de las comunicaciones en red con el pretexto de la seguridad nacional- los movimientos de protesta no pasan de ser víctimas de un proceso de autoengaño, de ese error de perspectiva al que nos referíamos más arriba.

Esa misma transparencia a la que alude Bobba -y por la que tanto aprecio tienen Assange y los demás “héroes” que, como Manning y Snowden, ponen al descubierto los *arcana imperii* de la oxímórica razón de estado democrática, los contenidos de documentos *top secret* que revelan la consciente violación de los derechos humanos más elementales, esto es, de esos mismos derechos que deberían ser su mejor seña de identidad- es el objeto central del ensayo de Andrea Greppi. A lo largo de un recorrido por los clásicos del pensamiento político, Greppi se pregunta en qué consiste en realidad la transparencia, esto es, si tiene o no un significado único y si constituye un valor primario. Y, por consiguiente, si las ICT están al servicio de (qué clase de) transparencia, y si constituyen en cuanto tales el vehículo de una democracia mejor, que nos aproxime al cumplimiento de la promesa de ser, como decía Bobbio, el régimen político del “poder público en público”.

Del recorrido por los clásicos se desprende que la transparencia puede consistir tanto en la posibilidad de verlo todo tal como sucede -es la imagen de la democracia como palacio de cristal-, como en la posibilidad de volver transparente, y por tanto invisible, la acción. Quien es transparente en el sentido de invisible puede -como Giges después de encontrar el anillo mágico- violar cualquier norma sin ser sancionado. De la ambivalencia de la noción de transparencia se siguen, una vez más, conclusiones que no son particularmente alentadoras. Las ICT pueden convertirse en una especie de anillo de Giges, que favorece la transparencia como invisibilidad. Afirma Greppi (2013: 134): “queda claro que la transparencia es un valor derivado, un principio que no puede dar cuenta ni de sus fines ni de sus condiciones de éxito. Sus límites vienen dados por las condiciones pragmáticas del entorno en que se pretenden establecer formas de comunicación transparente, sea cual sea la tecnología utilizada. En particular, habrá que conocer la manera en que la nueva estructura comunicativa de la sociedad-red condiciona los procesos de formación de la opinión del ciudadano, la cual, arrastrada por la revolución tecnológica en curso, parece destinada a volverse cada día más volátil,

irresponsable e irreflexiva, atrapada por el imperio de la imagen, en un medio caracterizado por modalidades de comunicación que favorecen la sistemática desinformación y subinformación. El ciudadano apresado en la red, enteramente dependiente de ella, solo frente a su pantalla, incapaz de fijar la atención en la sucesión de ventanas que pasan delante de sus ojos, queda desprovisto tanto de recursos para elaborar la ansiedad, como de estímulos para administrar la sobrecarga informativa a la que está expuesto. Nos enfrentamos, como bien puede verse, a una situación en la que se produce una desconocida atomización de la esfera pública, como parte de un proceso de incontenible desintermediación de los procesos de comunicación política y, en consecuencia, de acelerada concentración del poder en los nodos informacionales del sistema”.

La posición que mejor sintoniza con el poder liberador de las ICT, definidas explícitamente como *liberation technologies*, capaces de dar vida a formas de activismo político y de disidencia digital que puedan oponerse con relativa eficacia a los regímenes autoritarios y que promueven la participación de nuevos actores, es la expuesta en el bello ensayo de Giovanni Ziccardi (2013: 149). Para mi sorpresa, tras un análisis articulado y pormenorizado, afirma, con una perentoriedad y una determinación que francamente veo como el fruto de un exceso de optimismo de la voluntad, que el futuro de las *liberation technologies* y del mejor *hacking* es de color de rosa: “El futuro resultará cada vez más interesante en el mundo del *hacking*. El sueño de una transparencia absoluta se está cumpliendo, a pesar de las numerosas dificultades que conlleva, también en el campo de la seguridad pública y nacional, que deberán ser afrontadas y superadas y que están generando ya útiles anticuerpos en los usuarios y en el tejido social. Asistiremos a un desplazamiento cada vez mayor de las actividades, también de carácter político, hacia abajo, a pesar de que gran parte de las instituciones siga siendo reacia a abrirse a una transparencia real en los procedimientos consultivos internos”.

25

Además de las consideraciones de Greppi sobre las ambigüedades (¿las transparencias?) de la transparencia como valor absoluto, hay al menos tres buenas razones para mantener la perplejidad ante una afirmación como la que se acaba de reproducir, que tiene el aire de un acto de fe laico. La primera y más banal es que, como se desprende de la lectura del ensayo mismo de Ziccardi, no es en absoluto descontado que la victoria en la partida de la transparencia vaya a caer del lado de las *liberation technologies* y de los activistas digitales. Tanto en el plano jurídico como en el tecnológico, los estados, autocráticos y democráticos, disponen de eficaces medios de control y de defensa de los *arcana imperii*: están por tanto en condiciones, por así decir, de desvelar a los desveladores y de castigarlos duramente. Si nos quedamos en este plano, da la impresión de estar jugando a policías y ladrones, pues las distintas jugadas pueden ir sucediéndose al infinito. Si acaso, me pregunto, el problema del “poder invisible” ha de ser afrontado en el plano cultural, mejorando la calidad de nuestras democracias e intentando transformar el círculo vicioso de la comunicación política gobernantes-gobernados en un círculo virtuoso, o un poco menos vicioso. La creencia en que, por sí misma, la tecnología consigue modificar la ética, y la ética pública en particular, es tan recurrente como ilusoria.

La segunda razón es que la liberación, gracias también a las ICT, frente a formas de opresión no coincide necesariamente con el acceso a la democracia -y, más aún, a la democracia participativa- y con el respeto de los derechos fundamentales. Organizar eficazmente (económicamente) la protesta no significa automáticamente crear un mundo nuevo, tanto porque entre los propios activistas digitales no puede darse por descontado el acuerdo sobre la forma que debería llegar a tener este mundo nuevo, como porque la sociedad *offline* parece oponer

cierta tenaz, y si se quiere obtusa, resistencia a las vanguardias de resistentes digitales. De este modo, se combaten sacrosantas batallas a favor de la libertad personal y la democracia y luego se descubre que, una vez derrocado el régimen tiránico, acaban prevaleciendo fuerzas abiertamente oscurantistas... Esta es la lección que, a mi juicio, nos están dejando las llamadas “primaveras árabes”.

La tercera razón es que, de nuevo, *hacking* y *liberation technologies* por el momento no han proporcionado todavía ninguna aportación relevante a la renovación de la teoría de la democracia. Sin la capacidad de elaborar modelos teóricos convincentes el mundo nuevo que se espera no pasa de ser un vago y rabioso anhelo de superación del malestar presente. Un anhelo que, lamentablemente, produce aquí y allá alguna efímera revuelta, pero que muy difícilmente llegará a producir una revolución capaz de instaurar un “mundo nuevo”, como quiera que sea, esto es, una transformación radical con relevancia socio-económica, institucional y política.

Puede que mi perplejidad derive de una insuficiente capacidad de visión, de penetración con la imaginación en el futuro a medio y largo plazo. Pero las preguntas de Bobbio sobre los requisitos mínimos de una democracia, de cualquier democracia, pues éste era nuestro punto de partida, siguen estando ahí, y siguen resultando, a un mismo tiempo, ineludibles e insatisfechas. A los imaginativos defensores de la revolución digital como vía maestra hacia formas más avanzadas de democracia les tocará, tarde o temprano, medirse seriamente con ellas.

## Bibliografía

BOBBA, G. (2013), “Esperienze di democrazia in rete? Obama, Indignados, WikiLeaks a confronto”, *Teoria Política*, Año 3, pp. 67-85.

BOBBIO, N. (1986), *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

BOBBIO, N. (1987), “La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)”, *Teoria política*, Núm. 3, pp. 3-17.

DURANTE, M. (2013), “Informazione e regolazione. Internet come problema democratico”, *Teoria Política*, Año 3, pp. 39-65.

GREPPI, A. (2013), “Contra la falsa transparencia. Genealogías y consecuencias en la esfera pública”, *Teoria Política*, Año 3, pp. 115-138.

SARTORI, G. (1997), *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid.

ZICCARDI, G. (2013), “Nuove forme di attivismo politico: dissidenza digitale, *liberation technologies* e *hacking*”, *Teoria Política*, Año 3, pp. 139-164.

## La interpretación constructiva en el constitucionalismo *commonwealth*: ¿activismo o vandalismo judicial?

**Mariano C. Melero de la Torre**

Universidad Carlos III de Madrid

[mcla@polsoc.uc3m.es](mailto:mcla@polsoc.uc3m.es)

### Resumen

En este artículo se analiza el modelo de constitucionalismo que opera actualmente en Canadá, Nueva Zelanda, Gran Bretaña y Australia, y en especial el tipo de interpretación jurídica que permite a los jueces alterar el sentido literal de las disposiciones legales con objeto de hacerlas consistentes con los derechos protegidos. El artículo comienza con una breve descripción de la estructura básica del modelo *commonwealth* como un esquema cooperativo de protección de derechos. A continuación, se revisan varios ejemplos de interpretación “constructiva” en la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense y de la Cámara de los Lores británica, con objeto de subrayar los límites que los jueces se autoimponen en su labor interpretativa. Por último, el autor trata justificar este tipo de interpretación mediante una concepción sustantiva de la legalidad, en la que se incluyen los valores constitucionales que los tribunales invocan para revisar la legislación.

27

### Palabras clave

Revisión judicial, constitucionalismo, interpretación constructiva, soberanía parlamentaria, derechos de los homosexuales y matrimonio del mismo sexo.

## The Progressive Interpretation in the Commonwealth Constitutionalism: Judicial Activism or Vandalism?

### Abstract

This paper examines the model of constitutionalism that operates today in Canada, New Zealand, the United Kingdom, and Australia, with particular focus on the duty of progressive interpretation that this model imposes on the judges. According to this kind of interpretation, legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the protected rights, even if that leads beyond the literal meaning of the legal norms. The paper starts with a brief description of the basic structure of the model as a cooperative scheme of rights protection. Later, it offers an analysis of some examples of the constructive interpretation in the case law of the Canadian Supreme Court and the British House of Lords, with the aim of highlighting the self-imposed limits of judicial activism. Finally, the author attempts to find a proper justification for this kind of interpretation through a substantive conception of legality, which includes the constitutional values that judges invoke to revise the legislation.

### Keywords

Judicial review, constitutionalism, progressive interpretation, parliamentary sovereignty, rights of homosexuals and same-sex marriage.

## 1. Planteamiento\*

Con la Carta de Derechos y Libertades de 1982 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), Canadá adoptó un nuevo modelo de constitucionalismo que luego migraría con importantes modificaciones a otros países de la *Commonwealth* (en concreto, a Nueva Zelanda, Gran Bretaña y Australia)<sup>1</sup>, y cuya principal aspiración es ofrecer un esquema cooperativo de protección de derechos fundamentales. Con anterioridad, estos países habían tenido un sistema parlamentario basado en el modelo *Westminster*, donde el principio constitucional de la soberanía parlamentaria convivía con la legislación *common law* que producían los jueces. Este sistema parlamentario se diferenciaba básicamente del constitucionalismo típico de los Estados Unidos por la supremacía del legislativo, de modo que ningún tribunal podía inaplicar una disposición legal debidamente promulgada por considerarla incompatible con los derechos individuales. Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, el constitucionalismo norteamericano se extendió a la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, imponiéndose como modelo predominante<sup>2</sup>. En este nuevo escenario, los sistemas parlamentarios basados en el modelo *Westminster* se vieron obligados a explorar la idea de otorgar una mayor preeminencia a los derechos humanos sin abandonar completamente su confianza en la acción del parlamento. Uno tras otro fueron incorporando en su sistema jurídico una carta de derechos fundamentales que, como norma constitucional o como simple ley ordinaria, obligaba al Estado a justificar cualquier limitación de los derechos protegidos.

Sin embargo, a pesar de este esfuerzo por acomodar los dos principios constitucionales (soberanía parlamentaria y protección de derechos básicos), el “nuevo modelo *commonwealth*” (Gardbaum, 2001, 2010, 2013) otorga a los jueces un papel determinante en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes. Dejando a un lado el poder judicial para inaplicar disposiciones legislativas incompatibles con los derechos protegidos<sup>3</sup>. El presente trabajo se centra en la capacidad que el modelo otorga a los jueces para interpretar la legislación, “siempre que sea posible”, de manera consistente con los derechos humanos y los principios

\* Este trabajo ha sido realizado gracias a una beca de estudios financiada por el *International Council for Canadian Studies* durante el verano de 2012. Quisiera expresar mi gratitud por la ayuda recibida de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, y muy especialmente del profesor David Dyzenhaus.

<sup>1</sup> Se trata de las siguientes: *New Zealand Bill of Rights Act* (1990), *United Kingdom Human Rights Act* (1998), *Australian Capital Territory's Human Rights Act* (2004) y *Victorian Charter of Rights and Responsibilities* (2006). No obstante, otros países de la *Commonwealth*, como Sudáfrica, han preferido seguir el modelo predominante de constitucionalismo fuerte.

<sup>2</sup> La confluencia del modelo constitucional estadounidense y del modelo europeo de raíz kelseniana ha sido puesta de relieve por numerosos autores. Véase, por todos, Ruiz Miguel (2000), Hieber (2004) y Weinrib (2006). Este modelo predominante se caracteriza por la rigidez constitucional, el atrincheramiento de los derechos básicos y la revisión judicial con poder para dejar sin efecto los actos ejecutivos y legislativos incompatibles con tales derechos. Para sus críticos, este modelo de constitucionalismo fuerte implica un doble deterioro de la democracia: por un lado, el gobierno y el parlamento han de supeditar la efectividad de sus políticas a la posterior revisión judicial, lo cual “distorsiona” el proceso democrático de producción legislativa; por otro, el modelo considera a los jueces como los únicos que pueden identificar propiamente la naturaleza y el alcance de los derechos protegidos, lo cual “debilita” al gobierno y al legislativo a la hora de actuar de un modo que altere o desafie la definición judicial de un derecho constitucional. Véase Tushnet (1996). Como trataré de demostrar en este trabajo, el modelo *commonwealth* de constitucionalismo supera al modelo predominante en lo relativo a la debilitación de la democracia, pero comparte con él una similar distorsión política. En la última sección argumentaré que dicha distorsión es inevitable y legítima en un régimen de Derecho digno de tal nombre.

<sup>3</sup> Como veremos, este poder sólo existe en la versión canadiense del modelo, y se ve compensado mediante la famosa sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades que permite al parlamento mantener su producción legislativa a pesar de la evaluación judicial negativa sin necesidad de enmendar la constitución.

que los acompañan. Esta clase de interpretación, que aquí voy a denominar, siguiendo a Ronald Dworkin, “constructiva”, permite a los jueces superar los principios de la interpretación ordinaria (es decir, el sentido literal de las palabras en su contexto y según la intención del legislador) y modificar o invalidar las disposiciones legales tal y como fueron promulgadas<sup>4</sup>. Mi propósito es ofrecer una justificación adecuada de esta “distorsión de la razón pública” a favor de la judicatura. Para ello, comenzaré describiendo la estructura básica del modelo *commonwealth*, para luego analizar algunas sentencias de la Corte Suprema canadiense y de la Cámara de los Lores británica respecto a los derechos de los homosexuales donde se hace uso de la interpretación constructiva. También examinaré una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se emplea la misma clase de interpretación para defender la constitucionalidad del matrimonio del mismo sexo en España. En este análisis se prestará especial atención a los criterios que establecen los jueces para distinguir el activismo judicial, necesario y legítimo, del “vandalismo judicial”, prescindible y rechazable<sup>5</sup>. Mi justificación de la interpretación constructiva tiene dos partes: en primer lugar, la aprobación de una ley constitucional o una carta de derechos humanos hace que se difuminen de manera inevitable los límites entre “interpretar” y “legislar”; en segundo lugar, esta inclusión de los derechos en la legalidad formal no se justifica porque debamos respetar la decisión democrática de vivir bajo una constitución, sino porque debemos reconocer una vinculación entre la forma y la sustancia de las leyes que va más allá de lo que sostiene el positivismo jurídico.

## 2. El modelo *commonwealth* de constitucionalismo

En el terreno intermedio que pretende ocupar el modelo *commonwealth* caben diferentes diseños constitucionales. Los desarrollos específicos de Canadá, Nueva Zelanda y Gran Bretaña<sup>6</sup> se pueden estudiar como tres variantes de un mismo esquema de protección de derechos básicos. Desde el punto de vista de su estructura ideal común, dicho esquema puede caracterizarse a través de tres elementos: la cooperación, la distorsión y la deferencia.

### Cooperación

El primer elemento característico de este tipo de constitucionalismo es la participación de todos los poderes del Estado en la protección de los derechos fundamentales. El modelo ofrece una interacción dinámica de dichos poderes, donde cada uno realiza la función para la que está mejor situado, tratando de respetar y no interferir en la de los demás. Las tres versiones específicas del modelo promueven dicha colaboración a través de dos medidas constitucionales: primero, mediante una cláusula general que permite al legislativo y al gobierno limitar los derechos bajo la condición de justificar dichos límites razonablemente y, segundo,

<sup>4</sup> Dworkin (1986). El uso que hago de la expresión dworkiniana no implica, sin embargo, que considere la teoría del Derecho de Dworkin como la mejor justificación de este tipo de razonamiento judicial. Como argumentaré al final de este artículo, dicha justificación procede, en mi opinión, de la tradición del *common law*, una tradición en la que encaja perfectamente la teoría de la función judicial de Dworkin, pero no así su teoría general del Derecho. Véase *infra* nota 83. La principal idea de la tradición *common law*, que se corresponde con la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, y que se opone a su vez a la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, es que los jueces, al decidir los casos difíciles, no crean Derecho nuevo ni actúan como “cuasi-legisladores”, sino que se limitan a declarar y aplicar el Derecho preexistente sobre la materia en cuestión.

<sup>5</sup> La expresión “vandalismo judicial” procede de Lord Bingham, en *R (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46, par. 30 (“to do so would not be judicial interpretation but judicial vandalism”).

<sup>6</sup> Hablaré sólo de estas tres variantes porque la *Australian Capital Territory's Human Rights Act* de 2004 y la *Victorian Charter of Human Rights Act* de 2006 se hicieron a semejanza de la *United Kingdom Human Rights Act* de 1998, por lo que no suponen una nueva versión del modelo.

mediante la previsión de un proceso de análisis de la dimensión constitucional en los momentos iniciales de la producción legislativa.

En el bloque constitucional de Canadá<sup>7</sup>, la cooperación se promueve, en primer lugar, a partir de la sección 1 de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, donde se reconoce al gobierno y a los legislativos (federal y provinciales) la capacidad para limitar los derechos protegidos, bajo la condición de ofrecer una justificación razonable y fehaciente de dicha limitación<sup>8</sup>. Esto significa que el legislativo y el gobierno deben tomar en cuenta la dimensión constitucional de sus normas en las primeras etapas del proceso político. Hasta ahora, esta revisión “política” de la constitucionalidad de las leyes se ha realizado usando el mismo tipo de razonamiento que emplea la Corte Suprema para cumplir el mandato constitucional. Desde la sentencia en *R. v. Big*<sup>9</sup>, la Corte aplica la sección 1 mediante una argumentación en dos etapas: analiza primero si existe una infracción de los derechos protegidos, para luego decidir si tal infracción puede salvarse adecuadamente con alguna justificación razonable. Como explica Jean Hiebert (2004: 1973), el gobierno y los legislativos canadienses han adoptado esta forma de razonamiento con la intención de anticipar las posibles objeciones de la Corte. Allí donde parece improbable la aprobación judicial, tratan de reunir el número de pruebas y razones suficiente para convencer a la judicatura de que la legislación tiene una justificación razonable a pesar de sus implicaciones adversas para los derechos.

Por otro lado, la Carta de Derechos de 1960 (ley ordinaria todavía vigente) exige al Ministro de Justicia enviar al Parlamento un informe escrito sobre aquellas propuestas legislativas del gobierno que, en su opinión, resulten inconsistentes con los derechos protegidos<sup>10</sup>. Esta carta, sin embargo, no despertó un excesivo activismo judicial, por lo que tampoco supuso una motivación suficiente para una revisión “política” rigurosa. Fue a partir de la Carta de Derechos de 1982, de rango formalmente constitucional, y como consecuencia directa de la adopción por la Corte Suprema de una teoría robusta de la revisión judicial, que los proyectos y proposiciones de ley se comenzaron a someter a un escrutinio constitucional mucho más riguroso por parte del legislativo. No obstante, la obligación gubernamental de informar sobre cualquier violación de derechos se ha interpretado, en la práctica, como si exigiese presumir que todas las propuestas legislativas del gobierno son virtualmente compatibles con la Carta antes de llegar al Parlamento. Como resultado, en la actualidad no se percibe como necesario el preceptivo informe del ministro sobre posibles inconsistencias con la Carta, lo cual complica la labor del Parlamento en el control constitucional de la acción del gobierno (Hiebert, 2004: 1971).

En Nueva Zelanda, la sección 5 de la Carta de Derechos de 1990 (*the New Zealand Bill of Rights Act*) establece una cláusula general de limitación que

<sup>7</sup> Dicho bloque está compuesto, según la subsección 52(2) de la Ley Constitucional de 1982, por dicha ley (que incluye la Carta de Derechos y Libertades), por su correspondiente aprobación en el Parlamento británico (*the Canada Act* de 1982), por todas las leyes y decretos incluidos en su disposición adicional (incluida la Ley Constitucional de 1867, *the British North America Act*), así como por todas las enmiendas de dichos documentos.

<sup>8</sup> La sección 1 dice textualmente: “La *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* garantiza los derechos y libertades establecidos en ella, sometidos únicamente a aquellos límites razonables prescritos por ley que puedan justificarse fehacientemente en una sociedad libre y democrática”.

<sup>9</sup> *R v Big M. Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 18 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 321.

<sup>10</sup> Se señala en la página 26 de la *Canadian Bill of Rights*, c. 44, 1960 S.C. 519 (Can.). “Cuando alguna de las disposiciones de una ley... se considere por el Ministro como inconsistente con los propósitos y las disposiciones de la Carta de Derechos, el Ministro informará por escrito de dicha inconsistencia a la Cámara de los Comunes... tan pronto como sea posible.”

reproduce casi literalmente los términos establecidos en la sección 1 de la Carta canadiense de 1982. La sección 7, en cambio, establece una revisión “política” más ambiciosa que su antecesora canadiense, por cuanto que impone al gobierno la obligación de revisar la constitucionalidad de todas las leyes antes de llegar al Parlamento. Corresponde al Fiscal General (*Attorney-General*), en nombre del gobierno, examinar y emitir un informe sobre la dimensión constitucional de todas las propuestas legislativas. Aunque de acuerdo con la sección 4, los poderes políticos tienen el poder para actuar de manera inconsistente con la Carta, la sección 7 trata de forzar a la asamblea legislativa a una discusión pública sobre los derechos fundamentales, requiriendo para su vulneración una explícita declaración en este sentido.

En el Reino Unido, la sección 19 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*the United Kingdom Human Rights Act*) obliga al titular del ministerio de donde proceda la iniciativa legislativa a declarar por escrito que dicho proyecto de ley es compatible con los derechos básicos, “o que, a pesar de no poder realizar tal declaración, el gobierno desea continuar no obstante con el proyecto de ley”. Esta revisión “política” se centra, fundamentalmente, en la probabilidad de que la ley, una vez aprobada, se impugne ante los tribunales nacionales o el Tribunal de Estrasburgo por no ser compatible con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.<sup>11</sup> Además, y a diferencia de lo que ocurre en Canadá y Nueva Zelanda, en el Parlamento británico existe un comité parlamentario específico, el Comité Conjunto sobre Derechos Humanos (*Joint Committee on Human Rights*), cuya función es informar a ambas cámaras si las propuestas legislativas del gobierno respetan plenamente los derechos protegidos, e indicar, en su caso, si existe alguna disposición legislativa que produce dudas sobre su compatibilidad. Este escrutinio gubernamental sobre la dimensión constitucional de sus propuestas legislativas hace que el Parlamento tenga una mejor posición para valorar sus consecuencias desde el punto de vista de los derechos protegidos, especialmente si el ministro declara su intención de seguir adelante a pesar de no poder afirmar la compatibilidad de alguna de sus disposiciones con tales derechos.

### **Distorsión**

El desequilibrio a favor de los jueces que exige el modelo *commonwealth* se manifiesta de dos modos distintos: o bien mediante un poder para inaplicar las leyes<sup>12</sup> o revocar los actos administrativos, que sean inconsistentes con los derechos protegidos, o bien mediante un poder interpretativo extra que permite “salvar” las disposiciones legislativas cuya interpretación ordinaria suponga una violación de los derechos o, en caso de que dicha interpretación no fuese posible, declarar la incompatibilidad de la legislación con los derechos básicos. La sección 52 de Ley Constitucional de Canadá de 1982 permite, según doctrina de la Corte Suprema, los dos tipos de “reparación” judicial (*remedy*)<sup>13</sup>. Sin embargo, las leyes (ordinarias) que definen las Cartas de Derechos en Nueva Zelanda y Gran Bretaña

<sup>11</sup> Con la Ley de Derechos Humanos de 1998, el Reino Unido asume como ley interna, aplicable por los jueces nacionales, la mayoría de los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

<sup>12</sup> Aunque se suele hablar de la capacidad de la Corte Suprema de Canadá para “anular” o “invalidar” la ley impugnada, en realidad dicha ley no deja de existir tras la decisión judicial. Sencillamente, los jueces hacen prevalecer la ley suprema sobre la ley ordinaria para el caso concreto que han de decidir, puesto que una ley inconsistente con los derechos protegidos sólo podría tener fuerza o efecto a través de una enmienda constitucional.

<sup>13</sup> Así se establece, como veremos más adelante, en *Schachter v. Canada* [1992] 2 S.C.R. 679. La sección 52.1 afirma: “La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones de la Constitución no tendrá, en la medida de su inconsistencia, ninguna fuerza o efecto.”

prohíben explícitamente a los jueces cuestionar la validez de las leyes del parlamento. No obstante, dichas Cartas dotan a los jueces de un deber/poder de interpretación por el que pueden “modificar” o “alterar” el sentido literal u ordinario de las disposiciones legales, incluyendo o excluyendo palabras (*read in or read out/read down*), con objeto de lograr una legislación razonablemente consistente con los derechos protegidos. Como han señalado Paul Rishworth (2004) para el caso neozelandés, o Allen Kavanagh (2004) para el británico. Este poder interpretativo representa una técnica alternativa de “invalidación” judicial por la que se difuminan igualmente los límites entre aplicar y crear Derecho. Aunque el poder interpretativo es aparentemente más débil que el poder para inaplicar leyes, en la práctica ambos pueden conducir al mismo resultado.

Esta “distorsión de la razón pública” recuerda, sin duda, al modelo preponderante de constitucionalismo fuerte. Aun así, la revisión judicial del modelo *Commonwealth* exige a los jueces tomar en serio la deliberación previa de los legisladores y el ejecutivo sobre la dimensión constitucional de las leyes, no simplemente ignorarla o menospreciarla como una usurpación de la supremacía judicial (Gardbaum, 2010: 176). Esto implica un mayor respeto al principio de soberanía parlamentaria a la hora de evaluar las razones que alegan el gobierno y el legislativo para limitar o anular alguno de los derechos protegidos. Como señala Hiebert (2004: 1972), las decisiones de la Corte Suprema canadiense demuestran “mayor tolerancia hacia las acciones colectivas y más confianza en el Estado” que las de la Corte estadounidense. En el uso del test de proporcionalidad entre medios y fines de las leyes impugnadas, la Corte canadiense suele asumir una deferencia relativamente mayor hacia la voluntad del legislativo que las cortes o tribunales constitucionales que siguen el modelo predominante de revisión judicial fuerte (Gardbaum, 2010: 182).

En Canadá, como vimos, el razonamiento judicial bajo la sección 1 de Carta de Derechos y Libertades de 1982 sigue un procedimiento en dos etapas: en primer lugar, se determina la posible vulneración de un derecho protegido y, en segundo lugar, se valora si tal infracción puede justificarse razonablemente en una sociedad libre y democrática. La carga de la prueba descansa del lado del autor de la medida legislativa, quien debe justificar la vulneración de los derechos básicos en el contexto de los problemas sociales a los que trata de responder. Después de *R. v. Oakes*<sup>14</sup>, esta fase de justificación se realiza, a su vez, mediante un razonamiento en tres etapas. En primer lugar, se analiza la importancia de los objetivos que persigue la legislación impugnada; a continuación, se evalúa si dicha legislación provoca únicamente el mínimo daño posible al derecho vulnerado; y, por último, se juzga si existe proporcionalidad entre los medios y los fines de la legislación. Cuando la disposición legal impugnada no se considere consistente con la Carta, la sección 52 de la Ley Constitucional de 1982 establece que será declarada, “en la medida de la inconsistencia, sin ninguna fuerza o efecto”. Después del caso *Schachter v. Canada*, la Corte canadiense entiende que dicha sección permite disponer de tres posibles reparaciones: (1) dejar sin efecto (*strike down*) la legislación impugnada, o (2) dejar en suspenso la invalidación por un periodo específico de tiempo, de modo que el gobierno pueda promulgar una disposición legal acorde con los derechos protegidos; o (3) incluir (*read in*) o excluir (*read out/read down*) palabras en la legislación impugnada, inmediatamente o con una declaración suspensiva<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>15</sup> *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, el juez Iacobucci, pár. 217.

En Nueva Zelanda, la sección 6 de la Carta de Derechos establece un deber/poder interpretativo judicial extraordinario en los siguientes términos: “siempre que pueda darse a una ley un significado consistente con los derechos y libertades contenidos en esta Carta de Derechos, se preferirá dicho significado a cualquier otro”. A pesar de tener el estatus de una ley ordinaria, la Carta neozelandesa funciona como “una ley marco” que determina cómo debe interpretarse toda la producción legislativa (Gardbaum, 2001: 728). Bajo esta “ley marco”, una ley podrá imponerse sobre los derechos protegidos de la Carta, pero sólo después de que los jueces hayan intentado, hasta donde sea posible, producir alguna interpretación mínimamente aceptable que sea consistente con tales derechos. Este esquema “interpretativo” de protección de derechos fuerza al gobierno y al legislativo a asumir el coste político que acarrea plausiblemente promulgar una ley que (según la Corte Suprema) viola clara y explícitamente los derechos protegidos. En caso de que la disposición legal no produzca ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos, los jueces no tienen poder para no aplicarla. La sección 4 prohíbe expresamente a los tribunales basarse en la supuesta inconsistencia de una disposición legal para “revocar, derogar, invalidar o anular” dicha disposición<sup>16</sup>. Sin embargo, dado que no existe una forma mecánica de determinar cuándo se “puede”, y cuándo no, ofrecer una interpretación consistente con los derechos básicos, existe un factor subjetivo irreductible a la hora de elegir entre la sección 6 o la sección 4. Como ha señalado Paul Rishworth, aunque los jueces no puedan formalmente invalidar una disposición legal inconsistente con los derechos, resulta innegable su poder para “indicar” o “declarar” la inconsistencia de las leyes, puesto que dicho poder es inherente a la estructura de la Carta neozelandesa.<sup>17</sup>

En Gran Bretaña, este deber/poder interpretativo de los jueces se establece en la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, en términos parecidos a la sección 6 de la Carta neozelandesa. En este caso, sin embargo, la cláusula “siempre que sea posible” tiene su respaldo legal en la sección 4, puesto que en dicha norma se prohíbe a los jueces no aplicar leyes formalmente válidas, pudiendo no obstante declarar la incompatibilidad de las disposiciones legales que no produzcan ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos. No obstante, más allá de esta diferencia formal, la versión británica se distingue de su precedente neozelandés por un mayor activismo judicial. Como veremos más adelante, la Cámara de los Lores ha extraído del deber/poder interpretativo constitucional toda su virtualidad, como una técnica alternativa de invalidación judicial no muy distinta a la que opera en el constitucionalismo canadiense y en el modelo predominante de constitucionalismo fuerte.<sup>18</sup>

### **Deferencia**

En el modelo *commonwealth*, la última palabra corresponde a los poderes democráticos representativos, orientados políticamente. La estructura ideal del modelo termina con el correspondiente debate legislativo, donde el parlamento valora si asume o no la declaración judicial de invalidez o de incompatibilidad de la legislación impugnada, o la interpretación judicial que altera o modifica los términos

<sup>16</sup> Es más, la misma sección 4 llega a rechazar explícitamente la regla habitual de considerar como nulas las leyes anteriores en conflicto con los derechos establecidos en la propia Carta. En este sentido, la fuerza legal de Carta es incluso menor que la de una ley ordinaria.

<sup>17</sup> “El proceso mismo de determinar que uno está obligado, bajo la sección 4, a aplicar una disposición inconsistente es de por sí una declaración de la inconsistencia de dicha disposición”, Rishworth (2004: 266).

<sup>18</sup> Lord Irvine, por ejemplo, ha llegado a decir que “con la sección 3, el Parlamento ha invitado a los tribunales a usar el Convenio creativamente con objeto de encontrar la respuesta correcta” (*Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 A.C. 467: 320).

de las disposiciones legales. Con ello se persigue que el parlamento asuma la responsabilidad final sobre el Derecho que rige en el país, una vez que han funcionado los mecanismos que garantizan el respeto a los derechos fundamentales.

Esta deferencia judicial a la soberanía parlamentaria tiene su reflejo, como ya se dijo, en las secciones 4 de las respectivas Cartas de Nueva Zelanda y el Reino Unido, donde se prohíbe a los jueces que dejen sin efecto una disposición legal por razón de su incompatibilidad con los derechos protegidos. En Canadá, sin embargo, la sección 52 de la Constitución de 1982 establece que la norma constitucional es la ley suprema del país, y que los jueces son los encargados de interpretarla. Ahora bien, el reconocimiento final de la soberanía parlamentaria queda garantizado en la sección 33(1) de la Carta canadiense con la “cláusula *notwithstanding*”. Dicha cláusula nunca ha sido usada por el Parlamento federal<sup>19</sup>, y muchos autores han señalado la excesiva tendencia de los legislativos canadienses a seguir la opinión de la Corte en materia de derechos básicos (Hiebert, 2004; Manfredi, 2001; Huscroft, 2004). Creo, sin embargo, que es un elemento central del modelo *commonwealth*, pues, como ha indicado Gardbaum (2010: 177), este modelo de constitucionalismo tiene que ver más con el procedimiento que con el resultado. La promesa del modelo se cumple en la medida en que la desobediencia del legislativo a las decisiones judiciales es una “posibilidad política realista”. No obstante, en Canadá es imposible enmendar la constitución mediante una ley ordinaria; por tanto, y hasta que esa enmienda no se produzca, la “desobediencia” del legislativo no tiene mayor trascendencia que retrasar los efectos de la decisión judicial. El legislativo no puede usar la cláusula *notwithstanding* para alterar el significado constitucional establecido por los jueces. Los efectos de la cláusula son temporales, no duran más de cinco años (el período más largo entre elecciones), por lo que, a falta de la renovación por parte del legislativo, la sentencia judicial es firme. En este sentido, “los jueces tienen la última palabra sobre el significado de la Carta, aunque las legislaturas puedan retrasar la fuerza legal de su sentencia” (Hiebert, 2004: 1982).

### 3. La interpretación constitucional constructiva en Canadá y Gran Bretaña

En este apartado se analizarán varios casos relativos a la protección de los derechos de los homosexuales, en los que puede comprobarse el tipo de deber/poder interpretativo que emplean la Corte Suprema canadiense bajo la Carta de Derechos y Libertades de 1982 y la Cámara de los Lores británica bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998.

#### Canadá

En *Egan v. Canada*<sup>20</sup>, los recurrentes impugnaron la sección 2 de la Ley del seguro de vejez (*Old Age Security Act*, 1985), que definía el estatus de “cónyuge” de modo que sólo las personas mayores de 60 años en relaciones heterosexuales

<sup>19</sup> En la práctica, la sección 33 del *Charter* canadiense se ha usado una sola vez. Fue con ocasión de una sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Ford v. Quebec* [1988] 2 SCR 712, la cual anulaba una ley del Parlamento de Quebec en la que se prohibía el uso de otra lengua que no fuera el francés en los rótulos comerciales. Tras dicha sentencia, el legislador quebequés promulgó una nueva ley en la que mantenía la prohibición, y en la que se incluía una cláusula *notwithstanding* para evitar la interferencia judicial (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1988, c. 54, s. 10). Tras los cinco años prescritos por la sección 33, Quebec promulgó una nueva ley en la que ya no se incluía dicha cláusula, permitiendo el uso de otras lenguas distintas al francés en los rótulos comerciales, siempre que se usara también dicha lengua de forma “predominante” (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1993, c. 40, s. 18).

<sup>20</sup> *Egan*, supra nota 15.

estables y con escasos recursos podían acogerse a los beneficios que establecía la ley –entre ellas, una pensión complementaria (*spousal allowance*) para la pareja del pensionista hasta que dicha persona cumpliera los 65 años<sup>21</sup>. La mayoría de los magistrados estimaron que dicha disposición no era discriminatoria, por cuanto se basaba en una distinción “irrelevante” para los objetivos de la norma legal. Sin embargo, los magistrados Peter deCarteret Cory y Frank Iacobucci emitieron un voto disidente conjunto en el que afirmaron que la disposición impugnada infringía efectivamente la sección 15(1) de la Carta (“el derecho a la igual protección e igual beneficio de la ley”), y que tal discriminación no podía justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática, tal como prescribe la sección 1 de la Carta.

En la propuesta de reparación, el juez Iacobucci mantuvo, en contra del voto mayoritario, que era de justicia estimar la petición de los recurrentes y modificar la sección 2 de la legislación impugnada, en el sentido de suprimir (*read down*) en la definición de “cónyuge” las palabras “del sexo opuesto”, e incluyendo (*read in*) tras la oración “que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer” la cláusula “o como una relación análoga”. La única condición que el juez creyó conveniente añadir era que dicha reparación no se llevara a efecto hasta después de un año, de modo que el parlamento dispusiera de tiempo suficiente para garantizar que el beneficio legal se extendía a las parejas del mismo sexo<sup>22</sup>. Para justificar esta modificación de la ley, Iacobucci aplicó la sección 52(1) de la Constitución de 1982, siguiendo la jurisprudencia de la Corte en el caso *Schachter*.

En *Schachter*, la Corte estableció que la sección 52 no restringe a la Corte a la fórmula verbal empleada por el legislativo a la hora de determinar la inconsistencia entre una ley y la constitución. Son las disposiciones legales, no las palabras en que se enuncian, las que deben dejarse sin efecto “en la medida de su inconsistencia”. La violación de la Carta puede proceder tanto de lo que está ausente en el enunciado legal, como de lo que se incluye incorrectamente en él. La inclusión de palabras (*read in*), por tanto, resulta legítima cuando la inconsistencia proviene de una incorrecta exclusión de la disposición legal, puesto que en tal caso el resultado lógico de declarar inoperativa tal inconsistencia es incluir al grupo excluido dentro del esquema legal, ampliando así el universo de aplicación de la ley.

El propósito de incluir palabras (*reading in*) es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador. En algunos casos, por supuesto, no se podrá suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado la parte constitucionalmente permisible de su disposición sin la parte prohibida. En tales casos, la inclusión de palabras no será apropiada. Así como a veces la inclusión viene exigida por el respeto a los propósitos del legislativo, así también otras veces se requiere para garantizar los valores de la Carta. Incluir palabras es, por tanto, un remedio legítimo... en aquellos casos donde es una técnica apropiada para respetar los valores de la Carta y, al mismo tiempo, minimizar la interferencia de la Corte en las partes de la legislación que no violan la Carta<sup>23</sup>.

En *Egan* se trataba de una situación en la que el propósito de la legislación era legítimo. La inconsistencia derivaba de la *infrainclusividad* de la ley, puesto que marcaba una distinción excluyente por una de las razones prohibidas en la sección 15(1) de la Carta. No procedía, pues, según el juez, invalidar por completo la institución de la pensión complementaria; más bien, parecía tratarse de un caso en

<sup>21</sup> *Old Age Security Act*, R.S.C. (1985), c. O-9. Según su sección 2, “cónyuge designa, en relación con cualquier persona, a alguien del sexo opuesto que vive con esa persona, siempre que haya vivido con ella al menos un año, y que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer”.

<sup>22</sup> *Egan*, *supra* nota 15, pár. 220.

<sup>23</sup> *Schachter*, *supra* nota 13, pár. 682, el juez Lamer.

que la parte inconsistente de la ley (el “requisito del sexo opuesto”) podía definirse con precisión y, consecuentemente, procedía declarar únicamente la inoperatividad de esa parte. Según el juez Iacobucci, la inclusión de ciertas palabras satisfacía las tres condiciones establecidas en *Schachter*: (i) podía asegurar la validez de la legislación y, al mismo tiempo, remediar la incorrección constitucional; (ii) no obstaculizaba la finalidad del seguro del cónyuge, ni interfería en modo alguno en el propósito del legislador; (iii) no ponía en peligro la idea clave (*the thrust*) de la legislación, puesto que las parejas heterosexuales podían seguir beneficiándose de la ley del mismo modo que antes de su modificación<sup>24</sup>.

El mismo problema de infrainclusividad de la legislación se planteó en *Vriend*<sup>25</sup>, uno de los casos de activismo judicial más controvertidos en Canadá. Los magistrados Cory y Iacobucci emitieron de nuevo un voto conjunto, pero esta vez en representación de la mayoría. El recurrente, Delwin Vriend, había sido despedido por su empleador (el prestigioso *King's College* de Edmonton, Alberta) después de confesar su orientación sexual, a pesar de no tener hasta ese momento más que evaluaciones positivas e incrementos de salario por su trabajo. La Comisión de Derechos Humanos de Alberta negó a Vriend la posibilidad de ampararse en la Ley de Derechos Individuales de Alberta (1980), al no contemplar dicha ley la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación. Vriend, acompañado por varios colectivos de gays y lesbianas, impugnó ante la justicia la constitucionalidad de varias disposiciones de la mencionada ley, alegando que tales disposiciones eran inconsistentes con la sección 15(1) de la Carta canadiense. La juez de primera instancia dio la razón a los recurrentes, ordenando que las palabras “orientación sexual” se incluyeran (*read into*) en las disposiciones impugnadas de la ley. En el tribunal de apelación, sin embargo, ganó el gobierno de Alberta, de modo que Vriend no tuvo más remedio que acudir a la Corte Suprema.

El principal tema que aquí nos interesa destacar de este caso es el de la posible deferencia o sumisión judicial a la decisión legislativa. En opinión del juez Cory, la posible deferencia a las decisiones del gobierno y el legislativo se debe evaluar judicialmente bajo la sección 1, así como en el momento de determinar la reparación adecuada a una violación de la Carta. Sin embargo, *[l]a noción de deferencia judicial no debería usarse para inmunizar completamente ciertos tipos de decisiones legislativas del escrutinio constitucional*<sup>26</sup>. Los representantes del gobierno de Alberta habían planteado su defensa como una contienda entre el poder de un legislativo democráticamente elegido para promulgar las disposiciones que considerase adecuadas, y el poder de los jueces para rechazar dichas leyes, o para dictar que ciertas materias se incluyan en tales leyes. Según el juez:

Entender la cuestión en estos términos es erróneo y lleva a la confusión. Simplemente, no son los tribunales los que limitan a las legislaturas. Antes bien, es la Constitución, que debe interpretarse por los tribunales, la que limita a las legislaturas. Lo cual es necesariamente cierto para todas las democracias constitucionales. Los ciudadanos deben tener el derecho de impugnar aquellas leyes que, en su opinión, van más allá de los poderes de las legislaturas. Cuando tal impugnación se hace adecuadamente, los tribunales tienen el deber constitucional de estimarla<sup>27</sup>.

No importa que lo que se impugne sea una acción del legislativo o, como en *Vriend*, una inacción (la decisión de no incluir en la ley de derechos individuales al

<sup>24</sup> *Egan*, supra nota 15, pár. 223.

<sup>25</sup> *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pár. 54.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pár. 56.

ESTUDIOS

grupo de los homosexuales); los jueces tienen el deber constitucional de determinar si la impugnación de la ley está justificada. Los representantes del gobierno de Alberta habían argumentado que el “silencio” de la ley era “neutral”, pero el juez Cory respondió que eso mismo es lo que tenía que evaluarse bajo la sección 15(1). *A menos que tal análisis se efectúe, es imposible decir si la omisión es realmente neutral o no*<sup>28</sup>.

En este mismo sentido, el juez Iacobucci hizo algunas consideraciones importantes sobre el papel de los jueces en una democracia constitucional. Como respuesta al gobierno de Alberta, según el cual los tribunales usaban la Carta para usurpar incorrectamente el papel de los legislativos, el juez afirmó que dicha crítica parte de una comprensión errónea de lo que significaba la introducción de la Carta en el sistema jurídico de Canadá.

[Bajo la Carta] cada canadiense tiene unos derechos y libertades individuales que ningún gobierno o legislatura puede eliminar. Sin embargo, dado que tales derechos y libertades no son absolutos, los gobiernos y legislaturas pueden justificar la cualificación o la infracción de tales derechos constitucionales bajo la sección 1. Es inevitable que las disputas sobre el significado de los derechos y su justificación tengan que ser resueltas, y aquí es donde aparece el papel de la judicatura<sup>29</sup>.

El propósito deliberado de las legislaturas federal y provinciales al promulgar la Carta fue otorgar a los jueces un poder interpretativo, exigiéndoles bajo la sección 52 declarar la invalidez de la legislación inconstitucional. Sin embargo, el juez reconoce que esta decisión no elimina el debate sobre la legitimidad de los tribunales al adoptar estas medidas. Por ello, el juez añadió que la decisión de dotarse de la Carta implicaba *una redefinición de la democracia* por la cual “*las legislaturas y el ejecutivo debían realizar sus papeles de conformidad con los recién conferidos derechos y libertades constitucionales*”<sup>30</sup>. La atribución a los jueces del papel de “fideicomisarios” o “custodios” de tales derechos cuando surgieran desacuerdos sobre su interpretación era una parte necesaria de este nuevo diseño. *Por lo tanto, los tribunales... deben escudriñar el trabajo de la legislatura y el ejecutivo, no en nombre de los tribunales, sino en el interés del nuevo contrato social democráticamente elegido*<sup>31</sup>. La independencia de los jueces respecto al legislativo y el gobierno los capacita para que los ciudadanos puedan confiar en que dictarán decisiones razonadas y basadas en principios conforme a lo que establece la constitución, aunque tales decisiones sean con frecuencia controvertidas. Al realizar su papel, los tribunales no han de sustituir al legislativo o al gobierno, es decir, no deben hacer juicios de valor sobre lo que consideran la decisión política más adecuada; esto corresponde a los poderes políticos del Estado. Su tarea, por el contrario, por expreso mandato constitucional, es defender la constitución. En ese rediseño de la democracia que supone la Carta, el sistema político se dota de un esquema más interactivo y dinámico, de modo que aumenta la exigencia de justificación en la cultura política y jurídica, lo cual revierte en beneficio de la democracia<sup>32</sup>.

Por otro lado, Iacobucci recordó que una democracia no consiste únicamente en la regla de las mayorías. A este respecto, recordó las palabras del juez Dickson, quien señaló que los principios y valores esenciales de una sociedad libre y democrática incluyen, además de la voluntad popular, “la dignidad inherente de la

<sup>28</sup> *Ibid.*, pár. 57.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pár. 131.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pár. 134.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pár. 135.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pár. 139.

persona humana”, “la justicia social y la equidad”, la “variedad de creencias”, “la identidad cultural y de grupo”, y “la participación de individuos y grupos en la vida social”<sup>33</sup>. Bajo la Carta, el gobierno y los legisladores deben respetar estos valores y principios democráticos; en caso contrario, los tribunales deben estar dispuestos a intervenir para protegerlos. No puede llamarse antidemocrática a la acción de intervenir en defensa de los valores y principios democráticos protegidos por la Carta<sup>34</sup>.

Como medida reparadora, los recurrentes habían solicitado la inclusión (*reading in*) en la Ley de Derechos de Alberta de la orientación sexual entre los motivos prohibidos de discriminación. Iacobucci estuvo de acuerdo. Para su justificación volvió a acudir a la importante sentencia del caso *Schachter*. En dicha sentencia, el juez Lamer había afirmado que *el propósito de la inclusión de palabras es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador*<sup>35</sup>. Por tanto, según Iacobucci, la inclusión de palabras debía guiarse por dos principios rectores: el respeto al papel de la legislatura y el respeto a los propósitos de la Carta. En *Vriend*, la inclusión de palabras parecía que evitaba toda intrusión innecesaria en la esfera del legislativo. La inclusión de la orientación sexual en la disposición impugnada podía promover el fin último de la propia ley (esto es, el reconocimiento y la protección de la dignidad inherente y los derechos inalienables de los ciudadanos de Alberta) sin menoscabo de los propósitos de la Carta<sup>36</sup>. Además, la medida satisfacía los restantes requerimientos establecidos en *Schachter*: precisión de la reparación, implicaciones presupuestarias, efectos en el propósito de la legislación, e interferencia con los objetivos del legislativo<sup>37</sup>.

Estos mismos límites fueron empleados por la Corte en *M. v. H.*<sup>38</sup> para rechazar una interpretación constructiva, y decantarse por una declaración de invalidez. En este caso, la disposición impugnada fue la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia de Ontario (1990), que extendía la obligación de ofrecer una pensión compensatoria al cónyuge (*spousal support*), incluyendo no sólo a las parejas casadas, sino también a las personas en relaciones conyugales de sexo opuesto y con algún tiempo de permanencia<sup>39</sup>. Las relaciones del mismo sexo y con el mismo grado de permanencia quedaban excluidas del esquema de apoyo establecido por la ley y exigible por vía judicial. En el caso de referencia, una pareja de mujeres se había separado después de más de diez años de relación, sin que M., la parte con menos recursos, pudiera ampararse en la ley para pedir una pensión de su ex pareja. El juez de primera instancia, sin embargo, entendió que la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia vulneraba la sección 15(1) de la Carta, y que dicha violación no podía justificarse bajo la sección 1. Como medida reparadora, el juez declaró que las palabras “un hombre y una mujer” de dicha sección debían ser “no leídas” (*read out*) en la definición de “cónyuge”, y reemplazadas por las palabras “dos personas”. La sentencia fue apelada por H., pero la Corte de Apelación de Ontario mantuvo dicha decisión, con la única alteración de suspender por un año su cumplimiento, con objeto de dejar tiempo para que el Parlamento de Ontario pudiera enmendar la ley impugnada. La Corte

<sup>33</sup> *Oakes*, *supra* nota 14, pár. 136.

<sup>34</sup> *Vriend*, *supra* nota 25, pár. 142.

<sup>35</sup> *Schachter*, *supra* nota 13, pár. 700.

<sup>36</sup> *Vriend*, *supra* nota 25, pár. 150.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pár. 161-178.

<sup>38</sup> *M. v. H.* [1999] 2 R.C.S. 3.

<sup>39</sup> *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. La sección 29 impugnada sólo se aplicaba a la Parte III de la mencionada ley. La sección 1(1), que era aplicable a otras partes de la ley, incluía una definición de cónyuge que sólo tenía en cuenta a las parejas oficialmente casadas, por lo que no se cuestionaba en la apelación.

Suprema desestimó la apelación del Fiscal General, aunque modificando la disposición judicial. En lugar de interpretar la sección legal impugnada de la forma más ajustada a los derechos protegidos por la Carta, decidió declarar su invalidez (*no force or effect*), si bien con un efecto retardado de seis meses.

Partiendo de sus propias consideraciones en *Vriend*, Iacobucci comenzó resaltando la importancia de la deferencia judicial hacia las decisiones del legislativo cuando se trata de examinar si éste ha cumplido con la carga de la prueba que le exige la sección 1 de la Carta. Sin embargo, añadió, dicha deferencia no es “una especie de umbral de investigación bajo la sección 1”<sup>40</sup>. En términos generales, los jueces deben respetar aquellas decisiones políticas y administrativas para las que el legislativo y el gobierno están mejor situados, pero la simple afirmación general de que la infracción de un derecho se justifica bajo la sección 1 no es una decisión de este tipo. El legislativo ha de ofrecer a la Corte las pruebas y los argumentos que apoyen su afirmación general de justificación.

Algunas veces esto implicará demostrar por qué el legislativo tuvo que tomar ciertas decisiones políticas y por qué consideró tales decisiones razonables en unas circunstancias dadas. Estas decisiones políticas pueden ser de las que el legislativo está en mejor posición para adoptar, como en el caso de las difíciles decisiones relativas a los reclamos de grupos en competencia, o la evaluación de una compleja y conflictiva investigación de ciencia social<sup>41</sup>.

Para determinar la medida reparadora, Iacobucci acudió de nuevo a lo establecido en *Schachter*. Una vez determinada “la extensión de la inconsistencia entre la disposición impugnada y la Carta” (a saber, la definición infrainclusiva de cónyuge en la sección 29 de la ley impugnada), se debía determinar cuál era el remedio más adecuado bajo la sección 52 de la *Ley Constitucional* de 1982. Para ello, como ya hemos señalado, se debían tener en cuenta varios factores: la precisión de la reparación, las implicaciones presupuestarias, el efecto en la legislación restante, la importancia o la antigüedad del resto de la legislación, así como la interferencia que pueda causar en los objetivos del legislativo. En cuanto a la precisión, aunque el juez creía que el remedio de incluir palabras podía rectificar sin más el error constitucional, no estaba tan seguro de que asegurase también la validez de la legislación<sup>42</sup>. La nueva sección 29 no tendría efecto en otras partes de la ley, que seguirían requiriendo una relación de sexo opuesto, como la relativa a los acuerdos voluntarios para optar por no acogerse al régimen de pensión compensatoria. Al mismo tiempo, tendría efectos en otras partes de la ley que nada tenían que ver con la pensión compensatoria, por lo que no había seguridad que el legislativo hubiese promulgado la ley con esta modificación. Por lo tanto, incluir palabras equivalía en este caso a *hacer elecciones ad hoc... lo cual es propio de las legislaturas, no de los tribunales*<sup>43</sup>. Sólo quedaba, pues, la opción de anular todo o parte de la ley, lo cual dependía, siguiendo el criterio señalado por el magistrado Lamer en *Schachter*, de si era posible definir claramente la parte infractora de la ley. *De este modo, se puede realizar la mayor parte posible del propósito legislativo*<sup>44</sup>. En este caso, la parte inconsistente con la Carta “no está tan inextricablemente ligada con la parte no infractora de la ley que no pueda sobrevivir independientemente”<sup>45</sup>. Según Iacobucci, se podía suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado las partes constitucionalmente consistentes de la ley

<sup>40</sup> *M. v. H.*, supra nota 38, par. 78.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pár. 79.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pár. 139.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pár. 142.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pár. 143.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pár. 144.

sin las partes infractoras. Como consecuencia, el juez creyó que el mejor remedio era dejar la sección 29 de la ley “sin fuerza ni efecto”, aunque con una suspensión temporal de seis meses que pretendía dejar al legislativo cierta libertad para corregir la ley de conformidad con la Carta<sup>46</sup>.

Por último, analizaremos brevemente la Sentencia de 2004 sobre el matrimonio del mismo sexo<sup>47</sup>. En 2003 el Gobernador General (*Governor in Council*) envió a la Corte Suprema una serie de cuestiones relativas a una proposición de ley del parlamento federal (*Proposal for an Act*) por la que se pretendía modificar las condiciones para contraer matrimonio a efectos civiles. En su sección 1, la mencionada proposición establecía que *matrimonio, a efectos civiles, es la unión legal de dos personas con exclusión de cualquier otra*. La primera cuestión que se planteaba era si tal modificación legislativa caía dentro de las competencias del parlamento federal. En caso afirmativo, se preguntaba si la sección 1 de la proposición, que extendía la capacidad para casarse a parejas del mismo sexo, era consistente con la Carta<sup>48</sup>.

En principio, la competencia del Parlamento federal para legislar sobre “matrimonio y divorcio” está claramente establecida en la sección 91(26) de la Ley Constitucional de 1867.<sup>49</sup> Sin embargo, algunos intervenientes afirmaron que dicha sección no podía interpretarse en el sentido de otorgar al Parlamento competencia legislativa sobre el matrimonio del mismo sexo. Según esta opinión, el significado de “matrimonio” estaba constitucionalmente “atrincherado”, e incorporaba necesariamente el requisito de sexos opuestos<sup>50</sup>. En su respuesta a esta cuestión, la Corte invocó el cambio que había sufrido la sociedad canadiense desde entonces. De una sociedad de valores compartidos, donde el matrimonio era inconcebible fuera del marco religioso, Canadá había pasado a ser una sociedad pluralista, donde el matrimonio se concebía, desde el punto de vista del Estado, como una institución civil. A partir de esta reflexión, la Corte invocó la idea de un “constitucionalismo *common law*”:

El razonamiento de los “conceptos congelados” es contrario a uno de los principios fundamentales de la interpretación constitucional en Canadá: que nuestra

<sup>46</sup> Efectivamente, el Parlamento de Ontario enmendó no sólo la Ley de Derecho de Familia, sino también otras muchas piezas de su legislación para incluir las parejas del mismo sexo. Aun así, la provincia no redefinió la noción de “cónyuge” en este sentido, sino que, de acuerdo con la sentencia de la Corte, equiparó en derechos y responsabilidades a las parejas del mismo sexo con los “cónyuges”, entendidos como hombre y mujer. Este espacio de decisión era precisamente lo que dejó la Corte en su decisión de *M. v. H.* Años más tarde, un gobierno liberal en Ontario cambió la ley y redefinió “cónyuges” para incluir a las parejas del mismo sexo (*Spousal Relationships Statute Law Amendment Act*, S.O. 2005, c. 5).

<sup>47</sup> *Reference re Same-Sex Marriage*, (2004) SCC 79.

<sup>48</sup> En tercer lugar, se cuestionaba si la libertad religiosa permitía a las autoridades eclesiásticas oponerse a celebrar matrimonios del mismo sexo por motivos de conciencia. Al año siguiente, cuando todavía no había emitido su respuesta la Corte, el Gobernador General añadió una cuarta cuestión, preguntando si el requisito de sexo opuesto para contraer matrimonio civil, establecido por el derecho consuetudinario y por el sistema jurídico de Quebec, era consistente con la Carta. La Corte ejerció su discrecionalidad para no contestar a esta última cuestión, basándose en el hecho de que el Parlamento había expresado su intención inequívoca de introducir legislación relativa a las parejas del mismo sexo, con independencia de lo que dijese la Corte, y que la definición de matrimonio en el Derecho de cinco provincias y un territorio ya había eliminado el requisito del sexo opuesto (par. 65). Además, existía un número creciente de sentencias de tribunales inferiores en las que se había anulado el requisito del sexo opuesto para contraer matrimonio (par. 66).

<sup>49</sup> Las provincias, por su parte, tienen competencia para la realización de los matrimonios en su jurisdicción, según la sección 92(12) de dicha ley.

<sup>50</sup> Los defensores de dicha crítica citaron la sentencia *Hyde v. Hyde*, [1866], L.R. 1 P. & D. 130, donde la Cámara de los Lores definió los elementos “esenciales e invariables” del matrimonio “en la Cristiandad” como “la unión voluntaria de por vida de un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás” (citado en *Reference re Same-Sex Marriage*, *supra* nota 47, par. 21).

Constitución es un árbol vivo que, a través de una interpretación progresiva, acomoda y afronta las realidades de la vida moderna<sup>51</sup>.

Frente al razonamiento de los “conceptos congelados”, la interpretación “liberal o progresiva” (*progressive interpretation*) –que aquí denominamos “constructiva”– asegura la “continua relevancia y legitimidad” de los documentos constitucionales. Con este tipo de interpretación la Constitución logra su finalidad última, esto es, “estructurar el ejercicio del poder de los órganos del Estado en tiempos muy diferentes a aquellos en que fue diseñada”<sup>52</sup>. Para reforzar su argumento, la Corte recordó cómo en el pasado se dudó de que las mujeres pudieran considerarse “personas cualificadas” para ser elegidas como miembros del Senado de Canadá<sup>53</sup>. En aquel momento también se acudió al “pasado inmemorial” para tratar de impedir una modificación legislativa. Pero, tal como señala la Corte, *las costumbres pueden llegar a convertirse en tradiciones más fuertes que el Derecho, y permanecer invariables mucho tiempo después de que desaparezca la razón que las justificaba*<sup>54</sup>. Por lo tanto, concluye la Corte, la apelación a la historia en esta materia no es concluyente.

Una segunda razón para oponerse a la modificación legal se basaba en que la interpretación constructiva tiene también sus “límites naturales”, y que dichos límites impiden el matrimonio del mismo sexo. La Corte respondió que este argumento sólo puede prosperar si se lograse identificar objetivamente el significado de “natural” respecto al matrimonio, puesto que, en caso contrario, resultaba meramente tautológico. El único elemento objetivo que todas las partes reconocían como “natural” en el matrimonio era la unión voluntaria de dos personas con exclusión de cualquier otra. Más allá de eso, las visiones eran divergentes<sup>55</sup>.

### Reino Unido

En *Ghaidan v. Godin-Mendoza*<sup>56</sup> los jueces hicieron uso de su poder de interpretación constructiva respecto a los derechos sucesorios de las parejas homosexuales. La disposición legislativa impugnada fue el parágrafo 2(2), del Anexo 1, de la Ley de Arrendamientos (*Rent Act 1977*), por el cual el “cónyuge superviviente” (*surviving spouse*) del inquilino de una vivienda podía pasar a ser el nuevo inquilino “legal”, siempre que dicha vivienda hubiera sido el domicilio de ambos en el momento del fallecimiento del inquilino original, y así continuase siendo para el cónyuge superviviente. En un caso anterior, ante unos hechos semejantes, la Cámara de los Lores había resuelto que esta disposición legal no incluía personas en relaciones del mismo sexo<sup>57</sup>. La cuestión que se planteaba en *Ghaidan* era si esta lectura del parágrafo 2(2) podía sobrevivir a la entrada en vigor de la Ley de Derechos Humanos de 1998.<sup>58</sup>

La Cámara de los Lores acordó por unanimidad que, conforme a una interpretación natural u ordinaria de la disposición impugnada, las parejas homosexuales que cohabitaban en la misma vivienda recibían un trato distinto respecto a las parejas heterosexuales en las mismas circunstancias, de modo que

<sup>51</sup> *Ibid.*, pár. 22.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pár. 23.

<sup>53</sup> *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.) (*the "Persons" case*).

<sup>54</sup> *Reference re Same-Sex Marriage*, *supra* nota 47, pár. 25.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pár. 27.

<sup>56</sup> *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30.

<sup>57</sup> *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd.*, [2001] 1 A.C. 27.

<sup>58</sup> En *Ghaidan* el inquilino original había fallecido antes de la entrada en vigor de dicha ley, la cual se produjo el 2 de octubre de 2000.

las primeras resultaban discriminadas en sus derechos sucesorios<sup>59</sup>. En *Fitzpatrick*, la Cámara había dado por buena esta discriminación, alegando que se reconocía al superviviente de una pareja del mismo sexo el derecho a competir con el resto de los “familiares” del inquilino original por el derecho a un “alquiler asegurado” (*assured tenancy*) conforme al parágrafo 3 de la ley impugnada. Sin embargo, como señaló el juez Nicholls, incluso en el caso de que este derecho pudiera salvar la situación en términos económicos (lo que ocurría, de hecho, en el caso del señor Godin-Mendoza) no se conseguía evitar la situación “menos favorable” de las parejas homosexuales respecto a los derechos sucesorios de las parejas de distinto sexo. En el “alquiler asegurado”, la renta dependía del precio de mercado, el cual podía superar “la renta justa bajo un alquiler legal”; además, el inquilino “asegurado” tenía menos protección judicial efectiva en caso de impago<sup>60</sup>. Como consecuencia, según Lord Nicholls, la distinción fundada en la orientación sexual infringía el derecho de no discriminación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* plasmado en su artículo 14, leído conjuntamente con el artículo 8<sup>61</sup>.

Una vez determinado que dicha inconsistencia no podía justificarse bajo una interpretación ordinaria del texto y conforme al propósito del legislador, Lord Nicholls pasó a considerar si la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 permitía producir otra interpretación distinta de la disposición impugnada. Siguiendo la decisión de la Cámara en *R. v. A.*<sup>62</sup>, el juez afirmó que la “posibilidad” que abría la sección 3 iba más allá de la mera capacidad para resolver ambigüedades de la legislación. *La sección 3 puede requerir a la Corte apartarse de la intención legislativa, esto es, apartarse de la intención del Parlamento que promulgó la legislación*<sup>63</sup>. Dicho de otro modo, que la posibilidad de una interpretación “constructiva” consistente con los derechos protegidos *no depende críticamente de la forma concreta de las palabras adoptadas por el legislador en la disposición legal bajo consideración*<sup>64</sup>. Lo importante no son las palabras específicas de la disposición, sino “el concepto expresado en ese lenguaje”<sup>65</sup>. Por este motivo, la sección 3 no sólo permite una interpretación restrictiva o extensiva del lenguaje usado por el legislador, sino que también puede ordenar *incluir (read in) palabras que cambian el significado de la legislación promulgada, de modo que resulte consistente con el Convenio*<sup>66</sup>. Este deber/poder interpretativo tiene dos límites fundamentales: no puede alterar o modificar los “rasgos fundamentales” o el “propósito subyacente” de la legislación<sup>67</sup>, ni puede suponer unas “ramificaciones prácticas de gran alcance” que la Cámara no esté en condiciones de prever<sup>68</sup>. En *Ghaidan*, sin embargo, no se daban ninguno de estos riesgos. El objetivo social subyacente de la Ley de Arrendamientos, después de la enmienda de 1988 por la que se extendió el beneficio legal a los supervivientes de parejas de hecho que cumplieran ciertos requisitos, era igualmente aplicable a los supervivientes de parejas homosexuales en iguales circunstancias. Por tanto, parecía lógico que la

<sup>59</sup> *Ghaidan*, *supra* nota 56, pár. 5.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*, pár. 6. El artículo 14 de la Convenio no confiere un derecho independiente de no discriminación, sino que prohíbe la discriminación en “el goce de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio”. Así, para poder aplicar este artículo, los hechos en cuestión deben poder subsumirse dentro del ámbito de uno o más derechos del Convenio. Todas las partes del caso estuvieron de acuerdo en que los hechos en *Ghaidan* caían dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8.

<sup>62</sup> *R v A (No 2) [2002] 1 A.C. 45.*

<sup>63</sup> *Ghaidan*, *supra* nota 56, pár. 30.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pár. 31.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, pár. 32.

<sup>67</sup> *R. (Anderson) v. Secretary for the Home Department [2002] 3 W.L.R. 1800.*

<sup>68</sup> *Bellinger v. Bellinger [2003] 2 W.L.R. 1174.*

ESTUDIOS

aplicación de la sección 3 al parágrafo 2 de la ley tuviera como efecto que dicha disposición se leyera y aplicara “*como si el superviviente de una pareja homosexual fuera el cónyuge superviviente del inquilino original*”<sup>69</sup>. Con esta lectura se eliminaba el efecto discriminatorio del parágrafo 2 sin hacer que dicha disposición resultara inconsistente con el objetivo subyacente de la legislación. Como vimos en la jurisprudencia de la Corte canadiense, lo importante no es “la forma precisa de las palabras incluidas con este propósito”, sino el “efecto sustantivo” de tales palabras<sup>70</sup>.

#### 4. Un caso peculiar de migración constitucional: la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional Español

Antes de pasar a la posible justificación de la interpretación constructiva, quisiera comentar brevemente un ejemplo reciente de este tipo de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En la Sentencia 198/2012<sup>71</sup>, los recurrentes cuestionaron 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, y más concretamente, el ajuste constitucional del primer apartado del artículo único de la Ley, que añadía un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, en virtud del cual el matrimonio tenía los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo. El motivo principal de inconstitucionalidad era la vulneración del artículo 32 de la Constitución Española, que establecía en su apartado primero que *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*, y en su apartado segundo que *la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*. Por eso, el magistrado Pablo Pérez Tremps, actuando como portavoz de la opinión mayoritaria, adoptó este precepto constitucional como la “norma parámetro de control”, centrando su argumentación en el análisis del “contenido y el alcance concretos” del artículo 32, *para, una vez definidos ese contenido y alcance, verificar si la norma objeto de control se ajusta a los mismos*.<sup>72</sup>

Los recurrentes, basándose en una “interpretación originalista” del artículo 32, entendían que la ley impugnada vulneraba la garantía institucional del matrimonio. Desde una interpretación natural u ordinaria del texto constitucional, y teniendo presente el devenir del debate constituyente, los recurrentes afirmaron que la ley impugnada hacía irreconocible la institución tradicional del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo. Sin embargo, la opinión mayoritaria del Tribunal no aceptó este razonamiento.

Para resolver esta aparente inconsistencia entre la disposición legal impugnada y el texto constitucional, el juez Pérez Tremps, que redactó la opinión mayoritaria, invocó, entre otras fuentes, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá para defender una forma “evolutiva” de interpretar el precepto constitucional. Este tipo de interpretación permitía “acomodar el texto constitucional a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, responder a las exigencias y problemas que la constitución debía dar respuesta, *a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta*<sup>73</sup>. Para realizar este estilo de interpretación, el juez invocó la noción de “cultura jurídica”, la cual *hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que*

<sup>69</sup> Ghaidan, *supra* nota 56, pár. 35.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

<sup>72</sup> *Ibid.*, FJ 1 y 6.

<sup>73</sup> *Ibid.*, FJ 9.

se desarrolla<sup>74</sup>, esto es, usando las palabras de la sección 1 de la Carta canadiense, la realidad de una sociedad libre y democrática. Si no lo entiendo mal, Pérez Tremps se refiere con esta noción de “cultura jurídica” a lo que algunos autores han denominado “*common law constitution*”, o “constitución no escrita” –esto es, los valores y principios constitucionales inherentes a un sistema jurídico propiamente dicho, o a un gobierno conforme al imperio de la ley. Según Pérez Tremps, son estos valores y principios, y no los principios ordinarios de la interpretación (el sentido literal de las palabras en su contexto y el propósito del constituyente), los que han de dirigir el proceso de análisis del Tribunal Constitucional. Según Pérez Tremps, los valores y principios de la “cultura jurídica” se pueden configurar no sólo a partir de la interpretación literal y originalista de los textos jurídicos, sino también a partir de

...la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición<sup>75</sup>.

Como resultado de dicha interpretación, el juez Pérez Tremps concluyó que las únicas notas esenciales del matrimonio son la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación pública y abierta de esa voluntad. Tales notas estaban presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y seguían reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador, por lo que suprimir de la institución del matrimonio el requisito de distinto sexo no hacía irreconocible el matrimonio como institución dentro de nuestra cultura jurídica. El legislativo había elegido, por tanto, una solución ajustada a la Constitución al reconocer una nueva realidad social que el constituyente no previó.

## 5. La revisión judicial de constitucionalidad: una distorsión justificada de la razón pública

Como hemos podido comprobar, el modelo *commonwealth* presupone una concepción robusta de la revisión judicial. A pesar de ser un modelo más respetuoso con la voluntad popular que el modelo actualmente predominante de constitucionalismo fuerte, produce una doble distorsión de la razón pública democrática: por un lado, otorga a los jueces un papel decisivo en la interpretación de los derechos constitucionales, como sus intérpretes más autorizados, y, por otro, convierte el estilo de razonamiento judicial en el modelo bajo el que se desarrollan los debates parlamentarios sobre los derechos básicos. De este modo, se desvanece cualquier distinción significativa entre los constitucionalismos “fuerte” y “débil” (Waldron, 2006; Huscroft, 2004). Aunque el modelo *commonwealth* otorga al parlamento mayor margen de decisión para limitar derechos constitucionales, es innegable que ofrece un esquema de protección de derechos tan efectivo y determinante como el modelo de constitucionalismo fuerte.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, citando copiosa jurisprudencia del TC respecto a la noción de “cultura jurídica” SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11.

<sup>75</sup> Sentencia 198/2012, *supra* nota 71, FJ 9.

En mi opinión, el modelo *commonwealth* es una forma o procedimiento alternativo para lograr el mismo objetivo que persigue el constitucionalismo fuerte. Al fin y al cabo, ambas comparten el paradigma de los derechos humanos como compromisos jurídicos fundamentales o constitucionales de la sociedad. Como señala David Dyzenhaus (2008), la fortaleza de una u otra forma de constitucionalismo no depende tanto del diseño institucional específico de la revisión judicial como de la cultura política y jurídica de la sociedad (y, más concretamente, de hasta dónde el gobierno y la ciudadanía en general se toman en serio lo que dicen los jueces).

Entonces, ¿cuál es la justificación de una teoría robusta de la revisión judicial? En mi opinión, dicha justificación no se obtiene simplemente remarcando el carácter inevitable de la revisión judicial bajo una ley constitucional (o bajo una ley “marco” de aplicación e interpretación jurídica). El deber/poder creativo de los jueces no tiene una sólida defensa si lo consideramos únicamente como algo necesario en un sistema jurídico con algún esquema de protección de derechos fundamentales. La mejor justificación de la interpretación judicial constructiva surge, en mi opinión, de una concepción sustantiva del imperio de la ley, en la que el deber de interpretar la legalidad de manera consistente con los derechos humanos no es una necesidad que debamos minimizar y restringir, sino una virtud que debemos preservar y fomentar.

En efecto, una carta escrita de derechos trae consigo inevitablemente la producción legal de los jueces, aunque se trate, como es obvio, de una capacidad mucho más limitada en su ámbito y efectos que la del legislativo. En términos generales, la interpretación jurídica no se ciñe a “descubrir” el significado de las leyes. Típicamente, existe un desacuerdo inevitable sobre el sentido de las disposiciones legales y sobre cómo deberían interpretarlas los jueces. Numerosos teóricos del Derecho han sugerido que en tales casos la legislación es “indeterminada”<sup>76</sup>. Es decir, las disposiciones legales no ofrecen una solución concreta o una única respuesta correcta a la cuestión que el juez debe decidir. La interpretación judicial ha de acompañarse, por tanto, de una justificación cuyas razones provienen necesariamente, al menos en parte, de juicios valorativos no contenidos dentro de la legislación. Esta situación se hace aún más evidente bajo una carta de derechos<sup>77</sup>.

Sin embargo, el hecho de que algo sea inevitable no implica (o no implica necesariamente) que ese algo deba considerarse justificado. Puede que, a pesar de todo, se trate de un error, es decir, de algo que debemos minimizar y restringir hasta donde sea posible. Imaginemos una teoría que afirmase que el Derecho es un instrumento moralmente neutral para la transmisión de la voluntad del gobierno democrático a la sociedad y que, como consecuencia, debemos procurar la menor intervención posible en dicha voluntad por parte de los aplicadores jurídicos. Desde esta posición teórica, la protección constitucional de derechos básicos sería siempre un error, puesto que no sólo restringe la libertad del legislativo comprometiéndolo con ciertos valores constitucionales, sino que otorga a los jueces el poder para introducir en el sistema jurídico otros valores que el legislador no contempló en el momento de promulgar sus leyes. Incluso aunque el pueblo quisiera mayoritariamente dotarse de un *Bill of Rights*, seguiría siendo una mala idea. El

<sup>76</sup> Esta concepción de la indeterminación jurídica puede encontrarse, entre otros, en Hart (1994), Raz (1979) y Shapiro (2011).

<sup>77</sup> Desde la experiencia británica, Kavanagh (2004) ha analizado cómo las interpretaciones de la Ley de Derechos Humanos son en gran medida juicios evaluativos. De igual modo, desde la experiencia neozelandesa, Rishworth (2004) ha puesto de relieve la inevitabilidad de la interpretación judicial constructiva bajo una ley ordinaria “marco” de derechos y libertades.

positivismo jurídico “normativo” o “político”, de raíz benthamita, que defienden autores como Jeremy Waldron o Grant Huscroft, vendría a confirmar esta opinión<sup>78</sup>. Ante la realidad de las democracias constitucionales contemporáneas, y la imposibilidad de erradicar las cartas de derechos de sus legislaciones, esta posición defiende la superior legitimidad del legislativo frente a los jueces para controlar la compatibilidad de las disposiciones legales con los derechos protegidos<sup>79</sup>.

En mi opinión, la revisión judicial de constitucionalidad sólo puede justificarse adecuadamente si se supera la concepción positivista del Derecho como instrumento neutral de transmisión de la voluntad del gobernante al gobernado. En concreto, sólo desde el enfoque “transaccional” del Derecho que sostienen autores como Lon Fuller, Trevor Allan y Dyzenhaus, el poder creativo de los jueces aparece como algo no meramente inevitable, sino, al contrario, imprescindible<sup>80</sup>. Según este enfoque, una sociedad que vive bajo el imperio del Derecho no sólo se gobierna por medio de leyes, sino que aspira a cumplir los valores constitucionales que dan soporte a la legalidad formal, valores de una moralidad política que es inherente a la existencia de un régimen de Derecho<sup>81</sup>. Esta es la idea de una “constitución no escrita” que tradicionalmente ha permitido a los jueces del *common law* tener una independencia “positiva”<sup>82</sup> para interpretar el Derecho sin menoscabo del principio de la soberanía parlamentaria. Desde esta posición, incluso aunque no existiese una constitución escrita, habría una moralidad constitucional implícita en el sistema jurídico sobre la que los jueces deberían apoyarse para determinar qué es y qué no es Derecho válido en su comunidad política<sup>83</sup>. No obstante, cabe hacer aquí dos consideraciones importantes. En primer lugar, como hemos podido ver en los anteriores ejemplos de razonamiento judicial bajo el modelo *commonwealth*, este tipo de independencia no significa que los jueces puedan aplicar las disposiciones

<sup>78</sup> Con el nombre de “positivismo normativo” o “político” me refiero a aquella concepción según la cual la separación entre el Derecho y la Moral viene exigida por una determinada moralidad política. Según esta concepción, el respeto al pluralismo comprehensivo inherente a una sociedad democrática exige considerar el Derecho como una forma de zanjar de manera estable las cuestiones controvertidas. Cuando los jueces constitucionalizan un asunto controvertido mediante la interpretación constructiva, lo que hacen es impedir la posibilidad de lograr un acuerdo político y, con ello, una solución duradera. Véase Waldron (1999; 2006), Huscroft (2004) y Goldsworthy (1999).

<sup>79</sup> Según el argumento central de Waldron contra la revisión judicial de constitucionalidad, en el contexto de una sociedad democrática con un claro compromiso con los derechos humanos y donde funcione normalmente un parlamento, dado que los asuntos controvertidos sobre derechos se resuelven siempre por mayoría (también en los tribunales superiores), se debe dejar la decisión final sobre los derechos al parlamento, puesto que cuenta con respaldo democrático y tiene más capacidad que los tribunales para un tipo de razonamiento moral pleno y no centrado únicamente en el Derecho relevante. Véase Waldron (2006).

<sup>80</sup> Para Fuller (1969), el imperio de la ley es una empresa colectiva de carácter cooperativo, que implica obligaciones recíprocas de respeto mutuo entre gobernantes y gobernados. Los poderes del Estado deben rendir cuentas entre sí y ante la ciudadanía respecto a su propio acatamiento de los valores constitucionales. Véase Melero (2012: 59-74). A partir de esta concepción sustantiva del imperio de la ley, Dyzenhaus (2004) y Allan (2001) han articulado la idea de una cultura de la justificación que contiene en sí las claves de una democracia deliberativa.

<sup>81</sup> Esos valores incluyen no sólo los que son inherentes a los principios de la legalidad formal enunciados por Fuller, sino también a los que se derivan de considerar al sujeto legal como portador de derechos humanos. De ahí deriva, en parte, la peculiaridad del “nuevo” modelo *commonwealth* de constitucionalismo.

<sup>82</sup> Simpson (1989: 147). Más allá de la no injerencia en su trabajo por parte del poder político, A.W.B. Simpson define la independencia positiva de los jueces como “la idea de que la judicatura, a través de sus decisiones... hará su propia contribución en la tarea del gobierno defendiendo las virtudes asociadas con el ideal del imperio de la ley”.

<sup>83</sup> Aunque la teoría del razonamiento judicial de Dworkin cae de lleno dentro de esta tradición, no ocurre lo mismo con su teoría general del Derecho y, más concretamente, con su concepción de los principios implícitos en el Derecho. Para Dworkin, estos principios son los que conforman la moralidad política liberal subyacente a la Constitución de los Estados Unidos, y no los principios inherentes a cualquier sistema jurídico como tal. Por esta razón, creo que es Fuller el autor más representativo de la tradición del *common law*.

legales prescindiendo de los términos explícitos en que se enuncian, o ignorando la intención con que el legislador las promulgó. En la interpretación constructiva, los jueces consideran el sentido literal de las disposiciones legales y la intención original del legislador como el punto de partida de su razonamiento, de modo que, ante una violación seria de los derechos protegidos, podrán modificar o alterar ese sentido e intención originales con objeto de producir una legislación razonablemente consistente con tales derechos. En segundo lugar, el modelo *commonwealth* establece un proyecto común de protección de derechos. Sus defensores no afirman, frente al positivismo político, la supremacía judicial; ahora bien, responden que el debate legislativo sobre derechos fundamentales (lo que aquí hemos llamado “revisión política”) es, en la práctica real, algo a menudo promovido, o incluso forzado, por las decisiones judiciales que ponen en cuestión si una disposición legal es compatible con los compromisos constitucionales<sup>84</sup>. No se trata, pues, de elegir entre los poderes del Estado el que mejor sirve para defender la cultura de los derechos humanos, sino de establecer el mejor modo en que deben interactuar entre ellos con ese propósito.

A decir verdad, existe un sector del positivismo jurídico contemporáneo, el denominado “positivismo incluyente”, según el cual es posible dar cuenta del razonamiento judicial típico del *common law* sin abandonar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral<sup>85</sup>. Como se sabe, este tipo de positivismo jurídico es heredero de la teoría de Hart, y pretende describir, desde un punto de vista neutral, el razonamiento de los jueces en un régimen de derechos fundamentales. Se trata, sin duda, de un loable esfuerzo por acercar la teoría analítica del Derecho a la práctica jurídica realmente existente en las democracias constitucionales actuales. Sin embargo, creo que esta concepción es incoherente por dos razones. Primero, porque la inclusión de principios morales entre los criterios de validez legal implica una teoría no positivista del Derecho. Como señaló en su momento Dworkin, no es posible seguir sosteniendo una “regla de reconocimiento” para la identificación del Derecho válido cuando se incluyen en ella unos principios morales cuyo contenido no puede establecerse de manera incontrovertida mediante hechos sociales<sup>86</sup>. Ante esta objeción, los positivistas incluyentes responden que la mencionada inclusión es meramente contingente, es decir, que se basa en una convención social y no en el contenido o el mérito moral de tales principios. Pero esto conduce a la segunda razón para afirmar la incoherencia de esta teoría. La contingencia de la conexión entre el Derecho y la moral es ajena a la tradición del *common law*, y a su concepción de la naturaleza de los principios constitucionales. Desde un positivismo incluyente, tales principios respaldan las decisiones judiciales tan sólo como una serie de convenciones que los jueces y operadores jurídicos de una determinada jurisdicción aceptan como obligatorios. En la tradición del *common law*, en cambio, dichos principios tienen una relación necesaria con el Derecho por cuanto que se entienden como las condiciones de legalidad inmanentes a un orden legal. En esta

<sup>84</sup> Dyzenhaus (2008: 147).

<sup>85</sup> El ejemplo quizás más elaborado de esta concepción se encuentra en Waluchow (2007).

<sup>86</sup> Waluchow se basa en la concepción del Derecho como planificación social de Hart, y en la incapacidad inherente a cualquier ordenamiento jurídico para resolver por anticipado todas las cuestiones imaginables. Desde dicha concepción, sólo es posible reconocer la validez jurídica de los principios constitucionales a partir de su declaración formal. Dicha declaración tiene, según el positivismo incluyente, la función de zanjar de manera estable la discusión moral sobre los derechos, de tal modo que los jueces pueden acudir al razonamiento moral sin dejar de cumplir la regla de reconocimiento. Pero la constitución no elimina el desacuerdo razonable sobre la justicia sustantiva. Los derechos que quedan registrados en el texto constitucional son tan sumamente abstractos que exigen acudir al razonamiento moral para su aplicación judicial en los casos concretos. No hay forma de eludir esta consecuencia. Si la regla de reconocimiento implica el consenso de los jueces respecto al modo de actuar en la resolución de los casos, la inclusión de los principios morales dentro de dicha regla trae consigo forzosamente la supresión de dicho consenso. Véase Dworkin (2006: 190).

tradición, por tanto, es la legalidad, y no la regla de reconocimiento, la que determina cuál es el Derecho en un sistema jurídico<sup>87</sup>.

Para los propósitos de este artículo, lo más relevante de este último punto son las consecuencias que se derivan para la función judicial. Según Wil Waluchow, no sólo puede darse una brecha significativa entre la validez legal y la moralidad comunitaria, sino que también existe la posibilidad de que la moralidad constitucional de la sociedad (la que los jueces tienen el deber legal de aplicar) sea profundamente reprobable desde la moralidad que Hart denominó “crítica” o “ilustrada”<sup>88</sup>. Waluchow pone como ejemplo la moralidad constitucional racista de Sudáfrica durante el régimen del *apartheid*.<sup>89</sup> Ahora bien, la separación del deber legal de los jueces (aplicar el Derecho válido) de su deber moral (seguir los dictados de su conciencia) incurre en una petición de principio. Desde una concepción no positivista del imperio de la ley, el juez no puede identificar primero el contenido del Derecho por medio de criterios moralmente neutrales, para luego juzgar ese contenido recurriendo a la argumentación moral. Los principios de la legalidad y los derechos humanos se consideran una parte irrenunciable de la moralidad constitucional de cualquier sociedad que quiera gobernarse mediante el Derecho, *el contexto en el que el juez debe tratar de interpretar los datos relevantes para la cuestión que plantea el caso*<sup>90</sup>. Según este enfoque, aunque no exista una constitución escrita, los jueces deben interpretar el Derecho válido de acuerdo con la moralidad constitucional, de modo que, en aquellos casos donde comprueben que la intención del legislativo es manifiestamente contraria a los valores constitucionales, su deber de aplicar el Derecho válido no les exime de su obligación de declarar formalmente dicha incompatibilidad, tal y como vimos que exige el modelo *commonwealth* de constitucionalismo. En caso contrario, estarían incumpliendo su deber legal y moral de fidelidad al Derecho.

## Bibliografía

ALLAN, T.R.S. (2001), *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.

DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.

DWORKIN, R. (2006), “Thirty Years On”, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge.

DYZENHAUS, D. (1998), *Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, Oxford.

DYZENHAUS, D. (2004), “The Unwritten Constitution and the Rule of Law”, en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.

DYZENHAUS, D. (2008), “The Incoherence of Constitutional Positivism”, en HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.

FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.

GARDBAUM, S. (2001), “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Núm. 49, pp. 707-760.

<sup>87</sup> Allan (2001: 218).

<sup>88</sup> Hart (1994: 183, 206).

<sup>89</sup> Waluchow (2007: 227; 2008: 76, en la nota 17). Compárese con Dyzenhaus (1998). En esta obra, basada en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación que se constituyó en Sudáfrica tras la caída del régimen del *apartheid*, Dyzenhaus critica el papel de los jueces que se limitaron a aplicar la ideología racista incorporada al sistema jurídico, al tiempo que alaba el esfuerzo de aquellos otros jueces que cumplieron su deber legal y moral de interpretar el Derecho positivo de acuerdo con los principios del *common law*, en especial el principio de igualdad.

<sup>90</sup> Dyzenhaus (2010: 53).

GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Núm. 8, pp. 167-206.

GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

GOLDSWORTHY, J. (1999), *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.

HART, H. (1994), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.

HIEBERT, J. (2004), "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, Núm. 82, pp. 1963-1987.

HUSCROFT, G. (2004), "A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation", en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.

KAVANAGH, A. (2004), "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 259-285.

MANFREDI, C. (2001), *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford.

MELERO, M.C. (2012), "Estudio preliminar: Dworkin y el imperio de la ley", en MELERO, M.C. (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Tirant lo Blanc, Valencia.

RAZ, J. (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.

RISHWORTH, P. (2004), "The Inevitability of Judicial Review under "Interpretative" Bill of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?", en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.

RUIZ MIGUEL, A. (2000), "Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional", *Doxa*, Núm. 23, pp. 145-160.

SHAPIRO, S. (2011), *Legality*, Harvard University Press, Cambridge.

SIMPSON, A.W.B. (1989), "The Judges and the Vigilant State", *Denning Law Journal*, Núm. 4, pp. 145-167.

TUSHNET, M. (1996), "Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty", *Michigan Law Review*, Núm. 94, pp. 245-301.

WALDRON, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford.

WALDRON, J. (2006), "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, Núm. 6, pp. 1346-1406.

WALUCHOW, W. (2007), *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge.

WALUCHOW, W. (2007), "Constitutional Morality and Bill of Rights", en HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.

WEINRIB, L.E. (2006), "The postwar paradigm and American exceptionalism", en CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge.

## Persiguiendo la tesis convencionalista

Federico Arena

Università Bocconi, Milán  
[federico.arena@unibocconi.it](mailto:federico.arena@unibocconi.it)

### Resumen

El autor ofrece en este trabajo una presentación del convencionalismo jurídico, entendido como aquella posición que defiende la tesis convencionalista acerca del derecho. Según esta tesis el hecho jurídico fundamental es (determinado por) una convención. Para precisar el contenido de la tesis el autor propone, siguiendo el trabajo de otros autores, distinguir, primero, entre dos nociones de convención: una basada en el acuerdo y otra no basada en el acuerdo; segundo, entre distintos niveles de convencionalidad; y tercero, entre dos tipos de convenciones, a saber, aquellas que solucionan un problema de coordinación recurrente, denominadas convenciones de coordinación, y aquellas que definen una práctica y establecen cómo participar en ellas, denominadas convenciones constitutivas. Luego de analizar las versiones tradicionales de la tesis convencionalista que intentaron dar cuenta de regla de reconocimiento, el autor propone una versión de la tesis convencionalista que distinga dos etapas dentro de la práctica de identificación del derecho. Por un lado la identificación de los textos jurídicos a la que concibe como un convención de coordinación y, por otro lado, la atribución de significado a tales textos a partir de ciertos métodos interpretativos, a los que concibe como convenciones constitutivas.

### Palabras clave

Convencionalismo jurídico, acuerdo, condición de dependencia, arbitrariedad, niveles de convencionalidad, convenciones de coordinación, convenciones constitutivas, identificación de textos jurídicos, interpretación jurídica.

## Chasing the conventionality thesis

### Abstract

The author offers a statement of legal conventionalism, i.e., the point of view that holds the conventionality thesis about law. According to that thesis the fundamental legal fact is (determined by) a convention. In order to flesh out the thesis the author proposes, following the work of other philosophers, to distinguish, first, between two notions of convention, i.e., agreement based and non-agreement based conventions; second, between different levels of conventionality; and third, between two types of conventions, to wit, coordination conventions that solve a recurrent coordination problem and constitutive conventions that define a practice and determine how to be part of it. On this basis the author analyzes and criticizes the traditional versions of the conventionality thesis that tried to give an account of the hartian rule of recognition. In order to overcome the difficulties of previous versions, the author proposes a revision of the conventionality thesis based on a distinction between two phases within the practice of the identification of law. On the one hand, the identification of legal text conceived as a coordination convention and, on the other hand, the practice of the interpretation of legal texts, conceived as a set of constitutive conventions.

### Keywords

Legal conventionalism, agreement, condition of dependence, arbitrariness, levels of conventionality, coordination conventions, constitutive conventions, identification of legal texts, legal interpretation.

## 1. Introducción

No parece arriesgado afirmar que aquello que llamamos derecho es un fenómeno social, una creación humana, o incluso un artefacto. Hay algo de intuitivo en la idea de que el contenido y la existencia del derecho están estrechamente ligados a la acción humana. Esta intuición suele apoyarse en distintas evidencias empíricas, como el hecho de que el contenido de las normas jurídicas no es el mismo en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales, por ejemplo, el derecho cambia de país a país. O también en que el derecho, como instrumento de control social, haya aparecido en un cierto momento histórico.

El convencionalismo jurídico puede entenderse, bajo una primera aproximación, como un intento por dar cobertura filosófica a esta intuición. En este trabajo ofreceré una presentación del convencionalismo jurídico (de ahora en adelante simplemente "convencionalismo") al que, como delimitación inicial, entenderé como aquella posición que defiende la tesis convencionalista acerca del derecho:

(i) Tesis convencionalista (TC): el hecho jurídico fundamental es (determinado por) una convención.

Se trata, claro, de una definición que intentaré aclarar a lo largo de este trabajo y a la que espero despojar de toda oscuridad. A partir de la formulación propuesta se puede apreciar que la tesis consta de dos elementos principales. Por un lado "hecho jurídico fundamental", es decir, el aspecto del derecho respecto del cual se predica su convencionalidad, y por otro lado la noción de "convención". Para la elucidación de ambos elementos dividiré el recorrido en cuatro etapas.

En primer lugar, me referiré a las tesis de Hart cuya defensa llevaron a algunos filósofos del derecho a ensayar la vía convencionalista. La referencia a Hart es relevante aquí porque permite dar contenido al primer elemento de la tesis, esto es, permite determinar cuál es el hecho jurídico fundamental.

En segundo lugar me detendré en la noción de convención, distinguiendo, primero, entre convenciones basadas en el acuerdo y convenciones no basadas en el acuerdo, y, segundo, entre convenciones superficiales y convenciones profundas. Por otro lado, presentaré también los distintos tipos de convenciones, a saber, las convenciones de coordinación y las convenciones constitutivas.

En tercer lugar, me referiré a las versiones tradicionales del convencionalismo que han intentado usar estas nociones y estos tipos de convención para dar cuenta de la regla de reconocimiento hartiana. En este sentido, creo, el convencionalismo ha de ser evaluado no sólo respecto de su capacidad para resolver las dificultades de Hart, sino más bien respecto de su capacidad para dar cuenta del fenómeno jurídico, independientemente del hecho que ello coincida con el proyecto hartiano. Es por ello que me parece necesario identificar dos tipos de dificultades. Un primer grupo, que llamaré críticas externas, está compuesto por argumentos que señalan ciertas propiedades del fenómeno jurídico que la teoría de Hart no pueden explicar y que, se alega, tampoco explica el convencionalismo. Un segundo grupo, que denominaré críticas internas, está compuesto por argumentos dirigidos a mostrar que en el fenómeno jurídico no se dan las condiciones que permitan considerarlo convencional. Las críticas internas a su vez han de ser distinguidas entre aquellas que apuntan a negar que en hecho jurídico fundamental sea una convención, de aquellas que apuntan a negar que el hecho jurídico

fundamental sea un *tipo* de convención. En este trabajo me ocuparé únicamente de las críticas internas, ya que mi interés principal es presentar el convencionalismo.

En cuarto lugar propondré una reformulación del convencionalismo jurídico, desdoblando la tesis convencionalista en dos, con la pretensión de sortear las dificultades que no logran superar las versiones tradicionales.

## 2. Hacia el convencionalismo

Ya sea explícitamente, ya sea como consecuencia de la respuesta que dan a algunos problemas filosófico-jurídicos, el convencionalismo se encuentra estrechamente vinculado con las tesis de Herbert Hart. Si bien no se puede atribuir a Hart, al menos cuando propuso su teoría del derecho en el libro *The Concept of Law*<sup>1</sup>, el haber defendido explícitamente la tesis convencionalista; sí es cierto que los autores a quienes puede atribuirse una defensa de esa tesis son seguidores, o al menos deudores, de las posiciones hartianas.

Es por esto que, si bien es bastante conocida, me parece necesario comenzar por la propuesta teórica ofrecida por Hart en *The Concept of Law*. En ese libro, Hart propone a la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias como la clave de la ciencia del derecho<sup>2</sup>. En general se puede afirmar que: i. las reglas primarias regulan el comportamiento de los miembros de la sociedad<sup>3</sup>, y ii. las reglas secundarias se refieren a las reglas primarias y entre ellas asume especial relevancia la regla de reconocimiento, que fija los criterios para identificar el derecho.

La regla de reconocimiento, en cuanto regla *social*, es una regla practicada por un grupo de individuos determinados, esto es, los funcionarios encargados de la identificación y aplicación del derecho. Hart (1994[1961]: 55) explica en qué consiste el carácter social de la regla a partir de la comparación con la noción de hábito de obediencia. Las reglas sociales y los hábitos comparten una propiedad, a saber, en ambos casos existe una convergencia de conducta. Esto quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo se comportan del mismo modo cada vez que se presenta la oportunidad de hacerlo.

52

Más allá de esta semejanza, las reglas poseen un elemento que las diferencia de los hábitos y que Hart (1994[1961]: 56) denomina “aspecto interno”. El aspecto interno de las reglas consiste en una actitud de los miembros del grupo en virtud de la cual perciben el comportamiento en cuestión como un estándar de comportamiento común. Ello significa, por un lado, que el comportamiento que no se ajusta a la regla es considerado como una desviación susceptible de crítica y, por otro lado, que la crítica a la desviación y la presión por la conformidad son aceptadas como justificadas o legítimas; es decir, quien critica la desviación no se enfrenta a ulteriores reacciones críticas.

<sup>1</sup> Más discutible es, como veremos, si tal posición puede atribuirse a Hart luego de la publicación del ensayo denominado "Postscript" en la segunda edición de *The Concept of Law*.

<sup>2</sup> Lamentablemente no ofrece una versión clara y unívoca de la distinción, tanto es así que los estudiosos de su obra se han visto en dificultad cuando han intentado interpretarla. Véase al respecto Ruiz Manero (1990: 100).

<sup>3</sup> Tratándose de un grupo social con un número elevado de miembros, afirma Hart, no parece existir otro mecanismo de control social que el de las reglas o estándares generales de comportamiento, las directivas individuales pueden ayudar pero no pueden sustituirlas. Las reglas generales son necesarias ya que permiten trasmitir un estándar de comportamiento, i. a un conjunto numeroso de personas y ii. sin guía anterior, es decir sin que sea necesario producir nuevas directivas para hacer comprensible al destinatario el contenido de la regla. (Hart, 1994[1961]: 124 ss.).

ESTUDIOS

Esta teoría de Hart fue luego denominada *The Practice Theory of Rules* (Raz (1990[1975]: 52-53). Dado que posteriormente Hart redujo el alcance de su teoría a cierto tipo de reglas sociales, adoptaré la denominación “Teoría de las reglas sociales como prácticas” y usaré TRSP como abreviatura para referirme a ella.

La propuesta de Hart combina entonces regla de reconocimiento y TRSP. Un primer modo de configurar la propuesta convencionalista es como un intento por reforzar esta propuesta, reemplazando la TRSP por la noción de convención y respondiendo así a las críticas que se dirigieron contra la TRSP.

Las críticas contra la TRSP tienen como base los cuestionamientos que Dworkin (1977-1978[1972]) y Raz (1990[1975])<sup>4</sup> hicieron al análisis de Hart. Las críticas fueron variando a lo largo de los años debido en parte a las precisiones y modificaciones que Hart formuló con posterioridad. En general estas tesis pueden sintetizarse en la afirmación según la cual la TRSP no da cuenta de la normatividad del derecho<sup>5</sup>.

Estas críticas impulsaron a ciertos autores hacia una estrategia convencionalista y, además, forman el conjunto de críticas externas que, posteriormente, serán dirigidas contra el convencionalismo. Como adelanté en la introducción, en este trabajo me concentraré en el análisis interno del convencionalismo, por lo que no abordaré estas críticas. El paso siguiente es entonces detenernos en la noción de convención, que en la tesis convencionalista reemplaza a TRSP.

### 3. La noción de convención

53

Precisar la noción de convención exigirá, primero, introducir las condiciones de convencionalidad, es decir, aquellas características que hacen que un hecho sea una convención. Y, segundo, distinguir distintos niveles y tipos de convenciones que permitirán afinar la tesis convencionalista.

En sentido amplio, decir que algo es convencional quiere decir que depende de los hombres, de sus acciones y creencias u otras actitudes. En este sentido, convencional se opone a natural y es sinónimo de social (Celano, 2010[1997]: 281-282 y Vilajosana, 2010: 139-140). En un sentido más restringido, que es una especificación del anterior, sólo una subclase de los hechos que dependen de las acciones y actitudes humanas son convenciones. Dicho de otro modo, sólo cuando las acciones y actitudes humanas adquieren una cierta configuración nos encontramos frente a una convención.

Por lo general, se sostiene que ello se verifica cuando esas acciones y actitudes encajan de tal modo que forman un acuerdo. No obstante, creo que es necesario advertir la existencia de dos tipos de condiciones de convencionalidad, a saber, aquellas que definen las convenciones basadas en el acuerdo y aquellas que definen las convenciones no basadas en el acuerdo. E, incluso, que la noción de convención basada en el acuerdo es secundaria respecto de aquella no basada en

<sup>4</sup> Véase también Warnock (1971: 43-52).

<sup>5</sup> Esta afirmación es bastante imprecisa si no se aclara en qué consiste la normatividad. Hay al menos tres sentidos que han ocupado con mayor insistencia a los filósofos del derecho. Según el primero la TRSP no da cuenta del deber de los jueces de aplicar el derecho, según el segundo la TRSP no da cuenta de la autoridad del derecho, según el tercero la TRSP no da cuenta del punto de vista interno de los jueces. Asimismo, una crítica ulterior, si bien estrechamente vinculada a las anteriores, es la que señala la incapacidad de TRSP para dar cuenta de los desacuerdos teóricos entre juristas. Para un tratamiento de esta objeción con relación a la propuesta convencionalista véase Arena (2012).

el acuerdo. Si bien no podré extenderme mucho sobre esta última afirmación, intentaré justificarla luego de presentar las convenciones basadas en el acuerdo.

### **Convenciones basadas en el acuerdo**

Según el punto de vista más extendido, existe una convención cuando dos o más personas han llegado a un acuerdo<sup>6</sup>. La determinación de las condiciones para la existencia de un acuerdo, entre dos o más personas, no es una tarea sencilla. Aquí seguiré la concepción estándar, y quizás la más extendida, según la cual un acuerdo consiste en un intercambio de promesas condicionales<sup>7</sup>.

Si se acepta este modelo de acuerdo, entonces existe una convención entre los miembros del grupo G, de realizar la acción A en la ocasión O, si cada uno de los miembros de G ha prometido a los demás hacer A en O bajo la condición que los demás prometan hacer A en O<sup>8</sup>. Así, un acuerdo es expreso cuando la manifestación de voluntad de llegar a un acuerdo se produce, o bien usando el verbo “prometer” y sus derivados o bien usando otras expresiones lingüísticas que pueden ser asimiladas al verbo “prometer”. En cambio, un acuerdo es tácito cuando la manifestación de voluntad se produce mediante actos (lingüísticos o no) que, sin incluir el verbo “prometer” o términos similares, cuentan de todos modos como una promesa.

Claramente, esta versión de las convenciones basadas en el acuerdo no estaría completa sin especificar en qué consiste prometer. La versión más extendida es la que concibe las promesas como un acto comunicativo, dentro de una práctica de prometer<sup>9</sup>. Según esta concepción, prometer consiste en llevar a cabo ciertos actos comunicativos que, en cuanto satisfacen las condiciones establecidas por las reglas de la práctica convencional de prometer, pueden ser considerados promesas. Es precisamente este modo de concebir las promesas el que introduce el problema de la circularidad cuya solución, creo, exige aceptar que las convenciones basadas en el acuerdo son secundarias respecto de aquellas no basadas en el acuerdo. Es decir, parece claro que el carácter convencional de la práctica del prometer no puede a su vez depender de un acuerdo, puesto que ello produciría una circularidad<sup>10</sup>. Si bien creo que la circularidad no es en todos los casos un problema que exige abandonar determinadas explicaciones conceptuales, creo que si es posible encontrar una alternativa no circular (o más amplia) debería optarse por esta última.

Ahora bien, si la noción de convención basada en el acuerdo es una noción derivada o secundaria, respecto de la noción no basada en el acuerdo, se vuelve indispensable ofrecer un relato acerca de cómo un hecho puede constituir una

<sup>6</sup> Existe un sentido en el que dos personas pueden estar de acuerdo acerca de algo que no es relevante aquí. Por ejemplo, tanto Morena como Lucas pueden pensar que los vinos del Penedés son los que mejor saben, en este sentido están de acuerdo. En cambio, el sentido relevante aquí es, por ejemplo, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo acerca del modo en el que utilizarán un cierto término, en circunstancias en las que bien podrían haber elegido otro término u otro significado.

<sup>7</sup> Que se trata de la versión estándar de acuerdo es señalado por varios autores: Lewis (1969: 34), Gilbert (1993: 627) y Raz (1984: 202-203).

<sup>8</sup> Donde O puede ser un tipo de ocasión o una ocasión individual. Véase Gilbert (2008: 6).

<sup>9</sup> Esta versión ha sido defendida entre otros por Rawls (1971: 344-350).

<sup>10</sup> Una versión alternativa de las promesas quizás permitiría, a la noción de convención basada en el acuerdo, escapar de la circularidad. Una opción podría ser la teoría de las expectativas articulada por Thomas Scanlon (1990). De todos modos, me parece, el problema que aquí nos interesa es que también para esta teoría la formación de una promesa involucra la realización o bien de un acto lingüístico, o bien de un acto que cuenta también como acto lingüístico, y para que estos actos produzcan sus efectos es necesaria también aquí, la existencia de convenciones que establezcan bajo qué condiciones una cierta preferencia o acción cuenta como determinado acto lingüístico.

convención independientemente de la existencia de un acuerdo.

### **Convenciones no basadas en el acuerdo**

Al igual que en el caso del acuerdo, donde la existencia de la convención depende de un intercambio de promesas condicionales, también el primer elemento de una convención no basada en el acuerdo es el comportamiento de ciertos individuos.

En este sentido, una primera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es que se verifique una cierta regularidad o convergencia de comportamiento. Pero, ¿en qué consiste esta regularidad? Un regularidad de comportamiento puede ser concebida como “realizar la acción A en la ocasión O”, o puesto de modo más general “A en O” (Gilbert, 2008: 8). La regularidad exige que O se presente con cierta frecuencia o, al menos, que se haya presentado más de una vez y que sea posible que vuelva a presentarse (Gilbert, 1983: 229).. Así, existe una regularidad de comportamiento en un grupo G, cuando los miembros de G realizan la acción A cada vez que se presenta la ocasión O.

La regularidad o convergencia de comportamiento se encuentra todavía lejos de constituir una convención, se trata claramente de condición necesaria, pero aún no suficiente. Las convenciones no son hábitos y, siguiendo las clásicas consideraciones de Hart (1994[1961]: 51-61), la sola convergencia de comportamiento no es suficiente para llevar a cabo esta distinción<sup>11</sup>.

La segunda condición, que permite pasar de una mera convergencia de conducta a una convención, es una cierta actitud de los involucrados. La más básica de ellas es denominada por la literatura, “condición de dependencia”. La condición de dependencia se refiere a las razones que llevan a la existencia de una convención. En esos casos, parece existir un sentido crucial en el cual decimos que nos conformamos a la regularidad, en parte, debido a que otros lo hacen. En particular, la razón del seguimiento está constituida (al menos en parte) por el hecho de que existe una práctica común (Celano (2010[2003]: 330). Ello quiere decir que, desde este punto de vista, quien afirma que una regla es convencional formula también una afirmación acerca del tipo de razones que los individuos involucrados poseen para conformarse a la regla.

Creo que es necesario advertir dos modos en que ha sido concebida la condición de dependencia. Por un lado, en su versión simple, la condición de dependencia se verifica respecto de una cierta regularidad de comportamiento cuando la razón para conformarse a esa regularidad depende en parte del hecho que los demás también lo hacen<sup>12</sup>. Por otro lado, bajo una versión más compleja, la condición de dependencia se verifica, respecto de una regularidad de comportamiento, si la razón para conformarse a la regularidad es, en parte, i. que los demás lo hacen y ii. que lo hacen por esta misma razón. En esta segunda versión, la dependencia es recíproca o refleja (Celano (2010[1995]: 195-196).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Ahora que ya me he referido a la noción de convergencia de comportamiento, quisiera señalar la importancia de mantener una cierta constancia terminológica respecto del término “acuerdo”. Dado que el primer elemento de la noción de convención sin acuerdo es la convergencia de comportamiento, me parece que provocaría confusión usar el término “acuerdo” para referirse al hecho de que existe una convergencia de comportamiento. Es por ello que de aquí en adelante “acuerdo” y “convergencia de conducta” designarán conceptos diferentes.

<sup>12</sup> Esta es la versión que, creo, da Marmor (2009: 10).

<sup>13</sup> Si bien Celano (2010[2003]: 330) oscila entre la versión refleja y la versión simple.

Condición de convencionalidad es sólo la versión simple de la condición de dependencia. Nótese que la condición de dependencia no excluye la existencia de otras razones para seguir la convención. Quizás esto pueda entenderse si se distinguen dos niveles de razones para seguir la convención. En un nivel se encuentra la condición de dependencia. En un segundo nivel se encuentra otra u otras razones para seguir la convención, que ya no tiene que ver necesariamente con el hecho que los demás la sigan. Por ejemplo, en el caso de la convención sobre el sentido de circulación de automóviles, existe, por un lado, una razón para hacer lo mismo que hacen los demás que consiste en el evitar daños a uno mismo y a los demás. Por otro lado, dado que los demás guían -en su caso- por la derecha, existe una razón para guiar por ese lado (condición de dependencia). Una norma sería puramente convencional si no existe una razón para seguirla que sea distinta de la condición de dependencia (Marmor, 2009: 11).<sup>14</sup>

De todos modos, una convención no puede ser sólo convergencia de comportamiento más condición de dependencia. Si bastaran estas dos condiciones, entonces quedarían incluidos algunos hechos de los que no diríamos que son una convención. Por ejemplo, como señala Marmor (*Ibíd.*: 10-11), ¿qué sentido tendría no fumar en una habitación donde todos los demás fuman? En estos dos casos, el hecho que los demás no se conformen con la regularidad es parte de la razón para no conformarse, puesto que si los demás no lo hacen, no tendría sentido hacerlo. Sin embargo, no todas las reglas que perderían sentido por esa falta de conformidad serían tratadas como convencionales. Es por ello que la dependencia de la práctica es una propiedad de las convenciones únicamente cuando el hecho que otros efectivamente sigan la regla es *inicialmente* parte de las razones para seguirla. Es decir, la acción de los demás adquiere relevancia en el caso de las convenciones porque determina cuál de los distintos cursos de acción disponibles es el que cada agente ha de seguir. Esta puntualización, nos lleva a la siguiente condición, esto es, la arbitrariedad.

Finalmente, la tercera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es entonces la arbitrariedad.

La arbitrariedad permite distinguir las convenciones de otros tipos de reglas, como por ejemplo las reglas morales. Si bien no ha sido fácil precisar en qué consiste<sup>15</sup>, bastará aquí con concebirla del modo en que tradicionalmente la han presentado los estudiosos de las convenciones, a saber, como existencia de alternativa. Así, la convención según la cual son los padres de la novia quienes han de pagar los gastos de la fiesta de casamiento, bien podría haber sido distinta. Es decir, bien habrían podido ser los padres del novio los encargados de los gastos. La existencia de un modo distinto de configurar una determinada convención puede advertirse claramente en aquellos casos donde ambas posibilidades se dan en el mundo actual. Por ejemplo, el sentido de circulación. Parece entonces que algunas prácticas han adquirido su forma actual en virtud de cierta circunstancia particular (decisión de una persona o de un grupo, accidente histórico, coincidencia, etc.), pero bien podrían haber sido diferentes y no obstante satisfacer la misma finalidad<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Asimismo, la distinción permite explicar por qué en la definición de la condición de dependencia se subraya el hecho de que “parte de” las razones para seguir la convención es que los demás lo hacen.

<sup>15</sup> Por ejemplo, siguiendo a Forster (2004) es posible identificar tres sentidos de arbitrariedad: a. Como existencia de una alternativa. b. Como ausencia de justificación. c. Como resultado de un acto de voluntad.

<sup>16</sup> Para ser una alternativa, la regularidad debe satisfacer ciertas condiciones adicionales. a. Practicabilidad: que la misma población pueda conformarse a la regularidad alternativa en las mismas circunstancias. b. Incompatibilidad: que no sea posible para la misma población conformarse a ambas regularidades al mismo tiempo. c. Sin pérdida en el propósito o función. Es decir, que el conformarse a

ESTUDIOS

La arbitrariedad no ha de ser confundida con la indiferencia. Ni tampoco la arbitrariedad implica indiferencia. El hecho que exista otra regularidad a la que haya sido posible conformarse, no quiere decir que los agentes sean indiferentes (no tengan preferencias) entre esa regularidad y aquella a la que efectivamente se conforman<sup>17</sup>. Es por ello que aun cuando una convención se haya transformado en una tradición, es decir aun cuando los participantes asignen un cierto valor al mantenimiento de la regularidad por el hecho de que ella lleva produciéndose en el grupo desde hace ya un tiempo, ello no vuelve a la regularidad no convencional.

En definitiva, de lo dicho hasta aquí podemos concluir que existen dos nociones de convención, una basada en el acuerdo y otra no basada en el acuerdo<sup>18</sup>. Las condiciones de existencia de la primera incluyen el intercambio de promesas condicionales, esto es., un acuerdo. Las condiciones de existencia de la segunda consisten en la convergencia de comportamiento, la condición de dependencia y la arbitrariedad<sup>19</sup>.

### ***Convenciones superficiales y convenciones profundas***

La noción de convención no basada en el acuerdo, apenas delineada, permite ciertamente dar cuenta de cierto tipo de hechos que, al menos desde un punto de vista pre-analítico, son considerados convencionales, pero respecto de los cuales no se ha verificado un acuerdo. Como por ejemplo, en algunos grupos, la regla según la cual cuando una llamada telefónica se corta, quien ha de volver a llamar es la persona que realizó la llamada inicial.

Sin embargo, algunos de estos hechos poseen características que hacen más complejo su abordaje. Por un lado, su carácter convencional suele resultar opaco a los participantes. En el sentido que pueden verse en dificultad a la hora de determinar el contenido de la convención. Por otro lado, existen aspectos de la vida social cuyo carácter convencional es controvertido. El hecho que la convencionalidad de ciertos ámbitos se encuentre en discusión, permite sospechar que la convencionalidad opera en distintos niveles.

Distintos autores han intentado explicar estos rasgos de las convenciones, recurriendo a la noción de convención profunda, entre ellos Juan Carlos Bayón, Andrei Marmor y John Kekes<sup>20</sup>. En este apartado obviaré las diferencias entre estos

---

la regularidad alternativa (RC') no signifique una pérdida significativa en la función social o el propósito que satisface la regularidad actual (RC).

<sup>17</sup> Véase Lewis (1969: 76-80), Marmor (2009: 8-9) y Vilajosana (2010: 176).

<sup>18</sup> La independencia entre la noción de convención y la de acuerdo es un logro atribuido a David Lewis (1969). Algunos autores van más allá y sostienen que los hechos convencionales son precisamente aquellos no basados en el acuerdo. Por ejemplo, véase Marmor (2009: 4) y Dahlman (2011: 340). Sin embargo, me parece que como reglamentación terminológica es inadecuada y conceptualmente innecesaria.

<sup>19</sup> Existe una propiedad ulterior que ha sido propuesta como condición de convencionalidad, a saber, el conocimiento común. El hecho que  $p$  es conocimiento común entre los miembros de un grupo  $G$  si, y sólo si, cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ , sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ , sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$  y así hasta el infinito. Véase Gilbert (1983: 230), Celano (2010[1995]: 198) y Celano (2010[1997]: 299). Desde mi punto de vista, el conocimiento común no es una condición de convencionalidad, véase Burge (1975: 250); en contra Celano (2010[1995]), pero no entrará en esa discusión aquí. Señalaré sólo que si el conocimiento común fuera una condición, entonces no tendría sentido decir que el convencionalismo se propone desvelar el carácter convencional de algunas prácticas sociales que no son consideradas tales. Esto además parece contradecir el hecho que, como resultado de disputas y discusiones, la convencionalidad de algunas prácticas fue reconocida tardíamente, escondida quizás detrás de prejuicios culturales o religiosos.

<sup>20</sup> Cada uno de estos autores ha recurrido a las convenciones profundas para dar cuenta de aspectos distintos del fenómeno del que se ocupan. Bayón (2002b, 2002a) encuentra en las convenciones

autores e intentaré construir una noción de convención profunda que aproveche el análisis propuesto por cada uno de ellos.

Existen casos que acentúan la impresión de que las convenciones se presentan estructuradas en distintos niveles. Para ilustrarlo quizás sea de ayuda pensar en la posibilidad de que distintas alternativas convencionales sean efectivamente seguidas por distintos grupos. Por ejemplo, considérese las convenciones que establecen cómo vestirse para asistir a una boda. Imagínese un primer grupo donde las reglas convencionales exigen que los hombres lleven corbata. Imagínese un segundo grupo, en cambio, donde la convención exige que los hombres lleven un pantalón blanco. Ambos casos demuestran la existencia de alternativas, lo que apoya la afirmación de que se trata de convenciones.

Sin embargo, ambas convenciones parecen ser modos distintos de especificar una norma de otro nivel, por ejemplo, aquella según la cual el modo de demostrar respeto a los recién casados debe ser mediante el modo de vestir. A su vez, siguiendo con el ejemplo, imagínese un tercer grupo donde existe una convención según la cual, en una boda, los hombres deben llevar el rostro pintado de ciertos colores. Habremos encontrado aquí una alternativa a la convención según la cual, en una boda, el respeto ha de mostrarse a través de la vestimenta. De todos modos, ambas parecen ser especificaciones de la convención según la cual el respeto ha de demostrarse a través de la apariencia personal.

En definitiva, parece que, respecto de las bodas, la convención que señala un modo especial de vestir, la convención que señala demostrar respeto mediante la vestimenta y la convención que señala demostrar respeto mediante la apariencia personal, se encuentran en distintos niveles de superficialidad (o de profundidad).

Además de ser una explicación del modo en que las convenciones se estructuran en distintos niveles, las convenciones profundas parecen ser una herramienta conceptual adecuada para dar cuenta de los dos rasgos, opacidad y controversia, que suelen poseer aquellos hechos cuya convencionalidad está en discusión. Veamos cómo.

Bayón ha emprendido el análisis de lo que denomina convencionalismo profundo para intentar dar espacio a estas dos posibilidades. Según este autor, la tesis según la cual la realidad del derecho consiste meramente en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes, puede ser combinada con dos ontologías distintas, a saber, el convencionalismo de la objetividad mínima y el convencionalismo profundo.

La tesis de la objetividad mínima sostiene que existe una regla social sólo cuando hay acuerdo explícito, acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. En cambio, tratándose de convenciones profundas, la respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una convención en un caso determinado no viene necesariamente dada, sin más, por una constatación de lo que el conjunto de los individuos relevantes sostenga o haga al respecto. Ni el acuerdo mayoritario ni la convergencia de comportamiento garantizan que sea ésa la respuesta correcta, ni la eventual

---

profundas una alternativa al convencionalismo de la objetividad mínima como ontología del derecho. Marmor (2009: 58-78), en cambio, extiende las convenciones profundas no sólo al derecho, sino también al lenguaje, a los juegos, a las artes y, en general, a toda actividad constituida por convenciones. Kekes (1993), por su parte, ve en las convenciones profundas un recurso a favor de su defensa del pluralismo. Las diferencias entre estos autores se evidencia también en el nombre que dan a las convenciones que no son profundas, Marmor usa "convenciones superficiales", Kekes "convenciones variables" y Bayón convenciones de "objetividad mínima".

existencia de controversia implica necesariamente que no haya una respuesta correcta. En estos casos lo que las define como correctas es el trasfondo de criterios compartidos, esto es, las convenciones profundas (Bayón, 2002b: 78-80).

Las convenciones profundas significan un avance decisivo para dar cuenta de la posibilidad que el carácter convencional de una práctica sea controvertido. Si las convenciones fueran todas superficiales, cualquier discrepancia resultaría en la imposibilidad de atribuir a la práctica un carácter convencional. Ello en cuanto el límite de las convenciones superficiales, o bien depende del acuerdo acerca de su contenido, o bien depende de, al menos, la convergencia de comportamiento. Estas dos exigencias precluyen la posibilidad de error generalizado -como diferente de la ignorancia- y la posibilidad de desacuerdo, puesto que en ese caso sencillamente no existe la convención.

Esta compatibilidad entre convención a un nivel y controversia en otro tiene, claro, ciertos límites. En particular, el desacuerdo no puede ser *pervasive*, lo que quiere decir que las convenciones siempre tienen límites y que por lo tanto es posible que en los casos de controversia no exista, en definitiva, una convención ni siquiera profunda.

#### 4. ¿Qué es el convencionalismo jurídico?

Una vez aclarada la noción de convención podemos ahora medir su rendimiento como análisis de la regla de reconocimiento. Parece haber cierto acuerdo entre sus intérpretes sobre el hecho que, en el ensayo publicado como "Postscript", Hart sostiene el carácter convencional de la regla de reconocimiento<sup>21</sup>. Así, siempre en ese ensayo Hart afirma que "certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus. That it does so rest seems quite clear at least in English and American law for surely an English judge's reason for treating Parliament's legislation (or an American judge's reason for treating the Constitution) as a source of law having supremacy over other sources includes the fact that his judicial colleagues concur in this as their predecessors have done"<sup>22</sup>.

A partir de estas afirmaciones la pregunta que ha sido formulada es: ¿Existe un sentido en el que se pueda decir que la regla de reconocimiento es una convención? Mi interés aquí no es revelar exactamente cuál era la teoría de Hart. Menos aún cuando existe un marcado desacuerdo entre sus intérpretes acerca de ello. E incluso menos cuando el desacuerdo no puede ser zanjado mediante el descubrimiento de nuevos textos, sino que se trata de un desacuerdo sobre la interpretación de un mismo texto. La empresa que, creo, es filosóficamente más atractiva es la de analizar si aquello a lo que "regla de reconocimiento" se refiere

<sup>21</sup> El acuerdo no se extiende mucho más allá, puesto que, por un lado, se discute si estas afirmaciones son una mejor especificación de lo que ya había dicho en *The Concept of Law* o si se trata, en cambio, de un cambio en sus puntos de vista. Es decir, se discute si se dio en Hart el denominado *convventionalist turn*. Por ejemplo, tanto Green como Dickson sostienen que la posición original de Hart no era convencionalista. Para Green (1999: 38-39), recién en el ensayo publicado como "Postscript" Hart habría efectivamente girado hacia el convencionalismo. Dickson (2007, en nota 43) incluso duda que, a pesar de las explícitas afirmaciones de Hart, haya efectivamente tenido lugar el giro convencionalista. Por otro lado, se discute cuál es la noción de convención, si alguna, en la que pensaba Hart.

<sup>22</sup> Hart (1994[1961]: 266-267). Asimismo, en el ensayo publicado como "Postscript", al defender su teoría frente a las críticas recibidas, especialmente de Dworkin, Hart (1994[1961]: 256) afirma que: *[T]he theory remains as a faithful account of conventional social rules which include, besides ordinary social customs (which may or may not be recognized as having legal force), certain important legal rules including the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts.*

puede ser concebida como una convención. Es decir, si la práctica judicial de identificación del derecho puede ser concebida únicamente como una convención. En lo que queda de este trabajo no extenderé la discusión de la tesis convencionalista más allá de esta práctica.

### ***La tesis convencionalista de ascendencia hartiana***

A partir de esta breve referencia a la teoría de Hart en *The Concept of Law*, y luego del análisis de la noción de convención, es posible extraer la tesis convencionalista de ascendencia hartiana donde “convención” reemplaza a “práctica social”:

(ii) (TC-Hartiana): La regla de reconocimiento es (determinada por) una convención.

Para avanzar es entonces necesario analizar si la práctica judicial a la que se refiere la regla de reconocimiento satisface las condiciones de convencionalidad. Por lo general, los defensores del convencionalismo jurídico asumen que no ha habido entre los jueces un acuerdo sobre los criterios para la identificación del derecho y, por lo tanto, que es necesario recurrir a la noción de convención no basada en el acuerdo. En primer lugar me referiré a las condiciones que permiten (o no) afirmar que la práctica de identificación del derecho es una convención y, en segundo lugar, me detendré en el análisis de los argumentos avanzados para afirmar que se trata de un *tipo* particular de convención.

#### *Condición de dependencia*

La condición de dependencia se verifica, como vimos, cuando parte de las razones para la conformidad es que los demás también se conforman. Una de las nociones de convención atribuidas a Hart es aquella que se limita a afirmar que una convención es una regularidad de comportamiento acompañada por la condición de dependencia. Más precisamente, según Celano (2010[2003]: 331), Hart defiende en el “Postscript” únicamente la idea de que la regla de reconocimiento satisface esta condición.

Para Hart las razones que los jueces tienen para seguir ciertas normas acerca de la identificación de las fuentes del derecho están estrechamente atadas al hecho que otros jueces sigan las mismas normas, lo que permite afirmar que las razones para seguir las reglas de reconocimiento son dependientes de la práctica.

Claramente los involucrados en la convención pueden tener otras razones adicionales que completan el potencial práctico de la convención. Estas razones, como intenté dejar claro más arriba, pueden ser de distinta naturaleza. En un primer momento Hart sugirió que se trataba de la necesidad de certeza. La certeza es precisamente la ventaja que, según Hart, un sistema jurídico desarrollado, en el que existe una regla de reconocimiento, posee frente a un ordenamiento primitivo. Más allá de si la certeza es efectivamente la principal razón para tener una regla de reconocimiento, lo relevante en este punto es que se satisface la condición de dependencia.

Este modo de concebir la relación entre la condición de dependencia y otras razones para seguir la convención permite ensayar una respuesta a aquellas críticas contra el convencionalismo que apuntan al carácter restrictivo de éste último respecto de las razones. Los críticos sostienen que una de las ventajas del enfoque hartiano original era la admisión de una pluralidad de razones para el seguimiento

de la regla de reconocimiento. En cambio, una vez asumido el punto de vista convencionalista, estas razones se restringirían a una sola, a saber, la condición de dependencia<sup>23</sup>.

Esta crítica suele ser acompañada por una objeción de *infrainclusión*, según la cual el convencionalismo restringiría inadecuadamente el alcance del concepto de derecho. El convencionalismo excluiría aquellos ordenamientos normativos que estaríamos dispuestos a llamar derecho pero cuya regla de reconocimiento, sin embargo, no es obedecida por los funcionarios sobre la base de razones convencionales sino de otro tipo, por ejemplo, razones morales, religiosas o egoístas, como el miedo a la sanción (Dahlman, 2011: 343).

Sin embargo, estas críticas se basan en una comprensión inadecuada de la relación entre convenciones y razones. Que una regla sea convencional no implica que sea imposible que exista una razón moral para seguirla. Implica sólo que las razones morales dejan subdeterminado el contenido de la regla. Sólo si las razones morales determinan completamente el contenido de la regla entonces la regla no será convencional, pues en ese caso no se verificaría el requisito de la existencia de alternativa propia de las reglas convencionales. No hay ningún inconveniente con que los participantes en una práctica determinada sigan una regla porque existe una razón moral para seguirla. Lo relevante es que parte de esa razón sea que es la regla seguida por la mayoría.

Precisamente por ello, que se satisfaga la condición de dependencia no permite aún afirmar que la regla de reconocimiento sea sin más una convención. Es necesario también determinar si se trata de una regla arbitraria.

### *Arbitrariedad*

A primera vista parece claro que existen distintos sistemas jurídicos con reglas de reconocimiento distintas, lo que permite afirmar que existen reglas alternativas. Ello permitiría sostener que los participantes prefieren antes que nada que la conducta sea uniforme, y no tanto que se imponga una uniformidad determinada. Sin embargo, la decisión acerca de los criterios de validez es en la mayoría de los casos el resultado de enfrentamientos políticos y valorativos de carácter sustancial.

Es por ello que contra el carácter arbitrario suele señalarse la relevancia político-moral de la regla de reconocimiento. Según Celano (2010[2003]: 329), por ejemplo, es falso que la regla de reconocimiento sea arbitraria, pues la decisión de los criterios de validez es consecuencia de luchas sustanciales y de conflictos políticos e ideológicos, entre otros<sup>24</sup>.

Para responder a esta crítica es necesario, en primer lugar, recordar que la arbitrariedad no implica necesariamente indiferencia hacia cada una de las alternativas, sino que es compatible con distintos grados de ella. En segundo lugar, dado que arbitrariedad no implica indiferencia, el hecho que una práctica tenga un origen arbitrario no implica, necesariamente, que sea imposible desarrollar un compromiso con relación a ella. Es decir, la arbitrariedad de la regla de reconocimiento no es incompatible con su relevancia política, si con ello se afirma que los individuos pueden desarrollar respecto de ella un alto grado de apego y

<sup>23</sup> Véase Dickson (2007), Dahlman (2011: 338) y Kyritsis (2008: 140-141). Esta observación mostraría también que Hart originalmente no concebía a la regla de reconocimiento como una convención, al menos no en el sentido mencionado.

<sup>24</sup> En igual sentido se expresa Marmor (2001: 9).

resistencia al cambio.

Lo que cuenta para poder afirmar la arbitrariedad o no de la regla de reconocimiento es que existan alternativas, y ese requisito parece satisfecho si se observa la variedad de ordenamientos jurídicos.

Afrontaré a continuación la cuestión acerca de qué tipo de convención constituye la práctica que estamos analizando. En este sentido dos tipos de convenciones han sido elaborados por los teóricos. Por un lado las convenciones de coordinación y por otro lado las convenciones constitutivas.

## 5. La regla de reconocimiento y los tipos de convenciones

### ***La tesis convencionalista basada en las convenciones de coordinación***

Bajo esta primera opción la tesis convencionalista adquiere la siguiente formulación:

(iii) TC-Coordinación: la regla de reconocimiento es (determinada por) una convención de coordinación.

La noción de convención de coordinación fue introducida, si bien no con ese rótulo, por David Lewis en su libro *Convention* del 1961<sup>25</sup>. Según Lewis, una convención puede existir aun sin acuerdo en ciertas situaciones de interacción social que poseen determinadas características. Se trata de situaciones en las que dos o más individuos se enfrentan a más de una posibilidad de acción, algunas de las cuales satisfacen igualmente el interés de cada uno de ellos, bajo la condición de que los demás lleven a cabo la misma acción. Lewis denomina “problema de coordinación” a las situaciones de este tipo<sup>26</sup>. Podemos imaginar que se encuentran en esa situación dos o más amigos que han decidido encontrarse (interés común) pero sin especificar el lugar. En esta situación, varias soluciones son posibles (numerosos lugares de encuentro) y para cada amigo poco importa cuál sea el lugar, basta con que sea el mismo elegido por los demás. Es decir, la decisión de cada uno de los involucrados acerca de qué acción realizar depende de la decisión que tomen al respecto los demás, y viceversa.

En esta situación resulta problemático tomar una decisión en cuanto, a pesar de que no existe un conflicto de intereses, existe más de una alternativa –por definición, los problemas de coordinación poseen al menos dos soluciones- y ninguna de ellas es superior a las demás. Los individuos se encontrarán frente a la situación de preferir ajustar su decisión a la decisión de los demás, pero sin saber cuál de las alternativas disponibles a elegir<sup>27</sup>. Coordinar es un problema no en virtud del riesgo que agentes egoístas se vean tentados a aprovechar el esfuerzo de los

<sup>25</sup> El origen de la investigación de Lewis era la objeción de Quine contra la posibilidad de un fundamento convencional de la lógica y el lenguaje. Lewis pretendía mostrar que una de las premisas en las que se basa el argumento de Quine, esto es, que la existencia de una convención depende de un acuerdo, es falsa.

<sup>26</sup> Más precisamente, los problemas de coordinación tienen lugar cuando, en una situación de interacción estratégica, la elección de dos o más agentes acerca de qué acción llevar a cabo son interdependientes, sus intereses coinciden mayormente y existen dos o más posibilidades de acción que satisfacen igualmente estos intereses. Véase Lewis (1969: 24).

<sup>27</sup> La situación de interacción sería trivial y no pondría un problema si existiera una única solución, ya que, asumida la coincidencia de intereses, todos los agentes elegirían esa opción (Lewis, 1969: 70).

demás, sino porque existen dos o más opciones igualmente satisfactorias<sup>28</sup>.

Una situación de este tipo puede resolverse cuando los agentes actúan de modo tal que coinciden todos en una de las soluciones posibles. Las probabilidades de lograr este resultado son más altas, según Lewis, si los agentes se apoyan en un sistema de expectativas, acerca de las acciones de los demás, mutuas y adecuadamente concordantes<sup>29</sup>.

Cuando una situación de este tipo es recurrente, la solución alcanzada en casos anteriores genera, entre los individuos, expectativas recíprocas acerca del comportamiento de los demás involucrados que los lleva a converger regularmente en esa solución. Así, si luego de dos o más veces en que, entre Morena y Lucas, la comunicación telefónica haya sido restablecida por quien había originariamente llamado, cada nueva acción en conformidad a la regularidad colaborará a reforzar y a estabilizar la expectativa acerca de que la convergencia será mantenida; siempre y cuando sus intereses sigan coincidiendo. Habrá surgido así una convención.

Las convenciones de coordinación son entonces una regularidad de comportamiento que resuelve, en una situación de interacción estratégica, un problema de coordinación recurrente. En cuanto consisten en una regularidad de comportamiento, las convenciones de coordinación satisfacen la primera de las condiciones de convencionalidad señalada en el capítulo anterior. Asimismo, dado que los problemas de coordinación implican por definición la existencia de alternativa, es posible afirmar que las regularidades que solucionan problemas de coordinación satisfacen la condición de arbitrariedad.

Antes de pasar al siguiente tipo de convención quisiera detenerme brevemente sobre una cuestión que ha ocupado a los teóricos que han analizado la propuesta de Lewis. Se trata de saber si es posible extender este tipo de convenciones a otras situaciones de interacción estratégica que no consistan necesariamente en problemas de coordinación. Algunos autores han emprendido investigaciones en este sentido<sup>30</sup>. Pero ha sido Lagerspetz (1995) quien ha intentado extender explícitamente el modelo de las convenciones de coordinación a otras situaciones de interacción social. Para evaluar esta propuesta es necesario comenzar notando que los problemas de coordinación admiten distintos grados. En los casos puros se produce una absoluta dependencia entre las acciones de cada agente y una perfecta coincidencia de intereses. A medida que estas propiedades se vayan debilitando se producirán situaciones menos puras. Como por ejemplo situaciones de conflicto parcial<sup>31</sup>. Dado que el conflicto es parcial, es decir, dado que el interés predominante es actuar de manera convergente, entonces cada uno de los agentes tenderá a seguir la elección del otro, aunque no sea la que más prefiera. Es por ello que en estos casos es posible la coordinación.

<sup>28</sup> Lewis (1969: 14) denomina a cada una de estas soluciones igualmente satisfactorias "equilibrio de coordinación".

<sup>29</sup> Estas expectativas se construyen a partir de un razonamiento en el que el agente "se pone en los zapatos del otro" (Lewis, 1969: 27).

<sup>30</sup> Por ejemplo, Ullmann-Margalit (1977) y Celano (2010[1995]).

<sup>31</sup> Una situación de conflicto parcial puede ser modelada modificando algunos de los elementos del problema entre amigos acerca del lugar de reunión. En esta versión, una pareja de recién casados, Edith y Mark, que se encuentran de luna de miel se separan en la ciudad, sin haber terminado de decidir si se verían en la función de ballet o en el estadio donde habrá una pelea de box. Mark prefiere lo primero y Edith lo segundo. Puesto en términos más generales, se trata de casos en los que dos agentes, W y Z, tienen interés en actuar de modo convergente, sin embargo W prefiere la opción 1 más que la 2 y Z prefiere la opción 2 más que la 1. Siempre y cuando el interés predominante sea el de actuar en modo convergente, el conflicto será sólo parcial. Este tipo de situaciones, una vez modelado por la teoría de los juegos, es denominado "batalla de los sexos".

Pero el conflicto de intereses es compatible con las convenciones de coordinación sólo en una versión moderada. El conflicto radical de intereses es incompatible con ellas, puesto que cuando existe un conflicto radical de intereses la negociación depende de consideraciones acerca de riesgo/ganancia (*threat-advantage*) o de justicia (Green, 1999: 50). El problema, en estos casos, es que una vez ausentes las condiciones que forman un problema de coordinación estarán también ausentes las condiciones que permiten el surgimiento de una convención sin que exista un acuerdo. Es decir, estas situaciones no pueden ser resueltas por una convención no basada en el acuerdo.

Lagerspetz, sin embargo, piensa que es también posible extender el modelo a situaciones de conflicto radical de intereses. En este tipo de casos, según Lagerspetz, si bien no sería en principio racional para un agente autointeresado seguir la norma social, si interviene una actitud favorable de los sujetos hacia la justicia o equidad, entonces esas situaciones podrían transformarse en casos de otro tipo. Aquello que, sin el sentimiento de justicia, es un juego del tipo dilema del prisionero, se transformaría, si se verifica el sentimiento de justicia, en un juego de aseguración<sup>32</sup>.

Pero, más allá del éxito o no de Lagerspetz en este punto, la cuestión relevante aquí es si, aun cuando pueda demostrarse que reglas sociales pueden resolver otros tipos de situaciones de interacción estratégica, tales reglas pueden ser concebidas como convenciones. Parecería que ello no es posible en el caso de reglas que solucionan dilemas del prisionero o juegos de aseguración (que puede ser concebido como un dilema del prisionero extendido), puesto que en estos casos la solución no es arbitraria, en el sentido que no existe una alternativa que habría podido resolver la situación sin pérdida en su función o propósito. Lagerspetz sostiene en su defensa que se trata de una convención en virtud de su carácter autoreforzante. Sin embargo, como vimos al tratar la condición de dependencia, el carácter autoreforzante no es suficiente para considerar a una convergencia de comportamiento una convención. En definitiva, aun cuando Lagerspetz sea exitoso en mostrar cómo normas sociales pueden solucionar este tipo de situaciones, no podría mostrar que se trata de convenciones y, a *fortiori*, tampoco de convenciones de coordinación.

### *El rendimiento de las convenciones de coordinación*

El interés por las convenciones de coordinación ha disminuido considerablemente entre los filósofos del derecho. Por un lado, ello se debe a que ya es generalizada la opinión según la cual han fracasado los intentos por aprovechar esta noción para explicar las tesis hartianas. Por otro lado, porque se han propuesto diversas concepciones de convención que desafían la centralidad de la que disfrutara la concepción lewiana. Sin embargo, me parece que vale la pena invertir en analizar en qué consistió el intento por recurrir a las convenciones de coordinación de Lewis para fortalecer la TRSP.

A diferencia de Celano, Coleman (2001: 371) señala que existen indicios

<sup>32</sup> En contra, Den Hartogh (1993: 245). "Dilema del prisionero" y "juego de aseguración" son etiquetas que en la teoría de los juegos se usan para nombrar modelos de situaciones de interacción social. A grandes rasgos, puede decirse que ambos modelos comparten la característica de ser juegos en que los intereses en conflicto de las partes se estructuran de tal modo que, al menos bajo una primera aproximación, agentes racionales terminarían en esas situaciones por conseguir un resultado no óptimo (es decir, resultados menos ventajosos que los que habrían conseguido si no hubieran actuado racionalmente). Mientras que una situación del tipo dilema del prisionero involucra sólo dos personas, una situación del tipo juego de aseguración involucra un grupo de personas. Véase para una presentación de estos y otros modelos (Ullmann-Margalit, 1977).

ESTUDIOS

para asumir que Hart consideraba a la regla de reconocimiento como una convención de coordinación<sup>33</sup>. Los indicios consisten en la capacidad de las convenciones de coordinación para explicar ciertos rasgos que Hart atribuye a la regla de reconocimiento. Veamos cómo puede ello demostrarse.

En este sentido, Postema (1982: 193) sostuvo que el análisis de Lewis permite dar cuenta de la relación entre ciudadanos y funcionarios. Para que el derecho pueda llevar a cabo su función de guía de conducta es necesario que los jueces mismos lleguen a una situación de estabilidad respecto de la identificación e interpretación de las normas. En virtud de ello, los jueces se encuentran en una situación de interacción estratégica en la que su propia actividad de identificación e interpretación del derecho se ve influenciada por, y a su vez influencia, no sólo la actividad de los ciudadanos, sino también, y sobre todo, la actividad de identificación e interpretación del derecho de los demás jueces.

Asimismo, según Coleman (2001: 373) este modo de ver tiene algunas ventajas. En primer lugar, explica claramente el modo en el que la regla de reconocimiento ofrece a los participantes razones para la acción, ya que no es difícil advertir en qué modo las convenciones de coordinación lo hacen.

En segundo lugar, ilumina la importancia que Hart daba en su teoría al punto de vista interno de los participantes. Ello en cuanto, por un lado, el punto de vista interno resulta claramente explicado a partir de las expectativas de los participantes y, por otro lado, se advierte que posee un rol causal central en la generación y en el mantenimiento de la convención (*Ibíd.*).

### Las críticas a TC-Coordinación

65

En primer lugar, contra la idea de que se trate de convenciones de coordinación suele esgrimirse el argumento según el cual la regla de reconocimiento no es arbitraria, en cuanto su establecimiento exige involucrarse en discusiones políticas sustantivas<sup>34</sup>. Sin embargo, hemos ya visto que arbitrariedad no implica indiferencia. Si es cierto que arbitrariedad no equivale a indiferencia, entonces no se ve por qué necesariamente una convención de coordinación ha de carecer de relevancia, política o de otro tipo, para los involucrados. Además, que la convención resuelva un problema de coordinación no es necesariamente la única razón para que surja el sentimiento de pertenencia, este sentimiento puede ser generado por otras circunstancias<sup>35</sup>.

La confusión entre estas razones adicionales y la razón coordinativa ha llevado, por un lado, a una cierta exageración de la tesis convencionalista y, por otro lado, a una sumaria crítica a ella. Así, algunos autores han sostenido que la función del derecho, y no sólo la de la regla de reconocimiento, es la de resolver problemas de coordinación<sup>36</sup>.

Es cierto que los jueces necesitan coordinar y en particular ello resultará posible si siguen un mismo criterio para la identificación de qué cuenta como

<sup>33</sup> A pesar de señalar estas virtudes de las convenciones de coordinación, Coleman se aparta en este mismo artículo de esa posición. No me es del todo claro si Coleman, al abandonar su defensa de las convenciones de coordinación, también abandonó esta interpretación de Hart.

<sup>34</sup> Véase por ejemplo la crítica de Carrio (2012: 249-250) y la respuesta de Vilajosana (2012: 257-261).

<sup>35</sup> Éstas eran las respuestas que Coleman (1998: 398, en la nota 33), cuando aún defendía la versión de las convenciones de coordinación, ofrecía frente a las objeciones de Marmor.

<sup>36</sup> Este es el caso de Lagerspetz y Den Hartogh. La crítica de Dworkin también se basa sobre una asunción parecida.

derecho. Que las reglas de reconocimiento sirvan para ello es más fácil de aceptar, pero que ello sea la principal razón para tenerlas es, de nuevo, dudoso.

El segundo problema que debe enfrentar la TCCoordinación es que, se alega, los involucrados en la práctica de identificación del derecho no parecen encontrarse frente a un problema de coordinación. En este sentido se han avanzado dos tipos de críticas. Por un lado, algunas críticas procuran mostrar que no se dan en la práctica jurídica las condiciones para la existencia de la especial situación de interacción estratégica en la que consiste un problema de coordinación. Por otro lado, otras críticas señalan que se trata de situaciones de interacción estratégica diferentes, en las que la solución no consiste en una convención (Den Hartogh, 1993: 234). En primer lugar, no parece plausible atribuir a la práctica social entre los funcionarios la estructura de un juego de este tipo, como tampoco del tipo de conflicto parcial que también podría ser solucionado por una convención de coordinación (Coleman, 2001: 374). Desde un punto de vista empírico, parece falso que los funcionarios se encuentren siempre frente a un problema de coordinación. Parece más realista un abordaje que dé cuenta de la complejidad de los tipos de interacción que pueden existir dentro del fenómeno jurídico (Marmor, 2001: 9-10)<sup>37</sup>. En segundo lugar, concebirla como un problema de coordinación deformaría la situación de quienes se enfrentan al problema de construir un orden jurídico y social, en particular, frente al problema de la distribución de las cargas y beneficios. En estos casos la situación parece mejor reconstruida como un caso de dilema del prisionero o, generalizando, de *fair play*, en el que nos encontramos frente a un conflicto radical de intereses (Celano, (2010[1997]: 312). Las convenciones de coordinación, como vimos, no son soluciones a problemas de estos dos tipos.

En definitiva, si las críticas son acertadas entonces los involucrados en la elección de los criterios para la identificación del derecho no se encuentran frente a un problema de coordinación. Dado que las convenciones de coordinación consisten en una regularidad que soluciona problemas de coordinación recurrentes, no es en consecuencia posible afirmar que la práctica que soluciona el problema de los criterios de validez es una convención de ese tipo.

### ***La tesis convencionalista basada en las convenciones constitutivas***

Con la finalidad de afrontar los problemas de la versión TCCoordinación, Marmor propone recurrir a la noción de convención constitutiva.

(iv) TC-Constitutiva: la regla de reconocimiento es (determinada por) una convención constitutiva.

Para determinar si se trata de una convención constitutiva será necesario indagar si se dan los rasgos que caracterizan este tipo de convenciones.

La noción de convención constitutiva ha sido propuesta por Andrei Marmor en distintos trabajos. En su libro *Social Conventions*, Marmor confiere un aspecto de unidad a gran parte de esos trabajos precedentes<sup>38</sup> y termina de presentar el

<sup>37</sup> La misma crítica hace Celano (2010[2003]: 329).

<sup>38</sup> Los artículos que Marmor publicara anteriormente sobre el convencionalismo son: "On Convention", *Synthese*, 1996, 107; "Legal Conventionism", *Legal Theory*, 1998, 4, que apareció posteriormente como capítulo primero de su libro *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford UP, 2001; "Deep Conventions", *Philosophy and Phenomenological Research*, 2007, 74; "How Law Is Like Chess", *Legal Theory*, 2006, 12; y "Is Literal Meaning Conventional?", *Topoi*, 2008, 27.

cuadro, no sin modificar algunas de las tesis defendidas anteriormente<sup>39</sup>.

Las convenciones constitutivas son reglas constitutivas. Es por ello que la distinción searliana entre reglas regulativas y reglas constitutivas, si bien con retoques que permiten superar ciertas críticas, constituye la base sobre la que se asienta la distinción entre convenciones de coordinación y convenciones constitutivas.

Las reglas regulativas regulan formas de conducta que existen independientemente de, y con anterioridad a, la creación de la regla (p. ej. "obligatorio llevar corbata en los exámenes"). Las reglas constitutivas en cambio crean o definen nuevas formas de conducta (p. ej. regla: "se marca un gol cuando la pelota traspasa la línea del arco")<sup>40</sup>. La noción de regla constitutiva ha sido objeto de un amplísimo debate filosófico que no lograré reconstruir aquí. Señalaré sólo que en apoyo de esta noción, Marmor (2009: 34-35) propone entender las reglas constitutivas, no como reglas que constituyen acciones particulares o "new forms of behavior", sino como reglas que constituyen prácticas sociales, es decir, no acciones sino actividades. Desde este punto de vista las reglas constitutivas son reglas que constituyen un tipo de actividad, una práctica social.

Las convenciones constitutivas, en cuanto constituyen un tipo de actividad o práctica (se trata de una relación de constitutividad y no de identidad), poseen una doble función: i. constituyen la práctica, y ii. regulan la conducta dentro de la práctica. En otras palabras, definen la práctica y cómo participar en ella. Asimismo, iii. en parte definen, o constituyen, los valores asociados con la práctica en cuestión (Marmor, 2009: 37)<sup>41</sup>.

Respecto de este tipo de convenciones surge el problema de determinar cómo es que satisfacen la condición de dependencia, es decir, cómo es que dan lugar a razones para actuar de acuerdo a la convención<sup>42</sup>. Para dar cuenta de estas observaciones es necesario, como para con las convenciones en general, distinguir entre distintos niveles de razones. Por un lado la existencia de una razón para que exista una determinada convención constitutiva y para entrar en ella en cada caso particular y, por otro lado, la razón para seguir las reglas que conforman una convención constitutiva en cada caso particular. Por ejemplo, es necesario distinguir, por un lado, que la necesidad de participar en juegos que impongan un desafío intelectual es una razón para que exista el ajedrez y que el haber prometido al maestro jugar un torneo sea una razón para jugar al ajedrez en un caso particular. Y, por otro lado, que el estar participando en un partido de ajedrez sea una razón para seguir la regla que impone al caballo un movimiento en L<sup>43</sup>.

En el caso de las convenciones constitutivas, la condición se satisface

<sup>39</sup> En su libro del 2001, *Positive Law and Objective Values*, Marmor había ya presentado su propuesta referida a las convenciones constitutivas, y su explicación convencionalista del derecho sobre esta base. Si bien en el libro de 2009 recurre, entre otros, a sus artículos anteriores al 2001, existen agregados y varias diferencias respecto de lo sostenido en 2001 e incluso modificaciones de los puntos de vista presentados en artículos intermedios.

<sup>40</sup> Véase, para la versión más reciente Searle (2010).

<sup>41</sup> Marmor (*id.*: 39) sostiene que es suficiente con que se trate de una relación epistémica, es decir que la práctica nos permita advertir la existencia de valores que de otro modo no hubiésemos logrado reconocer.

<sup>42</sup> Esta era una de las críticas que Coleman (1998: 399, en la nota 35) dirigía a Marmor cuando el primero defendía todavía la explicación de la regla de reconocimiento como una convención de coordinación. También ha sido puesto en duda que satisfagan la condición de arbitrariedad. Al respecto véase Arena (2011).

<sup>43</sup> En el caso de las convenciones constitutivas, dentro de las razones para entrar en la convención pueden encontrarse también razones creadas por la convención misma (Marmor, 2001: 27).

porque una vez que, en cada caso particular, existe una razón para entrar en la convención, entonces las reglas de la convención se siguen porque son las que siguen los demás<sup>44</sup>.

### *El rendimiento de las convenciones constitutivas*

Que la regla de reconocimiento sea una convención constitutiva parece una tesis, al menos *prima facie*, atendible. Efectivamente, la regla de reconocimiento posee una función constitutiva, ella determina qué cuenta como derecho en un sistema jurídico y al mismo tiempo permite identificar el dominio de lo jurídico<sup>45</sup>. Esta primera afirmación también convence a Celano (2010[2003]: 336-337), a pesar de que no comparta el punto de vista de Marmor.

Marmor (*Ibíd.*: 165) agrega algunas consideraciones para defender esta afirmación. En primer lugar, para que los jueces tengan problemas de coordinación es necesario que seamos capaces de identificarlos como jueces y para ello necesitamos reglas que constituyan su rol institucional específico. Dicho con otras palabras, antes de que surja un problema de coordinación es necesario poder identificar los jueces. En segundo lugar, Marmor (*Ibíd.*: 169) sostiene que las convenciones de coordinación no son proclives a poseer una función constitutiva.

### *Las críticas a TC-Constitutiva*

El principal problema para la propuesta de Marmor es aclarar hasta dónde llega la analogía entre las convenciones jurídicas y las convenciones que constituyen juegos. Es decir, el problema consiste, por un lado, en evitar comprometerse con la idea de que bien mirada la práctica judicial de identificación del derecho no es más que un juego<sup>46</sup>, pero, por otro lado, mostrar en qué sentido se asemejan.

El problema se presenta respecto de este último punto. Puesto que parecería que la explicación ofrecida en el caso de las reglas que definen ciertos juegos no puede ser, sin más, extendida a la práctica judicial de identificación del derecho. La práctica judicial se diferencia de los juegos en aspectos relevantes, en particular, se caracteriza por un modo de argumentar, sostienen los críticos, incompatible con su carácter convencional.

Según Dworkin (1986: 130), la práctica judicial exhibe ciertos rasgos de los que el convencionalismo basado en las convenciones constitutivas no puede dar cuenta. En primer lugar, los jueces otorgan mucha más relevancia a las fuentes del derecho supuestamente convencionales, de la que el mismo convencionalismo les atribuye. Ello en cuanto los jueces mantienen la pretensión de objetividad aún cuando han advertido que no existe una convención explícita acerca del caso en cuestión.

<sup>44</sup> Algunos autores han cuestionado la autonomía conceptual de ambos tipos de convenciones. Por ejemplo, Vilajosana (2010: 163) señala que la distinción "no se puede plantear en términos excluyentes, puesto que pueden darse convenciones constitutivas, destinadas a resolver problemas de coordinación." Es por ello que este autor prefiere hablar de "dimensión constitutiva de las convenciones" (que podrían ser de coordinación) más que de "convenciones constitutivas". En el mismo sentido: Puppo (2011: 158, en la nota 77).

<sup>45</sup> La regla de reconocimiento, como cualquier otra convención constitutiva, tiene una doble función, por un lado define o constituye la práctica y por otro lado prescribe ciertos modos de conducta dentro de ella. Véase Marmor (2009: 169).

<sup>46</sup> Una crítica similar es la que Celano (2010[1997]: 74) dirige a Searle respecto de las instituciones en general.

Y no sólo esto, en los casos difíciles los jueces siguen buscando la objetividad. Mientras que el juez convencionalista, habiendo advertido la inexistencia de convención y la necesidad de encontrar una nueva ley, no mira ya a lo que hacen los demás jueces, salvo como mera prueba, aunque no ciertamente la más pertinente, de cuál podría ser la convicción de la mayoría. Al convencionalista no le quedaría otra opción, alega Dworkin (*Ibid.*: 132), más que la de sostener que esta insistencia en buscar la objetividad, incluso en los casos en los que no hay convención, es consecuencia de una exigencia más general: “any lawmaker must take care to make new law consistent with old”.

Dworkin (*Ibid.*: 137-138) sostiene que, desde una perspectiva histórica, es posible advertir cómo la práctica jurídica cambió sobre la base de argumentos esgrimidos en los mismos contextos de decisión judicial y no en virtud de acuerdos explícitamente destinados a ese efecto. Las convenciones también cambian, pero una vez que han sido establecidas, se distingue claramente entre argumentos acerca de (*about*) y argumentos a partir de (*within*) las reglas. Estos cambios fueron cambios que se produjeron desde dentro de la práctica jurídica, y no fueron el resultado de una serie de acuerdos especiales sobre la necesidad de tener nuevas convenciones.

Y todavía más, no sólo las reglas son cuestionadas de este modo, sino que además es común encontrar divergencias en la interpretación. Ello es consecuencia del hecho que toda disposición normativa puede ser interpretada de maneras distintas según cuál sea el método interpretativo utilizado. Y, en cada comunidad jurídica suele existir una gran cantidad de métodos interpretativos (Guastini, 2011).

## 6. Una nueva estrategia convencionalista

69

La conclusión de las secciones anteriores acerca de las distintas versiones de TC nos deja en un punto de tensión; puesto que, por un lado, la práctica de identificación del derecho parece satisfacer las condiciones de convencionalidad, tales como la condición de dependencia y la arbitrariedad, pero, por otro lado, nos hemos encontrado frente a serias dificultades para intentar precisar de qué tipo de convención se trataría. Salir de este punto exige, desde mi punto de vista, precisar mejor el hecho jurídico fundamental.

La estrategia que, creo, puede seguir el convencionalismo para reducir el impacto de estas observaciones consiste en desdoblarse la tesis convencionalista.

Se trata, en primer lugar, de distinguir, dentro de la práctica identificación del derecho, dos etapas. La primera, la identificación de las disposiciones normativas. La segunda, la identificación del significado de tales disposiciones. Esta última etapa exige, a su vez, ampliar el conjunto de hechos sociales relevantes. En este sentido, junto a las convenciones semánticas que fijan el significado literal de los textos jurídicos, existen convenciones interpretativas que fijan métodos de interpretación adicionales. De este modo, del hecho de que los jueces se aparten o desacuerden acerca del significado literal no se sigue todavía que para la identificación del derecho abandonen las convenciones (y, en su caso, se aboquen a argumentos morales), sino que puede tratarse todavía de convenciones interpretativas. Ello exige entonces articular de modo más complejo la estructura de la práctica judicial de identificación del derecho.

Dado que la noción de práctica de identificación del derecho puede descomponerse en dos partes, también la tesis convencionalista ha de ser analizada de ese modo. En primer lugar, la práctica de identificación de los textos objeto de

interpretación es una convención de coordinación entre los jueces. En segundo lugar, la práctica de atribución de significado a tales textos consiste en diferentes convenciones constitutivas entre los jueces que, por lo general, especifican o instancian convenciones profundas.

### ***Fuentes del derecho y convenciones de coordinación***

El primer componente de la tesis convencionalista desdoblada es entonces el siguiente:

(v) TC-Coordinación/Identificación: la práctica de identificación de los textos objetos de interpretación es (determinada por) una convención de coordinación.

Desde este punto de vista, la práctica de identificación del conjunto de textos jurídicos que son objeto de interpretación, por parte de los jueces o los juristas en general, posee la estructura de una convención de coordinación. Esto permite explicar la convergencia existente entre los jueces respecto de esta propiedad de la práctica jurídica. Como vimos, una convención de coordinación es una regularidad de comportamiento que soluciona un problema de coordinación recurrente. En el caso que aquí nos ocupa, al momento de la identificación de los textos jurídicos los jueces se encuentran frente a una situación de interacción estratégica, en la que la propia actividad es influenciada por, e influencia a su vez, la actividad de identificación de textos de los demás jueces.

Esta situación puede describirse como una convención de coordinación del modo siguiente:

(i) Regularmente los jueces, cada vez que se encuentran frente a una situación en la que tienen que decidir un caso, identifican los textos jurídicos objeto de interpretación en un modo determinado (convergente);

(ii) la mayoría de los jueces tiene la expectativa de que la mayoría de los demás jueces se conformarán a la regularidad mencionada en (i).

(iii) casi todos los jueces prefieren, cuando ya existe conformidad general, que cada uno de ellos se conforme a la regularidad mencionada en (i) antes que no hacerlo,

(iv) casi todos los jueces prefieren que se produzca una conformidad general a la regularidad mencionada en (i) antes que no exista una conformidad general a ninguna regularidad,

(v) existe una regularidad alternativa a la regularidad mencionada en (i) que podría igualmente haber sido seguida por los jueces sin pérdida en la función que desempeña y no es posible que ambas regularidades sean seguidas al mismo tiempo<sup>47</sup>.

En favor de esta descripción puede señalarse el hecho que sería absurdo que un juez, al identificar ciertos textos como jurídicos, siga sus propias preferencias incluso si tales textos no son señalados como jurídicos por cualquier otro juez. Asimismo, si bien sería irracional para un juez utilizar su propio criterio para identificar textos como jurídicos, no sería irracional dejar de identificar cierto texto

<sup>47</sup> Este conjunto de propiedades refleja, con algunos ajustes, el conjunto que Lewis (1969: 78) considera característico de las convenciones de coordinación en general.

como jurídico si los demás jueces lo hacen. Es decir, resulta satisfecha la condición de dependencia.

Igualmente, afirmar que se trata de una convención de coordinación no implica que los jueces sean indiferentes acerca de qué textos identificar como jurídicos. Tal como he señalado al analizar las condiciones de convencionalidad, arbitrariedad no es lo mismo que indiferencia. Y esta reconstrucción no precluye la posibilidad de que la convención en cuestión posea otras funciones además de la de coordinación.

### ***Convenciones constitutivas e interpretación***

El segundo elemento es el siguiente:

(v) TC-Constitutiva/Interpretación: la práctica de interpretación de los textos jurídicos es (determinada por) una convención constitutiva.

El abordaje de esta segunda parte de la tesis convencionalista exigiría precisar qué se entiende por interpretación. El problema es que no resulta fácil comenzar con una simple referencia a un concepto pacífico de interpretación jurídica<sup>48</sup>. Asumiré que la interpretación jurídica es la actividad que, a partir de las disposiciones normativas lleva a los significados (Guastini, 2011: 63-64).

Existe un sentido evidente según el cual la interpretación depende de convenciones. Las palabras o los enunciados no posean un significado natural o dado, por el contrario, son los individuos o usuarios quienes atribuyen significado a las marcas y a los sonidos. Pero la tesis convencionalista, en cuanto pretende dar cuenta de la complejidad de la práctica interpretativa va más allá de esta afirmación. Por un lado, porque la posible determinación del significado sobre la base de las convenciones del lenguaje ordinario, no se traslada necesariamente al contexto de la interpretación jurídica (Chiassoni, 2000: 94). Por otro lado, porque es necesario advertir que, como vimos, no existe en todos los casos una convergencia suficiente acerca del contenido de las prácticas interpretativas.

Es por ello que reducir los métodos de interpretación al de la interpretación literal y descuidar otras convenciones interpretativas sería equivocado, o al menos, como sostiene Bayón (2002b: 63), constituiría una mirada incompleta.

Del hecho que los jueces desacuerden acerca del contenido de las convenciones que establecen el significado ordinario de los textos jurídicos, no se sigue necesariamente que no exista ninguna convención que lleve a cabo esa función. Además de las convenciones semánticas del lenguaje ordinario, existe un conjunto de convenciones interpretativas jurídicas que fijan el significado que los intérpretes pueden atribuir a los textos jurídicos (*Ibid.*: 60-64). El significado literal u ordinario de un enunciado jurídico no agota el conjunto de convenciones que determinan el contenido del derecho, en la práctica de los jueces se utilizan también otras convenciones interpretativas y cuál sea la convención interpretativa usada en cada caso es una cuestión contingente (*Ibid.*: 63).

El modo en que funcionan estas convenciones puede apreciarse también a través de los métodos interpretativos vigentes en una comunidad jurídica. Los métodos interpretativos pueden ser concebidos como códigos interpretativos que

<sup>48</sup> Dado que de aquí en más me referiré sólo a la interpretación jurídica utilizaré, por brevedad, únicamente “interpretación”.

establecen un conjunto de reglas para la interpretación de los enunciados jurídicos (Chiassoni, 2004: 63) y, por lo tanto, permiten evaluar de un modo relativo la corrección de una interpretación (*Ibíd.*: 103). Los métodos interpretativos (o códigos hermenéuticos) pueden por lo tanto ser concebidos como convenciones constitutivas. Cada código consiste en un conjunto de reglas constitutivas que definen un cierto tipo de práctica interpretativa y establecen cómo participar en ella. Por ejemplo, una convención que fija las reglas para interpretar según el significado literal, otra que fija las reglas para interpretar según la intención del legislador.

Que todas estas convenciones forman parte de la interpretación jurídica se advierte a partir del hecho que los participantes no se ven a sí mismos como infringiendo el derecho, ni como llevando a cabo argumentos morales, ni teniendo un desacuerdo aparente cuando usan otros métodos de interpretación además del literal. Igualmente, los jueces no deciden interpretar un cierto texto en un cierto sentido, de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos privados. Por el contrario, los jueces se involucran en una práctica interpretativa en la que el hecho que un determinado método sea utilizado por los demás jueces es una razón para usarlo<sup>49</sup>.

Estas convenciones son más superficiales que aquellas que fijan cómo elegir entre cada una de ellas. Asimismo, son más superficiales que otras convenciones, más profundas, que determinan los elementos a tener en cuenta para interpretar. Por ejemplo, la que determina que la interpretación comienza a partir del texto identificado según la convención de coordinación que he mencionado, la que establece que al interpretar, los jueces, han de llegar a un único resultado, la que establece que al interpretar se deben tener en cuenta las opiniones de ciertos tribunales superiores, etc.

En definitiva, que los jueces desacuerden acerca de los resultados interpretativos no implica que no existan entre ellos convenciones interpretativas con distintos niveles de profundidad. Si ello es así, entonces me parece que el convencionalismo puede acoger una cierta cantidad de desacuerdos al nivel de resultados de interpretación.

## 7. Conclusión

En este trabajo he intentado avanzar en la presentación de una postura convencionalista acerca del derecho, entendida como la defensa de la tesis según la cual el hecho jurídico fundamental es una convención. Desde mi punto de vista, las críticas que las versiones tradicionales dirigen a esta tesis pueden ser superadas si desdoblamos el hecho jurídico fundamental, es decir si distinguimos dos etapas en la práctica de identificación del derecho. Por un lado la identificación de los textos jurídicos, que puede ser entendida como una convención de coordinación y, por otro lado, la atribución de significado a tales textos a partir de ciertos métodos interpretativos que pueden ser entendidos como un conjunto de convenciones constitutivas.

Respecto de los textos jurídicos, creo que la convergencia es suficiente como para sostener que existe una única convención al respecto. Pero ello no es así con relación a los métodos interpretativos. Si bien cada uno de ellos es usado en un modo lo suficientemente regular por los juristas, en su conjunto no puede afirmarse que conformen una única convención constitutiva acerca de la interpretación. Ello se

<sup>49</sup> Ciertamente, que se trate de convenciones constitutivas no impide hacer lugar a la posibilidad de que los métodos interpretativos permitan, además, que los jueces coordinen su actividad respecto de la atribución de significado a los textos jurídicos.

debe a que la convergencia de comportamiento no se verifica en todo nivel, ni siquiera si incorporamos a este cuadro las convenciones profundas. Si bien distinguir distintos niveles de convencionalidad permite dar cuenta de los casos en que existe un cierto nivel de desacuerdo, este rendimiento de las convenciones profundas no es suficiente para sostener que existe una única práctica interpretativa entre los jueces.

Ello no impide sostener que, sobre la base de los dos tipos de convenciones que he mencionado, pueda afirmarse que un juez ha identificado correctamente un texto jurídico o ha utilizado correctamente un método interpretativo. Estos criterios de corrección relativos a cada convención permiten afirmar que el convencionalismo ofrece una explicación, por más mínima que pueda considerarse, de la objetividad del derecho.

En definitiva, la tesis convencionalista compleja propuesta es una tesis que, por un lado, da cuenta de cierto nivel de convergencia en la actividad de los jueces respecto de la identificación de los textos jurídicos y respecto de la interpretación. Esta tesis es compatible también con el hecho que en este segundo caso, la convergencia no alcance un nivel general. Asimismo, por otro lado, permite comprender en qué sentido el derecho puede ser objetivo, si bien en un sentido mínimo.

## Bibliografía

ARENA, F.J. (2011), "Marmor on the Arbitrariness of Constitutive Conventions", *Jurisprudence*, Vol. I, Núm. 2, pp. 441-450.

ARENA, F.J. (2012), "Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas", en LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G.B., *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, Madrid.

BAYÓN, J.C. (2002a), "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en ZAPATERO GÓMEZ, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares.

BAYÓN, J.C. (2002b), "Derecho, convencionalismo y controversia", en NAVARRO, P.E. y REDONDO, M.C. (eds.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona.

BURGE, T. (1975), "On Knowledge and Convention", *The Philosophical Review*, Vol. 84, Núm. 2, pp. 249-255.

CARRIO, A. (2012), "Recensión de J.M. Vilajosana (2010), El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas", *Eunomia*, Núm. 3, pp. 235-251.

CELANO, B. (2010 [2003]), "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.

CELANO, B. (2010[1995]), "Consuetudini, convenzioni", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.

CELANO, B. (2010[1997]), "Interazione strategica e convenzione", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.

CHIASSONI, P. (2000), "Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes", *Analisi e diritto*, Vol. 1999, pp. 79-99.

CHIASSONI, P. (2004), "Codici interpretativi: Progetto di voce per un *Vademecum giuridico*", *Analisi e diritto*, Vol. 2002-2003, pp. 55-124.

COLEMAN, J.L. (1998), "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, Vol. 35, Núm. 4, pp. 381-425.

COLEMAN, J.L. (2001), "The Conventionality Thesis", *Philosophical Issues*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 354-387.

DAHLMAN, C. (2011), "When Conventionality Goes Too Far", *Ratio Juris*, Vol. 24, Núm. 3, pp. 335-346.

DEN HARTOGH, G. (1993), "Rehabilitating Legal Conventionality", *Law and*

*Philosophy*, Vol. 12, Núm. 2, pp. 233-247.

DICKSON, J. (2007), "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, Núm. 3, pp. 373-402.

DWORKIN, R. (1977-1978[1972]), "The Model of Rules II", en DWORKIN, R. (ed.), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.

DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - London.

FORSTER, M.N. (2004), *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton University Press, Princeton.

GILBERT, M. (1983), "Notes on the Concept of a Social Convention", *New Literary History*, Vol. 14, Núm. 2, pp. 225-251.

GILBERT, M. (1993), "Is an Agreement an Exchange od Promises?", *The Journal of Philosophy*, Vol. 90, Núm. 12, pp. 627-649.

GILBERT, M. (2008), "Social Convention Revisited", *Topoi*, Vol. 27, Núm. 1/2, pp. 5-16.

GREEN, L. (1999), "Positivism and Conventionalism", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 12, Núm. 1, pp. 35-52.

GUASTINI, R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán.

HART, H.L.A. (1994[1961]), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.

KEKES, J. (1993), *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, Princeton.

KYRITSIS, D. (2008), "What Is Good About Legal Conventionalism?", *Legal Theory*, Vol. 14, Núm. 2, pp. 135-166.

LAGERSPETZ, E. (1995), *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Kluwer, Dordrecht.

LEWIS, D. (1969), *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford.

MARMOR, A. (2001), *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford - New York.

MARMOR, A. (2009), *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton.

POSTEMA, G. (1982), "Coordination and Convention at the Foundation of Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 165-203.

PUPPO, A. (2011), "Fonti della normatività e convenzioni profonde", en BRUNET, P. y ARENA, F.J. (eds.), *Problemi attuali della teoria analitica del diritto*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.

RAZ, J. (1984), "On the Nature of Rights", *Mind*, Vol. 93, Núm. 370, pp. 194-214.

RAZ, J. (1990[1975]), *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford.

RUIZ MANERO, J. (1990), Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SCANLON, T. (1990), "Promises and Practices", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19, Núm. 3, pp. 199-226.

SEARLE, J. (2010), *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford - New York.

ULLMANN-MARGALIT, E. (1977), *The emergence of norms*, Clarendon Press, Oxford.

VILAJOSANA RUBIO, J.M. (2010), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid.

VILAJOSANA RUBIO, J.M. (2012), "Respuesta a Alberto Carrio", *Eunomia*, Núm. 3, pp. 252-262.

WARNOCK, G.J. (1971), *The Object of Morality*, Methuen, Londres.

## Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares\*

**José Miguel Sánchez Tomás**

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

[josemiguel.sanchez@urjc.es](mailto:josemiguel.sanchez@urjc.es)

### Resumen

El internamiento de inmigrantes irregulares es una de las piezas clave de la política de control de la inmigración irregular en la Unión Europea y en España. Esta medida resulta poco respetuosa con estándares mínimos de disfrute de los derechos fundamentales, es económicamente costosa y poco eficiente. El presente trabajo es una reflexión sobre la necesidad de implementar un sistema de medidas alternativas al internamiento en España e incluso sobre la posibilidad de defender un nuevo sistema alternativo que destierre el internamiento como una medida legítima de control de la inmigración irregular.

75

### Palabras clave

Internamiento de inmigrantes, inmigración irregular, medidas alternativas, derecho a la libertad y la seguridad, retorno de inmigrantes, política migratoria.

## Towards an alternative system to the detention of irregular immigrants

### Abstract

Detention of irregular immigrants is one of the key pieces of the control policy of irregular immigration in the European Union and Spain. This measure is little respectful to minimum standards of fundamental rights, is economically expensive and inefficient. The present work is a reflection on the need to implement a system of alternative measures to detention in Spain and even the possibility of defending a new alternative system that banish the detention as a legitimate measure of control of illegal immigration.

### Keywords

Detention of immigrants, irregular immigration, alternative measures, right to the liberty and security, return of immigrants, migration policy.

\* Este trabajo ha sido elaborado dentro del marco del Proyecto de investigación I+D+i *Iusmigrante* (DER 2011-26449).

## 1. Introducción

La Unión Europea reconoce que *la inmigración irregular sigue siendo un componente importante de la migración a la UE* (Comisión Europea, 2013: 4)<sup>1</sup>. La magnitud de este tipo de inmigración en la UE, según el Proyecto Clandestino con datos referidos a 2008, es de entre 1,9 y 3,8 millones de personas (Triandafyllidou, 2009: 116)<sup>2</sup>, lo que supone entre un 0,39 y un 0,77 % de la población total de estos países y entre un 7 y un 13 % del número total de ciudadanos nacionales de países ajenos a la UE (*ibid.*: 110)<sup>3</sup>.

La regulación legal y las políticas públicas desarrolladas por España en relación con la inmigración irregular están condicionadas por la necesidad de su encuadre dentro del marco armonizador de la Unión Europea, que ha optado por permitir a los Estados parte el recurso a la privación de libertad de inmigrantes irregulares como medida cautelar para garantizar una eventual expulsión. Este marco normativo, en todo caso, permite un amplio margen de decisión a los Estados parte de la Unión Europea en el diseño de los instrumentos de control de la inmigración irregular, incluido el recurso a la privación de libertad de los inmigrantes en situación de irregularidad migratoria.

El objetivo del presente trabajo es, tomando en consideración el destacado papel reservado a la privación de libertad como medida cautelar dentro del marco normativo del control de la inmigración irregular en la Unión Europea (2) y el debate abierto sobre la necesidad de evolucionar hacia un sistema de control más eficiente y con superiores estándares de respeto al derecho fundamental a la libertad en que primen las medidas cautelares alternativas al internamiento (3), reflexionar sobre las posibilidades de adecuación de la legislación española a un sistema de medidas cautelares alternativas e, incluso, a un nuevo sistema alternativo en que quede desterrada la posibilidad del recurso a la privación de libertad de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa (4).

## 2. La privación de libertad en el marco normativo del control de la inmigración irregular en la Unión Europea

El Pacto europeo sobre inmigración y asilo, aprobado el 15 de octubre de 2008 por el Consejo de la Unión Europea, adoptó cinco compromisos fundamentales en la materia. El segundo de ellos era el de *combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular* (Consejo de la Unión Europea, 2008: 4). Este compromiso se vinculaba con tres principios fundamentales, entre ellos, que *los extranjeros en situación irregular en el territorio de los Estados miembros deben abandonar dicho territorio. Cada Estado miembro se comprometerá a garantizar la aplicación efectiva de este principio, dentro del respeto del Derecho y la dignidad de las personas implicadas, dando preferencia al retorno voluntario, y reconocerá las decisiones de retorno adoptadas por otro Estado miembro* (*ibid.*: 7).

Por su parte, el Programa de Estocolmo –*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*–, aprobado en diciembre de 2009 por el Consejo de la

<sup>1</sup> Sobre las características de las migraciones en Europa en la actualidad, véase Livi Bacci (2012: 109-136).

<sup>2</sup> Este Proyecto, financiado por la Unión Europea, se desarrolló entre septiembre de 2007 y agosto de 2009 con el objetivo de aportar datos sobre inmigración irregular en la UE.

<sup>3</sup> Este mismo informe estimaba que a comienzo de 2008 los inmigrantes irregulares en España eran unos 354.000, (*ibid.*: 78-82).

Unión Europea, establece las prioridades para el periodo 2010-2014 respecto de la aplicación de las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. En materia de inmigración dichas prioridades se concretan, entre otras, en la adopción de *unas políticas eficaces para luchar contra la inmigración ilegal*, señalándose que *[u]na política de retorno efectiva y sostenible constituye un elemento esencial de un sistema bien gestionado de migración en el marco de la Unión. La Unión y los Estados miembros deberían intensificar sus esfuerzos para repatriar a los nacionales de terceros países que residen ilegalmente. Se deberían asignar los medios financieros necesarios para ello. Una política de este tipo debe ponerse en práctica respetando plenamente el principio de no devolución, así como los derechos y las libertades fundamentales y la dignidad de los repatriados. Debería darse preferencia al retorno voluntario, aunque se reconoce la inevitable necesidad de medios eficaces para ejecutar las repatriaciones cuando sea necesario* [ap. 6.1.6] (Consejo de la Unión Europea, 2009: 29). En todo caso, el Consejo de la Unión Europea, en la recientemente aprobada *Acción de la Unión Europea frente a las presiones migratorias – Una respuesta estratégica* (Consejo de la Unión Europea, 2012)<sup>4</sup>, se ha preocupado esencialmente, en lo que se refiere a la permanencia en su territorio de inmigrantes en situación de irregularidad migratoria, en aumentar la eficiencia del sistema de repatriación forzada<sup>5</sup> y no ha dedicado ninguna acción concreta a la promoción del retorno voluntario y/o el diseño e implantación de medidas alternativas al internamiento de inmigrantes en situación irregular<sup>6</sup>.

La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>7</sup>, es el instrumento jurídico clave a través del cual la Unión Europea ha intentado armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de control de la inmigración irregular. La Directiva recuerda en su Preámbulo que *[e]n los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria* [ap. 10] y que *[d]ebe supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos* [ap. 13]. En todo caso, no puede dejar de destacarse que el Capítulo IV se dedica al internamiento a efectos de expulsión, estableciendo el art. 15.1 que *[s]alvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas*

<sup>4</sup> Este Plan de Acción se divide en seis áreas de prioridad estratégica: a) refuerzo de la cooperación con terceros países de tránsito y origen en materia de gestión de la migración; b) gestión mejorada de las fronteras exteriores; c) prevención de la inmigración ilegal a través de la frontera entre Grecia y Turquía; d) mejorar la forma de hacer frente al abuso de la vías de migración legales; d) salvaguardia y protección de la libre circulación mediante la prevención del abuso por nacionales de terceros países; y e) mejora de la gestión de la migración, incluida la cooperación sobre prácticas de retorno, (*Ibid.*: 5).

<sup>5</sup> Dentro del área de prioridad estratégica relativa al refuerzo de la cooperación con terceros países de tránsito y origen en materia de gestión de la migración, no deja de sorprender que todos los desafíos, objetivos y actividad aparezcan referidos a presionar sobre terceros países para la ejecución de los acuerdos de readmisión ya firmados y para promocionar dichos acuerdos (*Ibid.*: 6-11), incluyendo el *debate y estudio del uso y el contenido de incentivos proporcionales y específicos brindados a los terceros países con los que se negociarán acuerdos de readmisión de la UE, en combinación con el principio de condicionalidad debidamente aplicado*" (*Ibid.*: 6).

<sup>6</sup> Dentro del área de prioridad estratégica dedicada a la mejora de la gestión de la migración, incluida la cooperación sobre prácticas de retorno, a pesar de la mención formal a los retornos voluntarios en ciertos desafíos, priman entre los objetivos y las actividades las relativas a la eficiencia del retorno forzoso, (*Ibid.*: 21 y 22).

<sup>7</sup> DOUE núm. L-348: 98-107, de 24 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando: a) haya riesgo de fuga, o b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión<sup>8</sup>. Frente a ello, y a pesar de la incidencia que se hace respeto del principio de proporcionalidad en relación con la aplicación de la medida de internamiento<sup>9</sup>, no hay la más mínima mención en la Directiva al establecimiento y desarrollo de medidas alternativas a dicho internamiento.

Estos instrumentos ponen de manifiesto que la política de control de la inmigración irregular de la UE se basa, como objetivo fundamental, en la repatriación de las personas que permanezcan ilegalmente dentro de sus fronteras. De manera subordinada a este objetivo se mueve, por un lado, la preferencia por un sistema de retorno voluntario y, por otro, la admonición al respeto a los derechos fundamentales. Ahora bien, por el amplio desarrollo de las medidas de privación de libertad de los inmigrantes irregulares en la Directiva 2008/115/CE –hasta el escalofriante límite máximo de los 18 meses (art. 15.6)–, no puede ocultarse el protagonismo que se da a esta medida cautelar, a pesar de que se deje total libertad a los Estados respecto de la imposición, llegado el caso, de la privación de libertad en el marco de los procedimientos de retorno.

### 3. El debate sobre las medidas cautelares alternativas al internamiento

El internamiento por motivos de irregularidad migratoria, no vinculado a la comisión de ilícitos penales, tiene un cierto marco legitimador en determinadas previsiones de textos internacionales en materia de derechos humanos<sup>10</sup>. A pesar de ello, no puede ocultarse que esta medida cautelar, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está en una situación de crisis. Su priorización como medida cautelar en materia migratoria, la excesiva y desproporcionada utilización por algunos países, los altos costos humanitarios y el bajo estándar en la protección de los derechos humanos que supone su uso expansivo y rituaria, desconectado de las circunstancias concretas del caso, y la ineficacia en el cumplimiento de los fines que le deberían ser propios para ser una medida necesaria en una sociedad democrática han menoscabado sus bases legitimadoras hasta convertirla en una medida sospechosamente sancionatoria. Esta

<sup>8</sup> En relación con la posibilidad de internamiento en esta Directiva, por todos, Fajardo del Castillo (2009: 481-484) y Faramiñán Gilbert (2012). En concreto, respecto de las condiciones en que resulta legítimo recurrir a la medida cautelar de internamiento, véase STJUE de 30 de noviembre de 2009 [as. C-357/09 PPU, Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72526&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1216485>. Revisado el 28 de junio de 2013, y en comentario a la misma Amedro (2010).

<sup>9</sup> Más ampliamente sobre los límites materiales impuestos por el principio de proporcionalidad y el respeto al Derecho internacional de los Derechos Humanos al internamiento de extranjeros que se encuentran a la espera de retorno, Véase Ortiz Ahlf (2013: 76-83) y Pérez González (2012: 187-196).

<sup>10</sup> En efecto, si bien el art. 5.1.f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) es de los pocos Textos internacionales que reconoce expresamente el internamiento de inmigrantes irregulares al permitirlo en los casos en que (...) se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición, tampoco los órganos de interpretación de otros Textos internacionales en la materia han objetado, a pesar de que no exista un reconocimiento expreso, dicha posibilidad. Ese es el caso del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1982), [ap. 1], en relación con el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP) que se limita a establecer que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Más ampliamente, sobre el particular Pérez González (2012: 187-191).

crisis de legitimación y de eficiencia ha sido puesta de manifiesto por diversos estudios y análisis teóricos y ha provocado el desarrollo de un movimiento de apoyo institucional en favor de un redimensionamiento de la medida cautelar de internamiento y la preferencia por la implantación de medidas no privativas de libertad.

### ***El marco teórico sobre las medidas alternativas al internamiento***

El primer lustro del siglo XXI se significa por la aparición de una serie de estudios sobre la necesidad de la adopción de medidas alternativas al internamiento a que se ven sometidos los solicitantes de asilo y protección internacional en el marco del procedimiento de reconocimiento de dicha condición. El pionero fue el informe *Alternative approaches to asylum seekers: Reception and Transitional Processing System* (Justice for Asylum Seekers-JAS, 2002). Despues apareció el informe *Survey on Alternatives to Detention of Asylum Seekers in EU Member States*, elaborado en el marco de un proyecto financiado por la Unión Europea (Aujeska, 2006). El último de los pioneros fue el extenso trabajo *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, redactado bajo los auspicios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (Field, 2006).

Las reflexiones y argumentos derivados de estos informes -entonces limitados a los solicitantes de asilo y protección internacional- se ampliaron rápidamente al internamiento de inmigrantes en situación irregular por la semejanza de contextos. Así, en 2009 aparece un breve trabajo titulado *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración* (Amnistía Internacional, 2009), en que se incluyen como ejemplos de medidas alternativas al internamiento la obligación de entrega de documentación, la libertad bajo garantías, la libertad bajo supervisión de una ONG, la obligación de personación ante las autoridades o la residencia en centros de régimen abierto. Sin embargo, será el extenso Informe *Becoming vulnerable in detention* (Servicio Jesuita a Refugiados-JRS, 2010), resultado del Proyecto Devas cofinanciado por la UE, el que tras un estudio de campo sobre los principales problemas con que se enfrentan los extranjeros internados en los diversos países de la UE y tras confrontar las situaciones de vulnerabilidad en que se ven inmersos, establezca una serie de conclusiones y recomendaciones en la materia basado en datos empíricos. Así, su principal conclusión es que *[[]a investigación revela que el coste humano del internamiento es demasiado alto, independientemente de las consecución de sus fines, porque sus negativas consecuencias y sus efectos nocivos para las personas son desproporcionadas a una situación en que ellos no han cometido ningún delito y están sólo sujetos a procedimientos administrativos, y resulta innecesario detener a las personas y hacerlas vulnerables a los efectos nocivos de detención al existir alternativas no privativas de libertad a la detención (Ibíd.: 105-106)<sup>11</sup>*. De ello extrae como recomendaciones a los países de la UE, entre otras, que la detención de inmigrantes irregulares debe ser sólo usada como último recurso [ap. 18] y que deberían establecerse medidas alternativas al internamiento [ap. 19] (Ibíd.: 17).

En el año 2011 se publican tres extensos informes en que, superada la necesidad de argumentar a favor del desarrollo de alternativas menos lesivas que el internamiento de extranjeros, se analizan y describen detalladamente las experiencias internacionales de diversos modelos de medidas alternativas. Los dos primeros informes son documentos preparatorios de referencia para la *Mesa Redonda Global sobre Alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados migrantes y apátridas*, celebrada los días 11 y 12 de mayo de 2011 bajo los

<sup>11</sup> Traducción propia.

auspicios de los Altos Comisionados de Naciones Unidas para los Refugiados y para los Derechos Humanos. Por un lado, está el titulado *Volver a lo esencial: El derecho a la libertad y seguridad de la persona y las “alternativas a la detención” de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes* (Edwards, 2011), y, por otro, el titulado *Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes* (Sampsom, 2011). El tercer trabajo es el titulado *From Deprivation to Liberty. Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom* (Servicio Jesuita de Refugiados-JRS, 2011).

Las principales conclusiones de estos trabajos aparecen recogidas en el documento *Resumen de conclusiones* de la ya citada Mesa Redonda Global sobre alternativas de mayo de 2011 (Altos Comisionados de Naciones Unidas para los Refugiados y para los Derechos Humanos, 2011). Entre sus principales mensajes caben destacar, por un lado, que *[...]as consecuencias para los derechos humanos, así como los costos sociales y económicos de la detención migratoria, demandan la investigación, el estudio y la aplicación de alternativas a la detención*, por otro, que *[...]as alternativas a la detención (...) son parte de toda evolución de la necesidad y la proporcionalidad de la detención y, además, que [...]as alternativas a la detención no deben utilizarse como formas alternativas de detención, ni deben convertirse en alternativas a la liberación* (*Ibíd.*: 2). En concreto, algunas de las conclusiones destacadas son el carácter documentado de los drásticos impactos causados por el internamiento en los derechos humanos de los individuos y la eventual causación de consecuencias físicas, emocionales y psicológicas [aps. 9 y 10]; la mayor eficiencia de las medidas alternativas que permiten alcanzar más del 90% de índice de cumplimiento o de cooperación cuando las personas son puestas en libertad bajo supervisión adecuada y la correlación entre determinadas alternativas y los índices de retorno voluntario [ap. 16]; y el menor coste económico de las medidas alternativas a la del internamiento [ap. 17] (*Ibíd.*: 4-5).

Recientemente, todavía ha aparecido un nuevo informe en que se continúan analizando las experiencias sobre alternativas al internamiento de solicitantes de asilo y refugiados en las ciudades de Toronto y Ginebra (Costelo y Kataz, 2013), aumentando con ello el ya amplio grupo de estudios de campo sobre la eficacia de estas medidas alternativas.

### ***El apoyo institucional a las medidas alternativas al internamiento***

Simultáneamente al desarrollo de estos estudios, se ha mostrado un decidido apoyo a la implantación del modelo de alternativas al internamiento desde diversas organizaciones internacionales, principalmente en el marco de Naciones Unidas y de la Unión Europea. Así, la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución núm. 63/184 sobre *“protección de los migrantes”*, aprobada el 18 de diciembre de 2008, *exhorta a todos los Estados a que respeten los derechos humanos y la dignidad intrínseca de los migrantes y pongan fin a los arrestos y detenciones de carácter arbitrario y a que, en caso necesario, examinen los períodos de detención con el fin de evitar la detención de migrantes irregulares durante períodos excesivamente largos y a que, cuando proceda, adopten medidas sustitutorias de la detención* [ap. 9], y destaca que *[t]oma nota con reconocimiento del éxito logrado por algunos Estados en la aplicación de medidas sustitutorias de la detención en casos de migrantes indocumentados, práctica que merece la consideración de todos los Estados* [ap. 13]<sup>12</sup>. Esta misma exhortación y reconocimiento se han reiterado

<sup>12</sup> A/RES/63/184. Disponible en: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/63/184&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/184&Lang=S). Revisado el 28 de junio de 2013.

desde ese momento en las sucesivas Resoluciones núm. 64/166<sup>13</sup>, 65/212<sup>14</sup>, 66/172<sup>15</sup> y 67/172<sup>16</sup>, sobre *protección de los migrantes*, aprobadas el 18 de diciembre de 2009, 21 de diciembre de 2010, 19 de diciembre de 2011 y 20 de diciembre de 2012, respectivamente [aps. 4.a) y d)].

En ese mismo sentido, dentro de la actividad de las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ya señalaba su preocupación de que volviera a manifestarse una tendencia hacia la intensificación de las restricciones, incluida la privación de libertad, aplicadas a los solicitantes de asilo, los refugiados y los inmigrantes en situación irregular [ap. 65], considerando conveniente recordar *que la detención debería ser el último recurso admisible únicamente durante el menor tiempo posible, y que se deberían buscar otras soluciones cuando ello fuera factible* (Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2009: 24). Igualmente, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, en un reciente informe ha analizado el marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos [aps. 5-47] (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes – François, 2012: 3-14) y las alternativas a la detención administrativa de los migrantes [aps. 48-67] (*Ibíd.*: 14-19), entre ellas, el registro de migrantes y depósito de documentos, libertad bajo garantía, comparecencias periódicas, libertad vigilada, obligación de residir en un determinado lugar, etc. Entre sus conclusiones y recomendaciones deben destacarse las relativas a que el internamiento nunca debe ser obligatorio ni automático, sino una medida de último recurso cuando no exista otra menos restrictiva, por lo que *los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva* [ap. 68]. Igualmente, recuerda a los gobiernos que *las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional cuando esta sea posible. Los gobiernos deben establecer salvaguardias para que las personas que tienen derecho a ser puestas en libertad sin condiciones no sean objeto de medidas alternativas* [ap. 73] y *exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de abolir progresivamente la detención administrativa de los migrantes* [ap. 72] (*Ibíd.*: 19 y 20).

Por su parte, la Comisión de la UE, ante ciertas reticencias de los Estados miembros en el cumplimiento de las condiciones subordinadas al objetivo de la repatriación de que se priorice el retorno voluntario y se respeten los derechos fundamentales en las políticas de control de la inmigración irregular, ha reiterado la necesidad de reconducir las prácticas imperantes en los países miembros. Así, en el Primer informe anual sobre inmigración y asilo, se destacó tanto que *los Estados miembros deberían utilizar la oportunidad que ofrece la Directiva de retorno para estimular el retorno voluntario* (Comisión Europea, 2010: 5), como que *los Estados miembros deberían asegurarse de que las medidas destinadas a mejorar el control de la inmigración tengan plenamente en cuenta los derechos fundamentales*

<sup>13</sup> A/RES/64/166. Disponible en:

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/166&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/166&Lang=S). Revisado el 28 de junio de 2103.

<sup>14</sup> A/RES/65/212. Disponible en:

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/65/212&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/212&Lang=S). Revisado el 28 de junio de 2013.

<sup>15</sup> A/RES/66/172. Disponible en:

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/172&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/172&Lang=S). Revisado el 28 de junio de 2013.

<sup>16</sup> A/RES/67/172. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/172>. Revisado el 28 de junio de 2103.

*y los derechos del niño, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y con la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (Ibíd.: 6).* En el Segundo informe anual sobre inmigración y asilo, se volvía a poner de manifiesto que *las medidas eficaces destinadas a prevenir la inmigración irregular y garantizar la seguridad de las fronteras son un componente esencial de una política de inmigración coherente y creíble de la UE, pero esta política debe ser justa y deben respetarse los derechos humanos* (Comisión Europea, 2011: 9), insistiendo en que *[[]a Directiva de retorno debe ser plenamente incorporada y aplicada por los Estados miembros, quienes deberán continuar aprovechando la oportunidad que ofrece la misma para fomentar la partida voluntaria como opción preferida de retorno* (Ibíd.: 10). En el Tercer informe anual sobre inmigración y asilo también se recuerda que se ha establecido como prioridad *una trasposición y utilización completa del acervo vigente, especialmente de la Directiva de Retorno, con una acento constante en la marcha voluntaria, en la reinserción y en el control de las garantías de los derechos fundamentales* [ap. IV.6 (5)] (Comisión Europea, 2012: 16). Por último, en el Cuarto informe anual sobre inmigración y asilo, ya no sólo se incide en la necesidad de hacer frente a la inmigración irregular garantizando el respeto a los derecho fundamentales, sin que se haga una mención expresa (Comisión Europea, 2013: 18)<sup>17</sup> a que en lo referente a las prácticas de detención dentro de las políticas de control de la inmigración irregular debe tomarse en cuenta el documento de orientación elaborado por la Agencia de los Derechos Humanos de la Unión Europea, titulado *Detención de los inmigrantes en situación irregular: consideraciones sobre los derechos fundamentales* (Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – FRA, 2012).

Otras instituciones de la Unión Europea han resultado más incisivas en esta materia. Así, el Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre *el respeto de los derechos fundamentales de las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración*, propone que *la política europea de retorno fomente el carácter voluntario y la más alta consideración hacia los valores humanitarios* [ap. 4.6.3] (Comité Económico y Social Europeo, 2010: 33) y, en ese marco, haciendo ya una especial incidencia en el concreto aspecto del derecho a la libertad y la grave limitación que supone el internamiento de los inmigrantes irregulares, *reafirma su posición contraria al mantenimiento en condiciones de detención de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes irregulares, ya que su internamiento en centros de detención debe ser una medida en todo caso excepcional* [ap. 4.7.1] (Ibíd.: 34).

No obstante, la institución de la UE más combativa en esta materia es la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA). Entre sus informes destacan el dedicado globalmente a los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular -*Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union -Comparative report-* (Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – FRA, 2011) y, más específicamente, ya en relación con la privación de libertad de los inmigrantes en situación irregular, el titulado *Detention of third-country national in return procedures* (Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – FRA, 2010). En este último informe se abordan, entre otras, las cuestiones relativas al respeto al principio de necesidad y proporcionalidad (Ibíd.: 21-29) y a las medidas alternativas al internamiento (Ibíd.: 49-54). En el resumen ejecutivo se recuerda que el internamiento puede llegar a ser arbitrario si el propósito perseguido puede alcanzarse con medidas menos restrictivas -como son la personación regular ante la policía o restricciones de residencia- y que, aunque muchos países miembros de la UE prevén la posibilidad de aplicar alternativas al internamiento, éstas a menudo sólo se aplican de modo

<sup>17</sup> En la nota 116.

excepcional y principalmente para grupos especialmente vulnerables (*Ibíd.*: 7). Igualmente, la Agencia destaca que el análisis de los datos sugiere que las alternativas no son usadas frecuentemente y que la principal razón para priorizar la privación de libertad frente a otras medidas es el riesgo de incomparecencia, a pesar de que hay una notable escasez de fugas entre los individuos a quienes se aplicaron alternativas y de que las estadísticas indican que la aplicación de alternativas puede llegar a incrementar el retorno voluntario (*Ibíd.*: 52). De ese modo, esta Agencia incluye como recomendaciones en esta materia, por un lado, que los países que no lo hayan hecho establezcan legislativamente la posibilidad de estas medidas alternativas y, por otro, que se garantice que en la práctica se aplicarán las medidas menos coercitivas antes de optar por el internamiento (*Ibíd.*: 10).

#### **4. Abriendo el debate para un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares en España**

Una vez expuesto tanto el marco normativo de la Unión Europea sobre la materia, al que debe someterse el legislador español, como el debate sobre las medidas alternativas al internamiento de los inmigrantes en situación de irregularidad, es el momento de reflexionar sobre las posibilidades de adecuación de la legislación española a estos superiores estándares de respeto al derecho a la libertad de los inmigrantes irregulares. En ese sentido, es preciso, en primer lugar, analizar el actual marco normativo español para, posteriormente, verificar si resulta adecuado al nuevo contexto de emergencia de las medidas alternativas al internamiento y las posibilidades que hay para avanzar hacia un sistema alternativo al del internamiento de inmigrantes en situación irregular.

83

#### ***El internamiento en la normativa española de control de la inmigración irregular***

La legislación española, ya desde lo previsto en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España<sup>18</sup>, ha posibilitado el internamiento de inmigrantes como medida cautelar para garantizar la ejecución de una eventual sanción de expulsión del territorio nacional derivada de la infracción de la normativa administrativa de extranjería<sup>19</sup>. Esta Ley, sin embargo, no contenía previsión alguna para posibilitar la adopción de otras medidas cautelares que no fuera la privativa de libertad. Hubo que esperar a su primer Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo<sup>20</sup>, para que se regularan dichas medidas alternativas en su art. 88, consistentes en la obligación de presentación periódica ante autoridades competentes o en la de residencia obligatoria en determinado lugar. Estas medidas cautelares, sin embargo, desaparecieron para los supuestos de expulsión en el segundo Reglamento de la LO 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero<sup>21</sup>.

La posibilidad de acordar el internamiento de inmigrantes como medida cautelar en los procedimientos sancionadores administrativos por estancia irregular se ha mantenido en la actual legislación de extranjería, primero en el art. 58 de la redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y

<sup>18</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

<sup>19</sup> Al respecto, por todos, Banacloche Palao (1996: 465-470). Para la evolución legislativa previa a la LO 7/1985, de interés, Aguelo Navarro (2013: 522-524), o Martínez Pardo (2006: 218-221).

<sup>20</sup> BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986.

<sup>21</sup> BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996.

Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social<sup>22</sup>, y posteriormente, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre<sup>23</sup>, en el art. 61, que ha sufrido en su redacción las modificaciones de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre<sup>24</sup>, y de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre<sup>25</sup>.

Esta previsión, ya desde la redacción originaria de la LO 4/2000, venía complementada con la posibilidad de adopción de otras medidas como son la presentación periódica ante las autoridades competentes o la retirada de pasaporte [ex art. 58 y actual art. 61.1.a) y c)]. Posteriormente, por la LO 8/2000, se posibilitó también acordar la residencia obligatoria en un determinado lugar [art. 61.1.b)] y, por LO 2/2009: *cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente* [art. 61.1.f)]<sup>26</sup>. En coherencia con ello, tanto el primer Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio<sup>27</sup>, como el segundo, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>28</sup>, además de concretar la regulación del internamiento en los arts. 110.6 y 131.5, respectivamente, también se ocupaban en los arts. 110.7 y 131.6, respectivamente, de establecer como medidas cautelares las ya citadas de retirada del pasaporte, presentación periódica ante autoridad competente y residencia obligatoria en lugar determinado, que podía imponer el órgano administrativo competente durante la tramitación del procedimiento administrativo, pero sólo en los casos en que se hubiera solicitado el internamiento y la autoridad judicial lo hubiera denegado. Por su parte, el tercer Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril<sup>29</sup>, al igual que los anteriores, se ocupa en el art. 235.5 del internamiento y reserva el art. 235.6 para las medidas cautelares no privativas de libertad, incluyendo, en el apartado d): *cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente*, pero insistiendo en que sólo procede su adopción una vez denegado el internamiento por la autoridad judicial<sup>30</sup>.

### **Un sistema de internamiento sin alternativas**

El Ordenamiento jurídico español, tal como se ha expuesto, no establece propiamente un sistema de medidas alternativas a la privación de libertad de los inmigrantes en situación irregular, reservándose un absoluto protagonismo al internamiento<sup>31</sup>. La propia regulación de estas medidas cautelares no privativas de libertad pone de manifiesto que la opción legislativa española por este tipo de

<sup>22</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; y corrección de errores en BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000.

<sup>23</sup> BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

<sup>24</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>25</sup> BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003 y BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, respectivamente.

<sup>26</sup> No menciono en esta relación la previsión del art. 61.1.d) LO 4/2000, referida a la *detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento*, toda vez que también es una medida privativa de libertad instrumental del internamiento. Para un detenido análisis sobre los problemas que plantea dicha medida, de interés Martínez Escamilla y Sánchez Tomás (2013) y Aguelo Navarro (2013: 513-521).

<sup>27</sup> BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001

<sup>28</sup> BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

<sup>29</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, y corrección de errores en BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011.

<sup>30</sup> Para un panorama sobre la situación legal de las medidas cautelares tras la reforma operada por la LO 2/2009 y la aprobación del RD 557/2011 puede consultarse, Aguelo Navarro (2013: 513-537), o Rodríguez Gómez (2011: 882-897).

<sup>31</sup> En relación con la generalización del internamiento tras la reforma operada por la LO 2/2009, Molina Navarrete (2010: 751-752), destacando su vinculación con la excesiva ampliación de los casos susceptibles de expulsión, Rodríguez González (2011: 400-410). Para una visión sobre los supuestos en los que procedía el internamiento de extranjeros antes de dicha reforma, Requejo Rodríguez (2006: 55-99).

medida no responde a un modelo alternativo al internamiento sino subsidiario a éste. Así, basta con reparar en que ya desde el primer Reglamento de desarrollo de la vigente LO 4/2000 se ha condicionado la aplicación de estas medidas por parte de la autoridad gubernativa a la previa denegación por la autoridad judicial de una solicitud de internamiento. De ese modo, el sistema español no ha establecido un diseño normativo en que la adopción de las medidas cautelares para garantizar el retorno de los inmigrantes en situación de irregularidad responda a la lógica de la proporcionalidad y excepcionalidad en el respeto al derecho a la libertad, sino que se ha limitado a intentar maximizar la eficiencia en la repatriación sobre la base del retorno forzoso desde situaciones de privación de libertad del inmigrante, bien sea la detención –si puede producirse la expulsión en el plazo de tres días- o el internamiento. En efecto, en un contexto en que se posibilita la restricción e incluso la privación de libertad como medidas cautelares en materia de extranjería, la lógica del principio de proporcionalidad determinaría el diseño de un sistema escalonado en que primara la no adopción de ninguna medida cautelar y que, sólo en función de la necesidad de adopción de medidas cautelares, se fuera optando desde las menos restrictivas hasta la cúspide de la excepcionalidad que la representara el internamiento. El sistema español, sin embargo, resulta con un diseño un tanto estrambótico, ya que contempla como medida cautelar principal y directa el internamiento, sólo posibilitando acudir a medidas menos limitativas de la libertad cuando el juez deniegue el internamiento<sup>32</sup>.

Por otro lado, la vocación de la legislación española en priorizar el internamiento también se evidencia con el contraste de densidad legislativa con la que se regulan las medidas cautelares. Es razonable que por imperativos constitucionales de respeto al principio de calidad de la ley en la regulación de instituciones privativas de libertad, la LO 4/2000, con sus sucesivas reformas, haya dedicado una especial atención al internamiento de los extranjeros<sup>33</sup>. Ello no justifica, por el contrario, que se haya dejado ayuna de la necesaria densidad regulatoria a las medidas no privativas de libertad, hasta el límite de que algunas de ellas parecen que no cuentan con un desarrollo normativo mínimo que posibiliten materialmente su aplicación. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con la obligatoriedad de residencia en un determinado lugar, en que su indeterminación tanto en lo espacial como en lo temporal como en los mecanismos de control y seguimiento impide llegar a comprender su modo de ejecución concreta. Y qué decir de la novedosa y evanescente previsión del art. 61.1.f) LO 4/2000, introducida por la LO 2/2009, referida a *cualquier otra medida cautelar que el juez estima adecuada y suficiente*, que resulta un galimatías interpretativo, habida cuenta de que siendo medidas que debe adoptar el instructor del procedimiento administrativo el que debe valorar su adecuación y suficiencia es un órgano judicial<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> En ese sentido, Arrese Iriondo (2010: 88), Rodríguez Gómez (2011: 884-885), sin embargo, defiende la posibilidad de que estas medidas alternativas sean aplicadas de manera autónoma por el instructor de procedimiento sin necesidad de que exista una previa solicitud y denegación del internamiento.

<sup>33</sup> En relación con la exigencia de calidad de la ley como mandato constitucional al legislador de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad, véase Sánchez Tomás (2012: 350-352).

<sup>34</sup> Martínez Pardo (2006: 233), por el contrario, defiende la posibilidad de que el juez una vez rechazada la pertinencia del internamiento acuerde una medida cautelar distinta, argumentando que *si la autoridad administrativa o policial tiene facultades para aplicar una medida más o menos restrictiva de libertad, porque así lo permite la ley, no vemos motivo para considerar que el juez de instrucción aplicando el mismo principio de proporcionalidad, como criterio rector a la hora de resolver sobre las medidas a adoptar, acuerde una medida distinta del internamiento, que en todo caso será menos gravosa que el internamiento en centro no penitenciario (Ibid.: 234)*. No puede compartirse esa opinión por dos razones principales. En primer lugar, porque, tal como ya se ha señalado, no es cierto que la normativa española permita al instructor del procedimiento adoptar medidas cautelares distintas al internamiento de manera autónoma y al margen de la condición previa de que ya haya sido rechazado por el juez la procedencia del internamiento. A esos efectos, debe tenerse en cuenta que la aplicación

La preferencia por el internamiento del inmigrante irregular en la legislación española también resulta contradictoria con el modelo legislativo asumido por el ordenamiento español de priorizar la sanción económica para los casos de estancia irregular [art. 53.1.a), en relación con el art. 55.1.b) LO 4/2000] y considerar la expulsión como mera medida sustitutiva de la multa (art. 57.1 LO 4/2000) y no como una medida autónoma de restablecimiento de la legalidad migratoria<sup>35</sup>. En ese contexto, más allá de que se haya limitado la posibilidad de internamiento en los casos de estancia irregular para los supuestos en que proceda el procedimiento preferente<sup>36</sup>, no deja de resultar paradójico que para una infracción administrativa castigada con una multa y de la que, a lo sumo, pueda resultar una obligación de retorno, se posibilite una medida tan gravemente restrictiva del derecho a la libertad.

Igualmente, tampoco se puede dejar de señalar que la *ratio* entre el número de internamientos y de expulsiones de dichos internados también pone de manifiesto que, al margen de otras consideraciones, esta medida no está cumpliendo de manera óptima su función instrumental de tener como único objetivo legitimador cautelar el posibilitar la ejecución material de la expulsión. Así, por ejemplo, el número total de extranjeros internados en los CIEs en el periodo entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 fue de 3.985 y el de expulsiones en ese mismo periodo de 2.257<sup>37</sup>. Ello determina que en ese periodo sólo se expulsó al 56,5 % de los internos, lo que supone que en casi la mitad de los casos la medida de internamiento ha fracasado en el cumplimiento de la función cautelar para la que legalmente está legitimada. Este porcentaje es muy similar al que se obtiene a partir de la *ratio* entre personas internadas durante el año 2011, que ascendió a un total de 11.456, y las finalmente repatriadas, que ascendió a 6.825 datos, lo que determina un 59,6 %<sup>38</sup>. Y, también durante el año 2012, que ascendió a un total de 11.325 personas internadas y 5924 repatriadas, lo que computa un 52,30 %<sup>39</sup>.

Por último, el costo del sistema de internamiento de extranjeros en España ha supuesto en 2011 un montante total, sin incluir los datos referidos a personal<sup>40</sup>, de 8.338.262,61 €, lo que determina un coste diario de cada plaza de 17 euros, sin tomar en consideración los gastos de personal<sup>41</sup>. En cuanto a la eficiencia del

de estas medidas, siendo limitativas de derechos, debe estar presidida por el principio de legalidad de modo tal que no consienten una interpretación ampliatoria que permita su adopción fuera de las estrictos supuestos previstos en la normativa, que es categórica respecto de la necesidad de que haya sido denegado judicialmente el internamiento. En segundo lugar porque, siendo claro que la intervención judicial en el internamiento se deriva de la necesidad de dar un estricto cumplimiento a las garantías del art. 17 CE y la prohibición del art. 25.3 CE, la adopción del resto de medidas es una competencia de la Administración respecto de las que la autoridad judicial, en este caso del orden contencioso-administrativo, sólo tiene competencia de control de su legalidad. Al respecto véase Villaverde Menéndez (2004: 191-193), destacando ya que la función del juez es meramente de garante de la libertad.

<sup>35</sup> Ampliamente, en relación con las implicaciones de la opción legislativa por la multa en vez de la expulsión, véase Arrese Iriondo (2010: 74-80).

<sup>36</sup> Sobre dicho procedimiento, Meana Cubero (2011: 362-365), y para su vinculación con la medida de internamiento, Aguelo Navarro (2013: 527-528).

<sup>37</sup> Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134: 118, de 25 de julio de 2012. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D\\_134.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF). Revisado el 28 de junio de 2013.

<sup>38</sup> Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2012: 110 y 111).

<sup>39</sup> Mecanismo nacional de Prevención de la Tortura (2013: 64).

<sup>40</sup> El número total del personal policial que presta servicio en los CIE españoles es de 406. Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134: 122, de 25 de julio de 2012. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D\\_134.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF). Revisado el 28 de junio de 2013.

<sup>41</sup> Datos obtenidos de la respuesta dada el 31 de marzo de 2012 por el Gobierno a la solicitud de informe núm. 186/000005 cursada el 11 de enero de 2012 por el Diputado Sr. Llamazares Trigo.

sistema, debe destacarse que a fecha 31 de marzo de 2012 existen operativos nueve centros de internamiento con una capacidad total de 2.548 plazas de las que sólo estaba ocupadas 795<sup>42</sup> -esto es, el 31,2 % de las plazas-, pero son numerosas las quejas sobre las deficiencias de las instalaciones y de atención y respeto a los estándares de los derechos de los internados tanto por parte del Defensor del Pueblo<sup>43</sup> como de la Fiscalía General del Estado<sup>44</sup>. De hecho, se ha producido el cierre definitivo del Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga<sup>45</sup>.

### ***Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares en España***

El sistema español de control de la inmigración irregular, tal como se ha expuesto, tiene un amplio margen de mejora en lo que se refiere a la opción más inmediata de establecer un sistema de medidas alternativas al internamiento de inmigrantes en situación irregular. Este sistema debería ya haberse asumido como una obligación derivada de la normativa de la Unión Europea desde hace tiempo. En ese sentido, no es necesario incidir en que si bien el Derecho de la Unión deja libertad a los Estados para la imposición de la privación de libertad en garantía del objetivo de la repatriación, se da una absoluta prevalencia al retorno voluntario dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales. Junto a ello también debe ponderarse que diversas instancias internacionales, incluyendo Agencias de Naciones Unidas y de la propia Unión Europea, vienen reiterado que el internamiento de inmigrantes irregulares debe ser una medida absolutamente excepcional, destacando la necesidad de que se establezcan medidas alternativas. A ese respecto, son ya muy diversos los estudios internacionales y las experiencias de derecho comparado que ponen de manifiesto que el internamiento causa drásticos impactos en los derechos humanos de individuos que no han cometido ningún ilícito penal y han acreditado la mayor eficiencia de determinadas medidas alternativas en el índice de retorno voluntario y su menor coste económico. Estas medidas alternativas, además, resultan más coherentes con la política española de control de la inmigración irregular, en que se da preferencia a la sanción económica frente a la expulsión, posibilitando la corrección de diversas disfunciones tanto en coste de libertades públicas y derechos fundamentales como económicas, ya que la *ratio* internamiento-expulsión de internados evidencia un elevado incumplimiento de los fines cautelares de esta medida y la ineficiencia del sistema de repatriación forzada y, además, las infraestructuras de internamiento, a pesar de estar y tener un alto coste económico, resultan deficientes y con necesidad de una mejor atención y respeto a los estándares de los derechos de los internados.

De ese modo, al margen de la necesidad de que se respete el principio de excepcionalidad del internamiento, haciendo una muy estricta aplicación de esta medida por parte de los operadores jurídicos implicados, es urgente una modificación de la normativa de extranjería para la implantación de medidas

<sup>42</sup> Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134: 119, de 25 de julio de 2012. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D\\_134.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF). Revisado el 28 de junio de 2013.

<sup>43</sup> Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2011: 11-123), [aps. 250-284]; (2012: 107-129), [aps. 75-106], (2013: 61-74), [aps. 40-70].

<sup>44</sup> Fiscalía General del Estado (2009: 753-759); (2010: 889-892); (2011: 1008-1011); (2012: 853-863).

<sup>45</sup> Orden PRE/9/2013, de 8 de enero (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2013), reconociéndose en la exposición de motivos para justificar el cierre *que dada su antigüedad y pese a las continuas obras de reparación, adaptación y mejora que se han ido realizando, no posee unas instalaciones adecuadas o idóneas para el cumplimiento de los fines para los que fue creado*. Más en general para una visión crítica desde la sociedad civil sobre el internamiento y la situación de los CIEs, véase Pérez-Sales (2009); o Amnistía Internacional (2013).

alternativas al internamiento que cumplan, al menos, con diversas condiciones. La primera es que sean medidas aplicables sólo y exclusivamente en los casos en que no proceda el mantenimiento de la situación de libertad, que debe ser el estatus general por la preeminencia de la repatriación voluntaria. Así, no puede plantearse la adopción de medidas cautelares de cualquier naturaleza para los supuestos de situación de permanencia irregular de inmigrantes en que no se haya dado la posibilidad de retorno voluntario. La segunda es que dichas medidas, empezando por las menos invasivas en términos de derechos fundamentales, sean de aplicación absolutamente prioritaria a cualquier medida de internamiento. La tercera es que, cuando puedan resultar restrictivas de derechos fundamentales, sean impuestas por la autoridad judicial o, al menos, que se garantice su inmediato control *a posteriori* por dicha autoridad. La cuarta es que sólo pueda acudirse al internamiento de manera subsidiaria y excepcional una vez que se haya comprobado el fracaso de las medidas cautelares no privativas de libertad.

Más allá de la urgencia en el diseño de un sistema de medidas alternativas al internamiento para el Derecho español como el expuesto, todavía queda un espacio de reflexión política y jurídico-constitucional respecto de la legitimidad de la privación de libertad como una medida aplicable en el control de la inmigración irregular en este país. A esos efectos, debe seguir reivindicándose que la medida cautelar de internamiento de inmigrantes en el marco de la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores en materia de extranjería es de dudosa constitucionalidad. Ciertamente, el art. 17.1 CE establece la garantía legal del derecho a la libertad, al señalar que *[n]adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstos en la ley*. En una lectura apresurada, ello parecería dar a entender que es suficiente con que exista una previsión legal expresa que establezca dicha posibilidad para asegurar la constitucionalidad de dicha previsión. Ahora bien, es preciso hacer una lectura sistemática de este precepto poniéndolo en relación con el art. 25.3 CE, en que se establece que *[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*. Por supuesto, todavía podría objetarse que en la legislación de extranjería no es la Administración civil la que acuerda la privación de libertad, que, en todo caso, queda reservada a la autoridad judicial.

Pues bien, este argumento no resulta lo suficientemente persuasivo como para poder despejar las dudas respecto de la inconstitucionalidad de la previsión legal que posibilita el internamiento cautelar de inmigrantes en situación irregular, a pesar de que la cuestión ya fuera abordada por el Tribunal Constitucional en la STC 115/1987, de 7 de julio<sup>46</sup>. En efecto, en su día, el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 26.2 de la ya citada LO 7/1985, de 1 de julio, en el que se establecía que *[l]a Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario (...)*. El argumento principal utilizado por el Defensor del Pueblo fue que, partiendo de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y de la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE), no resultaba posible para la Administración adoptar este tipo de medidas con carácter cautelar, insistiendo en que la mera intervención de la autoridad judicial no era capaz de desvirtuar la índole administrativa del procedimiento. La respuesta aportada entonces por el Tribunal

<sup>46</sup> Para un comentario sobre esta resolución y sus implicaciones, por todos, véase Martínez Pardo (2006: 215-221) y Villaverde Menéndez (2004: 170-180).

Constitucional fue vincular la cuestión planteada con la valoración y naturaleza de la intervención judicial en la decisión sobre el internamiento, afirmando, por un lado, que la decisión sobre el internamiento, en sí misma considerada, no está en manos de la Administración, que ostenta una simple facultad de solicitar la autorización, y, por otro, que el órgano judicial tiene capacidad de decidir libremente sobre la procedencia del internamiento, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en relación con el cumplimiento de la finalidad a la que legalmente está orientada. De todo ello concluyó que *[i]nterpretado en estos términos el precepto impugnado es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad* (STC 115/1987, FJ 1).

Esta argumentación, sin duda, resulta pertinente y consistente para despejar uno de los contenidos esenciales e inherentes a la prohibición del art. 25.3 CE, como es el referido a su aspecto subjetivo o formal, en tanto que interdicción a que la Administración civil sea competente para decidir sobre la privación de libertad de un ciudadano. Ahora bien, deja sin resolver un segundo contenido que ha de entenderse también inherente a la prohibición del art. 25.3 CE que es de contenido objetivo y material: la interdicción de que pueda aparejarse una sanción -directa o subsidiaria- privativa de libertad a la comisión de un ilícito meramente administrativo. Esto es, el art. 25.3 CE contiene dos mandatos o garantías dirigidos al legislador de los derechos fundamentales. El primero es lo que se ha venido a denominar la garantía judicial, que implica la necesidad de que se produzca una inmediata intervención de la autoridad judicial en protección del derecho a la libertad del ciudadano, y que emana de la propia división de poderes entre el Poder Ejecutivo –en este caso la Administración civil- y el Poder Judicial. El segundo es el mandato de proporcionalidad, en virtud del cual si bien el ejercicio del *ius puniendi* estatal aparece compartido entre las Administraciones Públicas y los órganos judiciales del orden penal, para estos últimos, por imposición del principio de *última ratio*, no sólo se reserva la sanción de las conductas más gravemente lesivas, sino también la exclusividad en el uso de la privación de libertad como consecuencia jurídica por su infracción<sup>47</sup>. En ese sentido, al art. 25.3 CE le es inherente también la prohibición de que sea sancionada con pena privativa de libertad una mera infracción administrativa aunque formal o subjetivamente sea impuesta por la autoridad judicial. De ese modo, persiste una duda sobre la constitucionalidad de la medida de internamiento de inmigrantes irregulares, desde la perspectiva del art. 25.3 CE, vinculada al hecho no de la autoridad que debe acordarla sino de su falta de proporcionalidad absoluta al aparecer correlativa, aunque sea bajo la forma de

<sup>47</sup> La STC 77/1983, de 3 de octubre, terciando en la polémica dogmática sobre la conveniencia de un monopolio sancionador del Poder Judicial, zanja la cuestión afirmando que: *[n]o cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos* (FJ 2). Con carácter previo, ya la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, tras afirmar la dualidad administrativa y judicial en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, inmediatamente añade que la potestad sancionadora administrativa no puede afectar al contenido del derecho a la libertad del art. 17.1 CE. Sobre el particular, Sánchez Tomás (2008: 768-769).

medida cautelar, a una mera infracción administrativa, perspectiva que no fue directamente abordada en la STC 115/1987.

En este contexto de legítimas dudas sobre la constitucionalidad del internamiento de inmigrantes en situación irregular, junto con la paulatina consolidación de una opinión común internacional sobre la innecesaria severidad de esta medida, no debería descartarse la procedencia de un verdadero sistema alternativo de medidas cautelares en las políticas de control de la inmigración irregular sobre la base de la imposibilidad de recurrir a la privación de libertad. Existe ya una amplia base jurídica y empírica suficiente para avanzar en esa dirección.

## Bibliografía

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA - FRA (2010), *Detention of third-country national in return procedures*. Disponible en línea: [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-report-detention-december-2010\\_EN.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA - FRA (2011), *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union –Comparative report*. Disponible en línea [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA\\_2011\\_Migrants\\_in\\_an\\_irregular\\_situation\\_EN.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA - FRA (2012), *Apprehension of migrants in an irregular situation – fundamental rights considerations*. Disponible en línea: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-apprehension-migrants-irregular-situation\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-apprehension-migrants-irregular-situation_en.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

AGUELO NAVARRO, P. (dir.) (2013), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, Madrid.

ALTOS COMISIONADOS DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Y PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2011), *Resumen de conclusiones de la Mesa Redonda Global sobre Alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados migrantes y apátridas* (11 a 12 de mayo de 2011), Ginebra. Disponible en línea: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e844d742>. Revisado el 28 de junio de 2013.

AMEDRO, J.F. (2010), “La Cour de Justice de l’Union européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la directive retour (C.J.C.E., Gde Ch., Saïd Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), 30 novembre 2009)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Núm. 84, pp. 893-915.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009), *Migrantes y Solicitantes de asilo irregulares. Alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, Londres. Disponible en línea: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/MIGRANTES%20Y%20SOLICITANTES%20DE%20ASILO%20IRREGULARES:%20ALTERNATIVAS%20A%20LA%20DETENCI%C3%93N%20RELACIONADA%20CON%20LA%20INMIGRACI%C3%93N?CMD=VEROBJ&MLKOB=27571894040>. Revisado el 28 de junio de 2013.

AMNISTIA INTERNACIONAL (2013), *Hay alternativas: No a la detención de personas inmigrantes*, Madrid. Disponible en línea: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Informe%20CIEs?CMD=VEROBJ&MLKOB=32229590404>. Revisado el 28 de junio de 2013.

ARRESE IRIONDO, M.N. (2010), "La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Núm. 25, pp. 73-98.

AUJESKA, S. (2006), *Survey on Alternatives to Detention of Asylum Seekers in EU Member States*. Disponible en línea: <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/06/survey-on-detention-of-asylum-seekers-in-eu-member-states.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

BANACLOCHE PALAO, J. (1996), *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid.

COMISIÓN EUROPEA (2010), *Primer Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2009)*, [COM(2010) 214 final, 6.5.2010]. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0214:FIN:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COMISIÓN EUROPEA (2011): *Segundo Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2010)*, [COM(2011) 291 final, 24.5.2011]. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0291:FIN:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COMISIÓN EUROPEA (2012): *Tercer Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011)*, [COM(2012) 250 final, 30.5.2012]. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0250:FIN:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COMISIÓN EUROPEA (2013), *Cuarto Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2012)*, [COM(2013) 422 final, 17.6.2013]. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0422:FIN:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2010), *Dictamen sobre "el respeto de los derechos fundamentales de las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración"*, DOUE núm. C-128, de 18 de mayo de 2010. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:128:0029:0035:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1982), *Observación general núm. 8 sobre el art. 9 PIDCP* (HRI/GEN/1/Rev.7 at 147). Disponible en línea: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom8.html>. Revisado el 28 de junio de 2013.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2008), *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*. Disponible en línea: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009), *Programa de Estocolmo –“Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”*, DOUE núm. C-115, de 4.5.2010, pp. 1-38. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>. Revisado el 28 de junio de 2013.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2012), *Acción de la Unión Europea frente a las presiones migratorias – Una respuesta estratégica*. Disponible en línea: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/12/st08/st08714-re01.es12.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

COSTELO, C. y KATAZ, E. (2013), *Building Empirical Research into Alternatives to Detention: Perceptions of Asylum-Seekers and Refugees in Toronto and Geneva*, Ginebra, UNHCR. Disponible en línea: <http://www.refworld.org/docid/51a6fec84.html>. Revisado el 28 de junio 2013.

EDWARDS, A. (2011), *Volver a lo esencial: El derecho a la libertad y seguridad de la persona y las ‘alternativas a la detención’ de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes*, ACNUR, Ginebra. Disponible en línea:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7533>. Revisado el 28 de junio de 2013.

FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2009), "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 33, pp. 453-499.

FARAMIÑAN GILBERT, J.M. (2012), "Aventuras y desventuras de la Directiva de retorno ante el fenómeno de la inmigración en la Unión Europea", en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum, José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FIELD, O, (2006), *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, ACNUR. Disponible en línea: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4472e8b84.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2009), *Memoria del 2009*. Disponible en línea: [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_memorias&selAnio=2009](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2009). Revisado el 28 de junio de 2013.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2010), *Memoria del 2010*. Disponible en línea: [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_memorias&selAnio=2010](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2010). Revisado el 28 de junio de 2013.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2011), *Memoria del 2011*. Disponible en línea: [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_memorias&selAnio=2011](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2011). Revisado el 28 de junio de 2013.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2012), *Memoria del 2012*. Disponible en línea: [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_memorias&selAnio=2012](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pageName=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2012). Revisado el 28 de junio de 2013.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIÓN ARBITRARIA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2009), *Informe [A/HRC/10/21]*. Disponible en línea: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.21\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.21_sp.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

JUSTICE FOR ASYLUM SEEKERS - JAS (2002), *Alternative approaches to asylum seekers: Reception and Transitional Processing System*. Disponible en línea: <http://www.safecom.org.au/pdfs/rtpscanberra1.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

LIVI BACCI, M. (2012), *Breve historia de las migraciones*, Alianza, Madrid.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2013), "Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante 'sin papeles': ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales", en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ PARDO, V.J. (2006), *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Navarra.

MEANA CUBERO, T. (2011), "Régimen infractor y sancionador en el nuevo Reglamento de Extranjería. Especial referencia a la expulsión gubernativa de extranjeros y procedimiento para su aplicación", en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería. Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, Laborum, Murcia.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2011), *Informe anual 2011*. Disponible en línea:

[http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informemanual\\_MNP\\_2010.pdf](http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informemanual_MNP_2010.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2012), *Informe anual 2011*. Disponible en línea: [http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informemanual\\_mnp\\_2011.pdf](http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informemanual_mnp_2011.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2013), *Informe anual 2012*. Disponible en línea: [http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/Informemanual\\_MNP\\_2012.pdf](http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/Informemanual_MNP_2012.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

MOLINA NAVARRETE, C. (2010), “Nueva regulación del internamiento cautelar prolongado de extranjeros: más sombras que luces”, en MONERO PÉREZ, J. (dir.), *Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid.

ORTIZ AHLF, L. (2013), *Derechos Humanos de los Indocumentados*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012), *Migraciones irregulares y Derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ-SALES, P. (dir.) (2009), *Informe CEAR: situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, CEAR, Madrid.

RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, FRANÇOIS CRÉPEAU (2012): *Informe (A/HRC/20/24)*. Disponible en línea: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session\\_20/A-HRC-20-24\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session_20/A-HRC-20-24_sp.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2006), *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. (2011), “Artículo 61. Medidas cautelares”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. (2011), “Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P. (2011), “Algunas consideraciones sobre el régimen sancionador de la extranjería en el Derecho español”, en LÓPEZ AGUILAR, J.F. y RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J. (coords.), *Perspectivas y fronteras de los derechos de los extranjeros*, Civitas, Madrid.

SAMPSOM, R. (2011), *Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*, Coalición Internacional contra la Detención y el Centro de Investigación sobre Refugiados de la Universidad de La Trobe, Melbourne, Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8861.pdf?view=w=1>. Revisado el 28 de junio de 2013.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2008), “Art. 25.3: la prohibición de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración civil”, en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2012), “Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: Crónica del Espejismo de un conflicto que era un problema de calidad de la ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 95, pp. 347-375.

SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS - JRS (2010), *Becoming vulnerable in detention*, Bruselas. Disponible en línea: [http://www.jrseurope.org/publications/JRS-Europe\\_Becoming%20Vulnerable%20In%20Detention\\_June%202010\\_FULL%20REPORT.pdf](http://www.jrseurope.org/publications/JRS-Europe_Becoming%20Vulnerable%20In%20Detention_June%202010_FULL%20REPORT.pdf). Revisado el 28 de junio de 2013.

SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS - JRS (2011), *From Deprivation to Liberty. Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*, Bruselas, Disponible en línea: <http://www.jrseurope.org/JRSEuropeFromDeprivationToLiberty20122011.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

TRIANDAFYLLOU, A. (coord.) (2009), *Clandestino Project. Final Report*. Disponible en línea: <http://cordis.europa.eu/documents/documentlibrary/126625701EN6.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2013.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2004), "El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del estado", en PRESNO LINERA, M.A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

## La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular

**Margarita Lema Tomé**

Asociación Derecho, Laicidad y Libertades  
[margalema8@hotmail.com](mailto:margalema8@hotmail.com)

### Resumen

El Real Decreto-ley 16/2012 modifica radicalmente el régimen del derecho a la salud en España, al limitar la titularidad de éste a una condición administrativa y dejar, por lo tanto, sin cobertura sanitaria gratuita a los inmigrantes en situación administrativa irregular. El presente artículo analiza esta reforma a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España y explica los argumentos que pueden llevar a considerar al Real Decreto-ley 16/2012 inconstitucional.

### Palabras clave

Real Decreto-ley 16/2012, inmigrantes en situación administrativa irregular, derecho a la salud, obligaciones internacionales.

95

## Health care reform in Spain: the situation of undocumented immigrant population

### Abstract

The Real Decreto-ley 16/2012 represents a major modification of the legal framework of the right to health in Spain, for the entitlement to the right to health is now subject to certain administrative conditions, and therefore undocumented immigrants are left without free health care coverage. The article analyzes this reform in light of the international obligations assumed by Spain and explains the reasons to consider the Real Decreto-ley 16/2012 unconstitutional.

### Keywords

Real Decreto-ley 16/2012, undocumented immigrants, right to health, international obligations.

## 1. Introducción

Hace algunos meses se aprobó el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*<sup>1</sup>. Esta norma supone una modificación radical de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*<sup>2</sup>, en concreto de su artículo 3. El artículo 3 de la Ley 16/2003 hacía referencia a *los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria*, entre los que incluía a los españoles y a los extranjeros. El Real Decreto-ley 16/2012, sin embargo, cambia la redacción de dicho artículo para titularlo “de la condición de asegurado”, por lo que, conforme a la nueva redacción del artículo 3.1, *la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado*.

La condición de asegurado se restringe a cuatro supuestos (artículo 3.2):

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

El desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley 16/2012 se produjo pocos meses después, con la aprobación del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud<sup>3</sup>. Esta norma confirma los supuestos establecidos en el Real Decreto-ley 16/2012 y excluye de la condición de asegurado a las personas extranjeras que carezcan de una autorización en vigor para residir en territorio español<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 98, de 24 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

<sup>2</sup> BOE nº 128, de 29 de mayo de 2003. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/05/29/pdfs/A20567-20588.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

<sup>3</sup> BOE nº 186, de 4 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/08/04/pdfs/BOE-A-2012-10477.pdf>. Revisado el 22 de septiembre de 2012.

<sup>4</sup> Los ciudadanos de los países que conforman la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza que estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros, sí que tendrán la condición de asegurados. Artículo 2.1 y 2.2 del Real Decreto 1192/2012:

“1. A efectos de lo dispuesto en este real decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes:

a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, (...).

b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español.

Como consecuencia de esta nueva configuración, las personas inmigrantes en situación administrativa irregular pasan a estar excluidas del Sistema Nacional de Salud a partir del 1 de septiembre de 2012<sup>5</sup>. El Real Decreto-ley 16/2012 sólo contempla una excepción: en un añadido al modificado artículo 3 (artículo 3 ter) establece que *los extranjeros no registrados ni autorizados en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.* El mismo artículo contempla asimismo que *en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.*

En resumen: la nueva norma (Real Decreto-ley 16/2012) supone un giro de 180 grados en la protección universal del derecho a la salud. A partir de ahora la titularidad del derecho a la salud deja de ser universal para estar supeditada a la condición de asegurado, y por lo tanto sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la participación en el mercado laboral; como consecuencia se excluye de esta protección a todas aquellas personas no nacionales en situación administrativa irregular, es decir, a los inmigrantes “sin papeles”<sup>6</sup>. La única salvedad a esta regla general queda restringida a tres casos, en los cuales sí se brindará atención sanitaria sin tener en cuenta la condición de asegurado: la atención sanitaria de urgencia, la atención sanitaria a menores de 18 años, y en el caso de las mujeres, recibirán atención sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

El 17 de mayo de 2012, el Real Decreto-ley 16/2012 fue convalidado en el Congreso de los Diputados con los únicos votos a favor del Partido Popular (PP), formación política que ostenta el Gobierno de la nación y la mayoría absoluta parlamentaria desde su victoria en las elecciones generales de noviembre 2011, pero obtuvo el rechazo frontal de toda la oposición<sup>7</sup>. Con motivo de la convalidación de este Real Decreto-ley, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Ana Mato, justificó la adopción de esta medida aludiendo fundamentalmente a la necesidad de poner freno al “turismo sanitario”: basándose en un informe del Tribunal de Cuentas (2012) de 29 de marzo, que analiza la gestión de las prestaciones sanitarias en el marco de los reglamentos comunitarios y de los convenios bilaterales de la Seguridad Social suscritos por España con otros países y

2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.

3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.

2. Los menores de edad sujetos a tutela administrativa siempre tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.”

<sup>5</sup> La Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012 estableció la fecha límite de 31 de agosto de 2012 para poder recibir asistencia sanitaria en España sin tener que acreditar la condición de asegurado.

<sup>6</sup> El desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley 16/2012 tuvo lugar en el mes de agosto de 2012, con la aprobación del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE nº 186, de 4 de agosto de 2012). Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/08/04/pdfs/BOE-A-2012-10477.pdf>. Revisado el 22 de septiembre de 2012. En este Real Decreto se excluye de la condición de asegurado a aquellas personas que no sean nacionales (españolas) o que no sean nacionales de algún Estado de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza, y carezcan de una autorización para residir en territorio español (véase artículo 2 del Real Decreto 1192/2012).

<sup>7</sup> El Real Decreto-ley 16/2012 fue convalidado con 178 votos a favor: 177 votos del PP y un único voto de un diputado del Grupo Parlamentario Mixto. El resto de partidos políticos votaron en contra. El resultado de esta votación puede consultarse en: <http://www.congreso.es/votaciones/InvocaReport?sesion=30&votacion=11&legislatura=10>. Revisado el 22 de septiembre de 2012.

que evidenciaba las pérdidas económicas por no facturar a otros países la asistencia médica y farmacéutica, la Ministra alegó que este gasto es producido por *ciudadanos que vienen, se operan, y se vuelven a sus países de origen, siendo el Sistema Sanitario de Salud -español- el que debe hacerse cargo de los gastos*. Según la Ministra, con la nueva regulación se evita *el descontrol que suponía que cualquier persona, sin concurrir los requisitos legales, y por el mero hecho de empadronarse en nuestro país, tuviese derecho a la tarjeta sanitaria* (La Moncloa, 2012). En su intervención, no obstante, insistió en que el Real Decreto-ley *da continuidad a nuestro actual modelo sanitario y avanza para conseguir la universalidad real de la Sanidad para todos los españoles y extranjeros con residencia legal en España*.

## 2. ¿Un derecho universal?

El Real Decreto-ley 16/2012 no ha cesado de recibir duras críticas desde la sociedad civil, denunciando precisamente la ruptura del carácter universalista del derecho a la salud que supone la nueva regulación, puesto que excluye de plano a un colectivo especialmente vulnerable: la población inmigrante en situación administrativa irregular.

El 16 de mayo de 2012, la víspera de la votación parlamentaria del Real Decreto-ley 16/2012, se publicó una declaración conjunta de 35 organizaciones de la sociedad civil, entre las que se encontraban organizaciones internacionales y españolas, donde se reclamaba el acceso a la asistencia sanitaria como un derecho humano básico, y se instaba a los miembros del Parlamento a votar en contra del artículo 3 ter del Real Decreto-ley 16/2012<sup>8</sup>. Tal y como se ha mencionado líneas atrás, el Real Decreto-ley 16/2012 fue finalmente convalidado.

Tras la entrada en vigor de la nueva normativa, organizaciones como Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Red Acoge y la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SEMFYC, 2012) reiteraron la denuncia sobre la reforma sanitaria, incidiendo en que supone una violación de los derechos humanos *por limitar el derecho a la salud de algunos de los colectivos más vulnerables de la sociedad y por ser una medida regresiva y discriminatoria*. Estas organizaciones han señalado también que esta medida supone una vulneración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) suscrito por España.

También es necesario destacar las recomendaciones realizadas por la Organización Médica Colegial (2012), en su Declaración de 1 de septiembre, donde claramente indica que *el médico, en todo momento, debe atender a todos, independientemente de su situación legal*, y recuerda la posibilidad del facultativo de invocar su derecho a la objeción de conciencia (artículo 32.1 del Código de Deontología Médica). En esta misma línea se encuentra la campaña “derecho a curar”, una iniciativa de Médicos del Mundo (2012) a la que se han adherido numerosas organizaciones de la sociedad civil, que promueve la objeción de conciencia del personal sanitario al Real Decreto-ley 16/2012 y la movilización ciudadana reclamando la anulación inmediata de este Real Decreto-ley.

Tras la exposición de los argumentos por parte del Gobierno y de la sociedad civil, se hace necesario analizar la naturaleza jurídica del derecho a la asistencia sanitaria y por ende estudiar el marco jurídico de este derecho en España.

<sup>8</sup> La declaración conjunta, titulada *El acceso a la asistencia sanitaria es un derecho humano básico*, puede consultarse en: [http://www.faciam.org/IMG/pdf/DECLARACION\\_PICUM\\_SANIDAD\\_INMIGRANTES\\_Espana\\_a.pdf](http://www.faciam.org/IMG/pdf/DECLARACION_PICUM_SANIDAD_INMIGRANTES_Espana_a.pdf). Revisado el 22 de septiembre de 2012.

## a) El derecho a la salud en España: marco jurídico

### Constitución Española

El derecho a la salud en España se encuentra consagrado en la Constitución Española de 1978, en el Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”, concretamente en el artículo 43: 1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.* 2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.* 3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.* En ese mismo Capítulo III, en el artículo 41, se enuncia el derecho a la Seguridad Social: *Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*

Un argumento esgrimido para limitar el alcance del derecho a la asistencia sanitaria ha sido, precisamente, la ubicación de los artículos 41 y 43 de la Constitución Española: ambos artículos se encuentran en el Capítulo III dedicado a los principios rectores de la política social y económica, y no al amparo del Capítulo II, “Derechos y libertades”, cuya Sección 1<sup>a</sup> (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) enuncia una serie de derechos humanos constitucionalizados (derechos fundamentales) cuyo cumplimiento es exigible ante los tribunales. Los derechos recogidos en el Capítulo III, en cambio, sólo operarían a modo de directrices a seguir por los poderes públicos en sus políticas, pero carecerían de fuerza vinculante ante una eventual exigencia de cumplimiento<sup>9</sup>.

99

No obstante, tal y como veremos más adelante, este argumento pierde fuerza a la luz de dos circunstancias: de una parte, la firma y ratificación por parte del Estado español de una serie de tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, que no solo reconocen derechos fundamentales, sino que constituyen normas vinculantes, de obligado cumplimiento al Estado. Por otra parte, la propia Constitución española realiza, en su artículo 10.2, una remisión a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a cuantos tratados internacionales sobre derechos humanos hayan sido ratificados por España, para interpretar las normas del texto constitucional concernientes a derechos fundamentales y libertades. Por lo tanto, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España son parte integrante del Derecho interno, así como principios rectores y parámetros de interpretación a seguir. Esta circunstancia, por lo tanto, deberá ser tenida en cuenta a la hora de analizar el marco jurídico del derecho a la salud en España.

### Normativa legal

Sin ánimo de ser exhaustivos, dado que no es el objetivo aquí hacer un listado normativo pormenorizado sobre la regulación del derecho a la salud y la asistencia sanitaria, me voy a referir únicamente a las principales Leyes básicas que han configurado el sistema de salud en España y que establecen los principios por los que han de regirse las prestaciones sanitarias.

<sup>9</sup> En este sentido cabe destacar un artículo de la ex Defensora del Pueblo, M<sup>a</sup> Luisa Cava de Llano (2012), donde hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para distinguir entre derechos que no pueden ser objeto de limitación por pertenecer a la persona en cuanto tal, y aquellos que sí pueden ser objeto de restricciones para los extranjeros, como el derecho a la salud.

El punto de inflexión se produce en 1986, con la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>10</sup>. Esta Ley configura la prestación sanitaria como una prestación universal, al establecer como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (artículo 1.2). Es más, esta Ley materializa un cambio de concepción, que pasa a vincular el derecho a la salud y a la atención sanitaria a la persona, al ciudadano, y no a la condición de afiliación y alta en el Sistema de Seguridad Social<sup>11</sup>.

La aprobación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (que ha sido modificada por el Real Decreto-ley 16/2012 tal y como veíamos al principio de este artículo) supuso la confirmación y profundización en el camino hacia la universalidad del derecho a la salud. En su Exposición de Motivos, la Ley 16/2003 alaba los logros a este respecto de la Ley 14/1986: *La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuitad del sistema...* Además, en el artículo 2, la Ley 16/2003 consagra los principios por los que debe regirse el Sistema Nacional de Salud; entre ellos cabe destacar: la igualdad y la calidad (artículo 2.a) *La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad*), la universalidad y el carácter público, (artículo 2.b): *El aseguramiento universal y público por parte del Estado*), y la coordinación (artículo 2.c) *La coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud*).

Asimismo, y como mencionamos más atrás, el artículo 3 de la Ley 16/2003 consagraba como titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria tanto a los españoles como a los extranjeros: artículo 3.1. *Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes: a) Todos los españoles y extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.*

Los extranjeros en situación administrativa irregular, es decir, sin permiso de residencia y/o trabajo tenían garantizado el derecho a la asistencia sanitaria puesto que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000<sup>12</sup> establecía que bastaba la inscripción en el padrón municipal para gozar de este derecho *en las mismas condiciones que*

<sup>10</sup> BOE nº 102, de 29 de abril de 1986. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1986/04/29/pdfs/A15207-15224.pdf>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

<sup>11</sup> Tal y como indica González de la Heras (2004): *Desde el punto de vista jurídico, con la Ley General de Sanidad, la asistencia sanitaria deja de ser una prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social para convertirse en un derecho de todos los ciudadanos residentes en España, y por tanto, la pertenencia o no a aquel sistema, alta y afiliación al mismo, y por extensión, la de la persona dependiente de afiliado y en alta, desaparece. Se esté o no en alta en un Sistema de Seguridad Social y se dependa o no económicamente de una persona en alta, se tiene derecho a la asistencia sanitaria y por lo tanto al reconocimiento administrativo de este derecho con carácter personal y propio.*

<sup>12</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 10, de 12 de enero de 2000. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/12/pdfs/A01139-01150.pdf>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

**los españoles**<sup>13</sup>. Esta previsión normativa se mantuvo hasta el Real Decreto-ley 16/2012, cuya Disposición final tercera da una nueva redacción al artículo 12 de la LO 4/2000, excluyendo a los extranjeros en situación administrativa irregular del derecho a la asistencia sanitaria: *Se modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que tendrá la siguiente redacción: Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria. Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.* Es decir, es necesario tener la condición de asegurado para poder ser titular del derecho.

Finalmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública<sup>14</sup>, confirma la senda de sus predecesoras, la Ley 14/1986 y la Ley 16/2003, estableciendo en su artículo 6.1 el principio de igualdad: *Todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

Es necesario señalar que a pesar de esta evolución normativa conducente a la universalización del derecho a la salud, la realidad social ofrecía un panorama sumamente distinto. De hecho, cuando todavía estaba vigente el artículo 12 de la LO 4/2000, las personas inmigrantes en situación administrativa irregular se enfrentaban a numerosas trabas burocráticas de cara a la obtención de la tarjeta sanitaria, tal y como ha denunciado el Center for Economic and Social Rights en un Informe Conjunto realizado con otras 14 organizaciones de la sociedad civil (CESR *et al.*, 2012). En el mencionado Informe, Médicos del Mundo ha señalado que numerosas Comunidades Autónomas habían endurecido los requisitos para la obtención de la tarjeta sanitaria, imponiendo el pago de tasas para su renovación. También se han detectado casos de denegación de la tarjeta sanitaria aun cumpliéndose los requisitos (*Ibíd.*: 39-40). Asimismo, en el Informe se mencionan otras barreras burocráticas para la obtención de la tarjeta sanitaria por parte de la población inmigrante, como la exigencia de entrega de documentación adicional, tal y como ha señalado la Fundación Secretariado Gitano<sup>15</sup>. Según esta organización *este requisito constituye un caso de discriminación indirecta, puesto que se exige una serie de documentos a personas en situación de exclusión social que no pueden obtenerlos* (CESR *et al.*, 2012: 40). A estos obstáculos hay que añadir los derivados de la descentralización territorial (que, como se verá más adelante, dan lugar a la existencia de diferentes tratamientos de las tarjetas sanitarias,

<sup>13</sup> La redacción completa del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, era la siguiente: *Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria. 1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.*

<sup>14</sup> BOE nº 240, de 5 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/05/pdfs/BOE-A-2011-15623.pdf>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

<sup>15</sup> Tal es el caso de la Comunidad Valenciana, que exige a los ciudadanos de la UE, Espacio Económico Europeo y Suiza, y que carezcan de recursos económicos, la presentación de un certificado del país de origen que acredite que no procede la exportación del derecho a la prestación de la asistencia sanitaria. Estos requisitos pueden consultarse en: <http://www.gva.es/downloads/publicados/PR/tripticosip.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

dependiendo de la Comunidad Autónoma), la carencia de documentos oficiales de identidad y la negativa a inscribirse en el padrón municipal por parte de muchas personas inmigrantes derivada del miedo, puesto que la policía puede acceder a los datos del padrón desde 2003 (Médicos del Mundo, 2009: 18-20).

### **Derecho Internacional**

Tal y como señalábamos anteriormente, el marco regulador del derecho a la salud en España no se agota con la Constitución y con la normativa jurídica interna sobre el tema. España ha suscrito una serie de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que también regulan el derecho a la salud y que al haber sido válidamente ratificados, obligan jurídicamente al Estado español. Vamos a mencionar a continuación las principales normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las que España es parte y que contemplan el reconocimiento del derecho de prestación sanitaria:

#### *Sistema Regional*

#### *Unión Europea:*

- **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)<sup>16</sup>:**

El artículo 35 de la Carta consagra el derecho a la protección de la salud: *Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.*

A simple vista, el artículo 35 de la Carta reconoce el derecho a la salud *en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales*, lo que podría interpretarse como una remisión a lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, y por ende, justificar las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 16/2012. No obstante, tal y como han mantenido Cavas Martínez y Sánchez Triguero (2005: 401-402), se trata de una remisión del “contenido material” de la asistencia a dispensar, así como del establecimiento de los requisitos de acceso a las prestaciones sanitarias, y no la posibilidad de limitar el principio de “universalidad subjetiva”, contenido en la norma. En otras palabras, y siguiendo a Bombillar Sáenz (2010), el hecho de que el artículo 35 remita a las legislaciones y prácticas nacionales para el establecimiento de las prestaciones sanitarias no supone una limitación del derecho a la salud, ni por la condición jurídico-política (ciudadanía europea) ni tampoco por la condición jurídico administrativa (estancia legal o irregular o afiliación o no al régimen de Seguridad Social). Otro argumento en apoyo de los anteriores radica en el principio de indivisibilidad y de interdependencia de los derechos contenidos en la Carta<sup>17</sup>, (que consagra todos los derechos humanos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- en un solo texto), y que pone de relieve que la privación de un derecho

<sup>16</sup> El texto puede consultarse en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf). Revisado el 23 de septiembre de 2012. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados, por lo que es aplicable a los Estados miembros.

<sup>17</sup> Tal y como indica Antoine-Grégoire (2012), la Carta recoge en un único documento los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados de la Unión Europea (UE), los principios constitucionales comunes de los Estados miembros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y las Cartas Sociales de la UE y del Consejo de Europa. Asimismo, al englobar en un solo texto todos los derechos humanos, aplica el principio de indivisibilidad de estos.

repercute negativamente sobre los demás. Por lo tanto, es necesario garantizar a toda persona el derecho a la salud, íntimamente conectado con la realización de otros derechos contenidos en la Carta, como el derecho a la vida y a la integridad física (artículos 2 y 3), o el derecho a la igualdad y no discriminación (artículos 20 y 21).

*Consejo de Europa:*

• **Carta Social Europea (1961):**

España ratificó en 1980 la Carta Social Europea de 1961, comúnmente conocida como Carta de Turín<sup>18</sup>. En la Parte I de la Carta se reconoce como objetivo el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos determinados derechos y principios; en este listado destaca el nº 13: *Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica*. Además, el artículo 11 de la Carta reconoce el derecho a la protección de la salud: *Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras*<sup>19</sup>.

El artículo 12 de la Carta garantiza el derecho a la Seguridad Social y el artículo 13 reconoce, asimismo, el derecho a la asistencia social y médica. No obstante, el apartado 4º del artículo 13 de la Carta introduce una restricción de este derecho, puesto que restringe la aplicación de las previsiones del artículo 13 a las personas nacionales de las restantes partes contratantes *que se encuentren legalmente en su territorio*. Esta restricción no deja de ser una contradicción con lo promulgado en los artículos precedentes, puesto que, como se ha señalado, en la Parte I de la Carta aparece el compromiso de las partes contratantes de establecer, como objetivo de su política, las condiciones para que se hagan efectivos una serie de derechos y principios, entre los que destaca el derecho a la asistencia social y médica de toda persona que carezca de recursos suficientes; el reconocimiento de este derecho no se ciñe a los nacionales, ni sigue un criterio de residencia legal, sino que se promulga de “toda persona”. En este sentido, el artículo 11 de la Carta tampoco matiza en ningún momento el sujeto de derecho, sino que directamente consagra el derecho a la protección de la salud.

En 1996 se aprobó la Carta Social Europea revisada, que España ha firmado pero que todavía no ha ratificado. Aunque se necesita la ratificación para que un Tratado despliegue la totalidad de sus efectos jurídicos y por lo tanto sea jurídicamente vinculante, hay que tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, la firma de un Tratado supone ciertas obligaciones que el Estado firmante ha de cumplir, entre ellas la obligación de no tomar acciones que vayan en contra del objeto y fin del Tratado en cuestión<sup>20</sup>. En segundo término, hay que recordar que la

<sup>18</sup> BOE nº 153, de 26 de junio de 1980. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1980/06/26/pdfs/A14533-14540.pdf>. Revisado el 22 de septiembre de 2012.

<sup>19</sup> El artículo 12 de la Carta garantiza el derecho a la Seguridad Social y el artículo 13 reconoce asimismo el derecho a la asistencia social y médica. Sin embargo, el apartado 4º del artículo 13 introduce una restricción de este derecho, limitándolo a las personas que se encuentren legalmente en el territorio del Estado; esta restricción no deja de ser una contradicción con lo promulgado en los artículos precedentes.

<sup>20</sup> Así se contempla en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Carta Social Europea revisada de 1996 supone una ampliación de la de 1961, y que ésta continúa plenamente vigente y por lo tanto vincula jurídicamente al Estado español.

### *Sistema Universal (Naciones Unidas)*

- **Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH- (1948)<sup>21</sup>:**

La DUDH reconoce en su artículo 25.1 el derecho a un nivel de vida adecuado que garantice la salud: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.* Además, el artículo 2 de la DUDH reconoce el principio de igualdad y no discriminación en el disfrute de los derechos recogidos en la misma: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.* Además, *no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

A pesar de tratarse de una Declaración y no de un Tratado Internacional, la DUDH forma parte del derecho consuetudinario internacional, y por lo tanto sus previsiones están dotadas de fuerza jurídica, lo que posibilita que pueda ser oponible frente a los Estados, especialmente en relación a los principios consagrados en la Declaración.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC- (1966)<sup>22</sup>:**

España ratificó el PIDESC en el año 1977<sup>23</sup>. El artículo 12 del PIDESC consagra el derecho a la salud: 1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* 2. *Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Previamente, el artículo 9 del Pacto reconoce el derecho universal a la Seguridad Social: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*

<sup>21</sup> Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Revisado el 24 de septiembre de 2012.

<sup>22</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>. Revisado el 24 de septiembre de 2012.

<sup>23</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 1977. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09343-09347.pdf>. Revisado el 24 de septiembre de 2012.

El PIDESC, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado conjuntamente con el PIDESC, y que fue ratificado por España a la vez) impone obligaciones jurídicas que son directamente vinculantes para los Estados Partes. Ahora bien, en el caso del PIDESC, el artículo 2.1 establece que *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*. Esta previsión, que contiene el principio de progresividad en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, no figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero este principio de realización progresiva no puede ser óbice para el cumplimiento de los derechos contenidos en el Pacto. Cualquier medida de naturaleza regresiva que adopte un Estado, como restringir un derecho, deberá estar plenamente justificada y cumplir con el principio del uso del máximo de los recursos disponibles, tal y como ha mantenido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>24</sup> (CESCR), órgano responsable de supervisar la aplicación del Pacto por los Estados Partes, en su Observación General nº 3 (1990)<sup>25</sup>.

Con respecto al derecho a la salud hay que tener en cuenta la interpretación del artículo 12 del PIDESC realizada por el CESCR. En su Observación General nº 14 de 2000, titulada *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*<sup>26</sup>, el Comité afirma lo siguiente:

- La universalidad del derecho a la salud y su carácter de derecho fundamental: “1. La salud es un derecho humano y fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.
- El principio de no discriminación en el disfrute del derecho a la salud: “18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/sida), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. (...”).
- La progresividad en la realización de los derechos del Pacto no significa la ausencia de obligaciones inmediatas en relación al derecho a la salud: “30. Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas

<sup>24</sup> Para una información detallada de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se recomienda consultar la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que contiene información sobre los órganos (Comités) de Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>. Revisado el 24 de septiembre de 2012.

<sup>25</sup> Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?OpenDocument).

Revisado el 24 de septiembre de 2012.

<sup>26</sup> Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Revisado el 24 de septiembre de 2012.

obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud". "31. La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12".

- En caso de adopción de medidas regresivas, el Estado deberá demostrar que ha estudiado de forma exhaustiva el resto de opciones posibles y justificar de forma debida la adopción de las mismas<sup>27</sup>: "32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte".
- La obligación de respetar el derecho a la salud consagrado en el Pacto incluye a los inmigrantes en situación administrativa irregular: "34. En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos (...)".

En junio de 2012, con motivo del examen periódico de España ante el CESCR, el Comité emitió sus Observaciones Finales con respecto a la aplicación del Pacto por el Estado español. En estas Observaciones Finales el Comité se mostró preocupado por la reforma introducida en la Ley de Extranjería por el Real Decreto-ley 16/2012 y recomendó al Estado, recordando el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, que no limite el acceso de las personas a los servicios de salud, *cualquiera que sea su situación legal*<sup>28</sup>: 19. *El Comité está preocupado por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos*

<sup>27</sup> Hace escasos meses, en una carta abierta con fecha de 16 de mayo de 2012 y dirigida a todos los Estados miembros del Pacto, el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda la protección debida a estos derechos en el contexto actual de crisis económica y financiera. En la misiva establece las condiciones que deben cumplir las medidas regresivas en caso de que se hayan adoptado; entre ellas se encuentran: ser temporales (limitadas al período temporal de crisis), necesarias y proporcionadas (lo que implica que la adopción de cualquier otra medida o la falta de actuación sería más perjudicial para estos derechos), que no impliquen discriminación (especialmente que no afecte de manera desproporcionada a los derechos de los individuos y grupos más vulnerables y marginados) y que la medida respete el contenido mínimo básico del derecho. Se puede consultar en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>28</sup> Disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs48.htm>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

de salud (artículo 12). El Comité recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general Nº 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud.

- **Otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos:**

El derecho a la salud también viene reconocido en otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por España. Se pueden citar, entre otros, los siguientes: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)<sup>29</sup>: artículo 5 (e) (iv); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)<sup>30</sup>: artículos 11 (1) (f), 12 y 14 (2) (b); Convención sobre los Derechos del Niño (1989)<sup>31</sup>: artículo 24; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)<sup>32</sup>: artículo 25.

- **La Organización Mundial de la Salud (OMS)**

La OMS es el organismo internacional de Naciones Unidas responsable de la salud. Actúa como autoridad directiva y coordinadora en materia de sanidad internacional. En la actualidad la OMS está formada por 192 Estados miembros, que se comprometen a cumplir con las prescripciones contenidas en la Constitución de la Organización (en vigor desde el 7 de abril de 1948). España ingresó en la OMS en 1951.

La Constitución de la OMS<sup>33</sup> recoge la definición de salud como *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*. Además califica el derecho a la salud de derecho fundamental y establece el principio de no discriminación en la titularidad del derecho: *El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*.

La OMS (2003) ha tenido la oportunidad de pronunciarse concretamente sobre el derecho a la salud y las personas inmigrantes en situación administrativa irregular, incidiendo en los estereotipos en los que incurren los Estados a la hora de privar a las personas inmigrantes de este derecho: *Uno de los factores más importantes que determina si los migrantes encuentran obstáculos para acceder a los servicios de salud es la cuestión de su condición jurídica en el país. Por consiguiente, es conveniente iniciar este análisis con el examen de las cuestiones relativas a la salud y los derechos humanos de los migrantes indocumentados o "irregulares". Las leyes y políticas que impiden a los migrantes acceder a los servicios sociales (incluida la atención médica) en función de su condición de inmigración, tienen como base y transmiten la idea de que los migrantes irregulares*

<sup>29</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>30</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>31</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>32</sup> Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disabilities-convention.htm>. Revisado el 25 de septiembre de 2012.

<sup>33</sup> Disponible en: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf). Revisado el 25 de septiembre de 2012.

*son los principales responsables de su precaria situación, de que a los contribuyentes les saldría muy caro pagar por sus servicios de salud y de que excluirles de las prestaciones sociales serviría para disuadir a futuros migrantes irregulares. Por tanto, permitir a los migrantes irregulares el acceso a los servicios de salud suele considerarse un acto de caridad o 'generosidad' por cuenta del Estado. Sin embargo, de acuerdo con las leyes de derechos humanos, los gobiernos tienen obligaciones jurídicas con respecto a la salud de toda persona que se encuentre en el ámbito de su jurisdicción.*

En efecto, uno de los estereotipos que circulan sobre las personas inmigrantes en situación administrativa irregular es considerar que porque estas personas no tienen una nómina y por tanto no cotizan a la Seguridad Social, no están contribuyendo al sostenimiento y financiación de las prestaciones sanitarias. Es necesario remarcar que la financiación de la sanidad pública en España se realiza a través de impuestos<sup>34</sup> (IRPF, IVA, Sociedades, impuestos especiales) y no mediante las cuotas a la Seguridad Social; es decir: lo que se descuenta de la nómina del trabajador para Seguridad Social no financia la sanidad. Por lo tanto, la persona inmigrante en situación administrativa irregular, a través del pago de impuestos indirectos, estaría contribuyendo a dicha financiación.

Otro de los estereotipos existentes en torno a la inmigración es el relativo al “turismo sanitario”, al que aludíamos al principio de este artículo, y que mantiene que los inmigrantes utilizan los servicios sanitarios españoles para ser intervenidos quirúrgicamente y posteriormente retornar a su país de origen, sin abonar la cuantía de la intervención y tratamiento, que acaba siendo asumida por el erario público. La supuesta necesidad de limitar el denominado “turismo sanitario” a través de esta reforma no está justificada: diversos estudios<sup>35</sup> concluyen que las personas inmigrantes utilizan los servicios de salud en menor medida que los nacionales. Además, aunque el Ministerio de Sanidad ha calculado un ahorro de 1000 millones de euros anuales con la implantación de esta medida<sup>36</sup>, algunos estudios alertan del aumento del gasto en que se incurrirá, a medio y largo plazo, como consecuencia de la falta de tratamiento de enfermedades crónicas e infecciosas, como el VIH/sida<sup>37</sup>. Por lo tanto, la reforma puede dar lugar a consecuencias perniciosas que lleguen a suponer un verdadero peligro para la salud pública como el aumento de enfermedades infecciosas (SIDA, hepatitis, tuberculosis, etc.), como consecuencia de la falta de tratamiento (Pérez Molina y Pulido Ortega, 2012), y por ende de los gastos derivados.

Tras el análisis de esta perspectiva normativa, podemos concluir que el derecho a la salud es un derecho universal, y que el Estado español está sujeto al cumplimiento de sus obligaciones, tanto nacionales como internacionales, con respecto a este derecho.

<sup>34</sup> Ministerio de Sanidad y Política Social (2010: 16). Para una visión gráfica del sistema de financiación de la sanidad pública española, puede consultarse también el diagrama de flujos financieros del sistema sanitario español desde 2002, disponible en: <http://www.msc.es/organizacion/sns/docs/flujosFinancieros.pdf>. Revisado el 5 de octubre de 2012.

<sup>35</sup> Entre otros, caben destacar Regidor et al. (2008).

<sup>36</sup> Véase Gabinete de Prensa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012): <http://www.msps.es/gabinete/notasPrensa.do?id=2526>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

<sup>37</sup> “La aplicación del Real Decreto-ley 12/2012 de 20 de abril a una población con una enfermedad crónica, transmisible y con evolución habitualmente mortal sin tratamiento, como es la infección por VIH/sida, supondrá un ahorro económico muy inferior al esperado a corto plazo, por los gastos adicionales que genera e impactará negativamente en la salud pública de nuestro país, incrementando la mortalidad por sida y la morbilidad por enfermedades transmisibles, aumentando los gastos sanitarios a medio-largo plazo, y alejándonos de los objetivos de salud internacionalmente asumidos”. Pérez-Molina y Pulido Ortega (2012: 472-478).

### 3. Consecuencias de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012: Especial referencia a las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular

La entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012 el pasado 1 de septiembre se traduce en la pérdida de las tarjetas sanitarias de todas las personas inmigrantes que no acrediten la condición de asegurados. Si se cruzan las cifras del Avance de la Explotación estadística del Padrón realizada por el Instituto Nacional de Estadística (2012), publicada el 19 de abril, que recoge un total de 5.711.040 personas extranjeras en España (empadronadas), con los datos ofrecidos por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2012) a 30 de junio, donde figura que el número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor (es decir, inmigrantes “con papeles”) asciende a 5.333.805, obtendríamos que en el entorno de 377.000 personas extranjeras estarían en situación administrativa irregular, y por lo tanto se verían afectados por esta medida<sup>38</sup>. La prestación sanitaria para este colectivo, con la excepción de los tres supuestos contenidos en la norma (casos de urgencia, menores de 18 años, y en el caso de las mujeres durante el embarazo, parto y postparto), será de pago, mediante la suscripción de una póliza cuya cuantía anual oscilará entre los 710,40 euros (para personas menores de 65 años) y los 1.864,80 (para las personas mayores de 65 años); la póliza no cubre el coste de los medicamentos, que deberán ser abonados al 100%<sup>39</sup>.

Sin embargo, al mismo que entra en vigor el Real Decreto-ley 16/2012, se abre un panorama ciertamente confuso, debido a la descentralización autonómica de la sanidad en el Estado español. Esto se traduce en que las diferentes Comunidades Autónomas españolas tienen un margen, en sus competencias, para establecer otros requisitos o directamente tomar la decisión de atender a este colectivo, aunque no estén en posesión de la tarjeta sanitaria. Tal es el caso de ocho Comunidades Autónomas (Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-León, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco), que han anunciado que seguirán atendiendo a las personas inmigrantes “sin papeles”, aunque con variaciones en cuanto a las condiciones establecidas para recibir dicha atención sanitaria (RTVE, 2012); a modo de ejemplo: Galicia ha anunciado que atenderá a esta población en caso de carezcan de recursos económicos suficientes y se encuentren empadronados en la Comunidad Autónoma con anterioridad al 1 de septiembre de 2012. Cataluña exigirá un empadronamiento de tres meses para poder optar a la asistencia sanitaria gratuita. Navarra pondrá a disposición una línea de ayudas económicas para aquellas personas que no puedan pagar la atención sanitaria. En cuanto a Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-León y País Vasco han anunciado que seguirán atendiendo a los inmigrantes en situación irregular como hasta ahora. El resto de las Comunidades Autónomas han declarado que aplicarán el Real Decreto-ley 16/2012, por lo que cobrarán por los servicios sanitarios a los inmigrantes que no tengan la condición de “asegurados”.

Es obvio que con la aplicación del Real Decreto-ley 16/2012, las personas inmigrantes en situación administrativa irregular que padecen enfermedades crónicas, transmisibles y mentales se encontrarán especialmente desprotegidas, con el consiguiente riesgo para sus vidas que supondrá la ausencia de un tratamiento médico. No obstante, las mujeres inmigrantes indocumentadas son un colectivo que presenta una vulnerabilidad especial debido a las dificultades con las que se

<sup>38</sup> En algunos casos las cifras del padrón pueden incluir a personas que han cambiado de residencia y no se han dado de baja, pero hay que tener en cuenta que hay inmigrantes que por diversas razones (temor a ser expulsados, desconocimiento de los trámites, dificultades para obtener la documentación requerida, etc.) no han llegado a empadronarse y por lo tanto no figuran en él.

<sup>39</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012). Disponible en: <http://www.msp.es/fr/gabinete/notasPrensa.do?id=2573>.

encuentran a la hora de acceder a las prestaciones sanitarias, incluso en los supuestos donde tienen derecho a éstas. Médicos del Mundo viene registrando numerosos casos de mujeres extranjeras embarazadas a las que se les ha exigido contar con la tarjeta sanitaria para ser atendidas, lo que ha ocasionado retrasos en los plazos de realización de exámenes médicos prenatales (CESR *et al.*, 2012: 39).

Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Red Acoge y la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (2012), han subrayado la situación de especial vulnerabilidad en la que quedan, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, *las mujeres víctimas de violencia de género en situación de irregularidad*, puesto que es el centro de salud al que suelen dirigirse, tras la agresión, el lugar fundamental para la detección temprana y la identificación de las víctimas (SEMFYC, 2012).

En el mismo comunicado, estas organizaciones han alertado sobre la atención sanitaria de las víctimas de trata<sup>40</sup>, que queda restringida únicamente a aquellas personas víctimas de trata que se encuentren en el denominado “periodo de restablecimiento y reflexión”<sup>41</sup>, cuando son muy pocas las víctimas a las que se reconoce este periodo (las organizaciones firmantes del comunicado citan datos de la memoria del año 2011 de la Fiscalía General del Estado, donde se reconoce que en las operaciones policiales de lucha contra la prostitución, fueron detectadas 15.075 personas en situación de riesgo, y de éstas, únicamente 1.641 fueron identificadas como víctimas de explotación sexual y trata de personas. A su vez, de éstas últimas, solamente a 43 se les ofreció el periodo de reflexión). Además, en el comunicado de prensa se recuerda que el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos aprobado por el Gobierno el 28 de octubre de 2011<sup>42</sup> establece que la asistencia sanitaria es una de las vías para la detección de víctimas de este delito.

Por último, tampoco se pueden ignorar las repercusiones sobre la salud sexual y reproductiva que tendrá la falta de asistencia sanitaria a las mujeres inmigrantes indocumentadas: desde la ausencia de pruebas diagnósticas y de screening para la detección precoz de enfermedades ginecológicas hasta la falta de cobertura sanitaria en casos de interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>40</sup> La mayor parte de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual son mujeres extranjeras en situación administrativa irregular. Un informe criminológico de la Guardia Civil reveló que en 2005, del total de víctimas conocidas (20.284) sólo 284 eran españolas. Departamento de Análisis Criminal de la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil (2005: 14 ss.).

<sup>41</sup> La disposición adicional quinta del Real Decreto 1192/2012, que desarrolla el Real Decreto-ley 16/2012, establece que “las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el periodo de restablecimiento y reflexión recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a las víctimas de trata de seres humanos con necesidades especiales”. El periodo de restablecimiento y reflexión fue introducido en la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero), a través de la Ley Orgánica 11/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 180, de 28 de julio de 2011. (Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/07/28/pdfs/BOE-A-2011-12962.pdf>). Revisado el 21 de septiembre de 2012). Este periodo de restablecimiento y reflexión es propuesto ante la autoridad competente para su resolución *por los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos (...)* (artículo 2.2. LO 11/2011). Si se concede, la víctima de trata tiene un periodo de 30 días para decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito. Durante ese tiempo, la víctima de trata tendrá una autorización de estancia temporal.

<sup>42</sup> Disponible en: [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Relaciones\\_institucionales/Convenios/Protocolo\\_marco\\_de\\_proteccion\\_de\\_las\\_victimas\\_de\\_trata\\_de\\_seres\\_humanos](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Relaciones_institucionales/Convenios/Protocolo_marco_de_proteccion_de_las_victimas_de_trata_de_seres_humanos). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

#### 4. La cuestión de la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012

A raíz de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, algunas Comunidades Autónomas que han decidido no aplicar esta norma, han comenzado a entablar recursos de inconstitucionalidad contra esta norma ante el Tribunal Constitucional (TC)<sup>43</sup>. Aunque ninguno de estos recursos ha sido resuelto a la fecha de la redacción de este artículo, sí que existe un fallo reciente del TC (Auto 239/2012, de 12 de diciembre)<sup>44</sup>, de sumo interés para nuestro análisis. Este Auto levanta la suspensión que pesaba sobre el Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>45</sup>.

El Decreto 114/2012 amplía la cobertura del sistema de salud a todas las personas excluidas del Sistema Nacional de Salud *por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo (...)* (artículo 1). El artículo 2 establece los requisitos de acceso a las prestaciones sanitarias en el País Vasco, y finaliza con un apartado que extiende las prestaciones sanitarias en caso de “no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título” (artículo 2.3.c). Por lo tanto, la norma autonómica establece la titularidad universal del derecho a la salud. El Gobierno recurrió ante el TC el Decreto 114/2012, alegando que algunas disposiciones de dicha norma (entre ellas los artículos 1 y 2, apartados 2 y 3), afectaban a asuntos de competencia exclusiva estatal en materia de sanidad (artículo 149.1.16 de la Constitución), al modificar la norma autonómica el ámbito subjetivo del derecho a la salud (es decir, la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos). El TC admitió a trámite el recurso<sup>46</sup>, lo que tuvo como consecuencia la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto 114/2012. No obstante, esta suspensión finalizó el 12 de diciembre de 2012 con el Auto 239/2012. En el mencionado Auto, el TC realiza una ponderación de cara a resolver si procede levantar la suspensión del Decreto 114/2012 y sopesa, de una parte, *el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud*, y de otra, *el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la CE* (FJ 5). El Alto Tribunal reconoce que el mantenimiento de la suspensión del Decreto 114/2012 supondría limitar el derecho al acceso a la salud para colectivos vulnerables *por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias* y sostiene que el derecho a la salud y a la integridad física de las personas afectadas, así como “la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad”, son de gran importancia en el

<sup>43</sup> Las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias y Navarra han interpuesto recursos de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 ante el TC que han sido admitidos a trámite.

<sup>44</sup> Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=23581>. Revisado el 4 de febrero de 2013.

<sup>45</sup> Boletín Oficial del País Vasco nº 127, de 29 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2012/06/1202973a.shtml>. Revisado el 4 de febrero de 2013.

<sup>46</sup> Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/08/01/pdfs/BOE-A-2012-10346.pdf>. Revisado el 4 de febrero de 2013. Recientemente (29 enero de 2013), también ha sido admitido a trámite por el TC un recurso del Gobierno, también por conflicto positivo de competencia, contra el Decreto Foral de la Comunidad Autónoma Navarra 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra. Esta norma, al igual que el Decreto vasco 114/2012, amplía la cobertura sanitaria a las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud y hayan residido en Navarra durante mínimo un año. Como consecuencia de esta admisión a trámite, el Decreto navarro ha sido suspendido hasta que el TC se pronuncie; véase: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/02/02/pdfs/BOE-A-2013-1119.pdf>. Revisado el 4 de febrero de 2013.

marco constitucional, y prevalecen *ante la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado (...)* (FJ 5).

En resumen: el Auto 239/2012 del TC respalda la titularidad universal del derecho a la salud y tiene en cuenta, asimismo, la dimensión colectiva de este derecho, haciéndolos prevalecer sobre posibles medidas de ahorro. Esta perspectiva sostenida por el TC está en la línea, como se recordará, de la interpretación del CESCR sobre el derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del PIDESC y se ajusta al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España.

Por otro lado, es posible mantener la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 desde una perspectiva formal, puesto que se trata, a nuestro parecer de una articulación que no es ni pertinente ni correcta, ya que utiliza una figura normativa, como es el Real Decreto-ley, de forma impropia. El artículo 86 de la Constitución española de 1978 prevé la utilización de la figura del Decreto-ley “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”, estableciendo entre las materias excluidas de su regulación, *los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I*. La extraordinaria y urgente necesidad de esta reforma, a nuestro juicio, es dudosa. Lo que parece claro es la errónea (y por ende inconstitucional) invasión material del Real Decreto-ley 16/2012, que regula precisamente el artículo 43 de la Constitución española (derecho a la protección de la salud) recogido en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la misma. Tampoco podemos obviar que a pesar de la posterior convalidación del Real Decreto-ley en el Congreso, la ausencia de una proposición y elaboración normativa por parte del poder legislativo en una materia tan relevante, así como la convalidación de dicha norma únicamente por los diputados del partido en el poder, que cuenta con mayoría absoluta, debilita el respaldo democrático de la norma en cuestión.

#### 4. Conclusiones

Tras el análisis realizado podemos concluir que la reforma sanitaria introducida por el Real Decreto-ley 16/2012 supone la ruptura del sistema universal, gratuito y garantista de salud pública, que ha constituido uno de los pilares del Estado de bienestar en España:

- Se quiebra la concepción de titular universal del derecho a la salud, al supeditar dicha titularidad a una condición administrativa: la condición de “asegurado”.
- Se ignoran las obligaciones internacionales derivadas de los Tratados Internacionales ratificados por España, que exigen e interpretan la configuración del derecho a la salud como un derecho fundamental, y por lo tanto, un derecho de todas las personas físicas, con independencia de su situación administrativa.
- La pretensión de limitar el denominado “turismo sanitario” a través de esta reforma no se encuentra justificada. Diferentes estudios han demostrado que las personas inmigrantes utilizan los servicios de salud en menor medida que los nacionales. El ahorro estimado de 1000 millones de euros anuales calculado por el Ministerio de Sanidad con la implantación de esta medida no tiene en cuenta las previsiones de algunos estudios que alertan del aumento del gasto, a medio y largo plazo, como consecuencia de la falta de tratamiento de enfermedades crónicas e infecciosas.

FORO Y AGORA

- La financiación de la Sanidad pública en España se realiza a través de impuestos (IRPF, IVA, Sociedades, impuestos especiales) y no mediante las cuotas a la Seguridad Social; es decir: lo que se descuenta de la nómina del trabajador para Seguridad Social no financia la sanidad. Por lo tanto, la persona inmigrante en situación administrativa irregular sí que contribuye a la financiación de la sanidad a través del pago de impuestos indirectos.
- En un plano pragmático, la reforma puede dar lugar a consecuencias extremadamente graves, que suponen un verdadero peligro para la salud pública: el aumento de enfermedades infecciosas (SIDA, hepatitis, tuberculosis, etc.), como consecuencia de la falta de tratamiento.

Finalmente, y a falta de jurisprudencia del TC que dirima los recursos de inconstitucionalidad planteados contra el Real Decreto-ley 16/2012, se abre una puerta a la esperanza con el Auto del TC 239/2012, que respalda la normativa del País Vasco sobre prestaciones sanitarias (Decreto 114/2012) reconociendo la titularidad universal del derecho a la sanidad y priorizando el derecho a la salud en sus dimensiones individual y colectiva sobre eventuales ahorros económicos.

## Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, MÉDICOS DEL MUNDO, RED ACOGE Y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA (SEMFYC) (2012), *Con la reforma sanitaria entra en vigor una nueva violación de derechos humanos.* Disponible en línea: <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/con-la-reforma-sanitaria-entra-en-vigor-una-nueva-violacion-de-derechos-humanos/>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

ANTOINE-GRÈGOIRE, J.L. (2012), *El Respeto de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.* Disponible en línea: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.pdf). Revisado el 20 de septiembre de 2012.

BOMBILLAR SÁENZ, F.M. (2010), *Intervención Administrativa y Régimen Jurídico del Medicamento en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada. Disponible en línea: <http://0-hera.ugr.es.adrastea.ugr.es/tesisugr/18645781.pdf>. Revisado el 22 de septiembre de 2012.

CAVA DE LLANO, M.L. (2012), *Inmigrantes en situación administrativa irregular y derecho de asistencia sanitaria.* Disponible en línea: <http://www.diarioinformacion.com/opinion/2012/08/28/inmigrantes-situacion-administrativa-irregular-derecho-asistencia-sanitaria/1288443.html>. Revisado el 20 de septiembre de 2012).

CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUERO, C. (2005), “La protección de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 57, pp. 401 y 402. Disponible en línea: [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est20.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est20.pdf). Revisado el 4 de febrero de 2013.

CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS *et al.* (2012), *Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen del 5º Informe Periódico de España, 48º sesión del CESCR.* Disponible en línea: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cesr/docs/ngos/JointSubmission19NGOs\\_Spain\\_CESCR48\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cesr/docs/ngos/JointSubmission19NGOs_Spain_CESCR48_sp.pdf). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978). Disponible en línea: [http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion\\_ES.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf). Revisado el 23 de septiembre de 2012.

DEPARTAMENTO DE ANÁLISIS CRIMINAL DE LA UNIDAD TÉCNICA DE LA POLICÍA JUDICIAL DE LA GUARDIA CIVIL (2005), en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. (coord.), *Informe criminológico Trata de Seres Humanos (con fines de explotación sexual)*, Disponible en línea: <http://www.lourdesmunozsantamaria.cat/IMG/pdf/InformeTSH2005GC-1.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

EBADI, S. (2009), *La jaula de oro*, La Esfera de los Libros, Madrid.

FUNDACIÓN PFIZER (2008), *Estudio sobre la inmigración y el sistema sanitario público español*. Disponible en línea: [http://www.fundacionpfizer.org/docs/pdf/Foro\\_Debate/II\\_foro\\_inmigracion\\_y\\_salud\\_estudio.pdf](http://www.fundacionpfizer.org/docs/pdf/Foro_Debate/II_foro_inmigracion_y_salud_estudio.pdf). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

GONZÁLEZ DE LAS HERAS, M.P. (2004), *El derecho a la asistencia sanitaria en España dentro de territorio nacional: regulación, sistema de financiación y administraciones competentes*. Disponible en línea: <http://noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200412-24559251010443290.html>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE) (2012), *Avance de la Explotación estadística del Padrón a 1 de enero de 2012, Datos Provisionales*. Disponible en línea: <http://www.ine.es/prensa/np710.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

LA MONCLOA (2012), “Ana Mato defiende una Reforma Sanitaria que hace efectiva la universalidad y la gratuidad de la sanidad”, 17 de mayo. Disponible en línea: <http://www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MinisterioSanidad/ServiciosSocialesIgualdad/2012/170512SistemaSalud.htm>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

MÉDICOS DEL MUNDO (2012), *Derechoacurar.org*. Disponible en línea: <http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/>. Revisado el 21 de septiembre de 2012.

MÉDICOS DEL MUNDO (2009), *El acceso a la sanidad de las personas sin permiso de residencia en once países europeos*. Disponible en línea: [http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod\\_documentos/mem\\_descargar/fichero.DOC-115%232E%23pdf](http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod_documentos/mem_descargar/fichero.DOC-115%232E%23pdf). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2012), *Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2012*. Disponible en línea: [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadísticas/operaciones/constituido/201206/Principales\\_resultados\\_30062012.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadísticas/operaciones/constituido/201206/Principales_resultados_30062012.pdf). Revisado el 5 de octubre de 2012.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL (2010), *Sistema Nacional de Salud. España 2010*. Disponible en línea: <http://www.msc.es/organizacion/sns/docs/sns2010/Principal.pdf>. Revisado el 5 de octubre de 2012.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL (OMC) (2012), *Declaración sobre Atención Sanitaria a Inmigrantes en Situación Irregular*. Disponible en línea: [https://www.cgcom.es/sites/default/files/asamblea\\_general\\_extra\\_01\\_09\\_2012.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/asamblea_general_extra_01_09_2012.pdf). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (2003), *Migración Internacional, Salud y Derechos Humanos*. Disponible en línea: [http://www.who.int/hhr/activities/2005%20PRT%2016325%20ADD%20201%20Migr\\_HHR-Spanish%20edition.pdf](http://www.who.int/hhr/activities/2005%20PRT%2016325%20ADD%20201%20Migr_HHR-Spanish%20edition.pdf). Revisado el 21 de septiembre de 2012.

PÉREZ-MOLINA, J.A. y PULIDO ORTEGA, F. (2012), “Evaluación del impacto del nuevo marco legal sanitario sobre los inmigrantes en situación irregular en España: el caso de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana”, *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.1016/j.eimc.2012.07.004>. Revisado el 21 de septiembre de 2012).

REGIDOR, E., DÍAZ OLALLA, J.M., LOSTAO, L., PASCUAL, C., SÁNCHEZ, E. y SANZ, B. (2008), *Diferencias en la utilización de los servicios sanitarios entre la población inmigrante y la población española*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid.

RTVE (2012), "Ocho comunidades atenderán a inmigrantes 'sin papeles' aunque algunas con restricciones". Disponible en línea: <http://www.rtve.es/noticias/20120830/galicia-se-suma-comunidades-atenderan-inmigrantes-sin-papeles/560666.shtml>. Revisado el 5 de octubre de 2012.

TRIBUNAL DE CUENTAS (2012), *Informe de Fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la Aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.gerontomigracion.uma.es/v2/sites/default/files/usuarios/Informe-del-Tribunal-de-Cuentas-sobre-asistencia-sanitaria-a-extranjeros.pdf>. Revisado el 20 de septiembre de 2012.

## El derecho al juez natural -como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia

Florabel Quispe Remón

Universidad Carlos III de Madrid, Madrid

[fquispe@der-pu.uc3m.es](mailto:fquispe@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

El derecho al juez natural es un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional que incluye un juez independiente, imparcial y predeterminado por ley. La competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos debe recaer, según las normas y jurisprudencia internacionales, en un juez ordinario. A través de la modificación del art. 221 de la Constitución colombiana, se da un amplio margen a los tribunales militares para conocer de violaciones de derechos humanos cometidos por miembros de la fuerza pública atentando contra las normas internacionales de protección de los derechos humanos que obligan al Estado colombiano.

### Palabras clave

Juez natural, tribunales militares, derechos humanos, conflicto armado, Colombia.

116

## The right to natural judge -as a human right- and military tribunals in Colombia

### Abstract

The right to natural judge is a human right recognized national and internationally. It includes an independent and impartial judge predetermined by law. According to international law and case law the jurisdiction for the prosecution of human rights violations is a duty to ordinary judge, however, the amendment to Article 221 of the Colombian Constitution gives wide scope to military tribunals for knowing human rights violations committed by members of security forces attacking the standards of protection of human rights which are binding rules for Colombian State.

### Keywords

Natural judge, military tribunals, human rights, armed conflict, Colombia.

## 1. Introducción

El derecho al juez natural es un concepto que se ha venido desarrollando desde hace siglos en el derecho interno para finalmente ser recogido en el derecho internacional como un derecho humano fundamental. Recordemos que los derechos humanos constituyen un concepto propio del derecho internacional contemporáneo. Su origen se remonta a 1945, cuando la comunidad internacional en su conjunto decide crear la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Carta de las Naciones Unidas, donde por vez primera reafirman *la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*. Desde entonces el desarrollo de los derechos humanos ha sido ingente tanto en el ámbito universal como regional.

Los Estados Partes de los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales, se comprometen a reconocer y proteger cada uno de los derechos en ellos recogidos, y si es necesario adecuar su derecho interno a las exigencias del derecho internacional. Colombia, como Estado partes del Sistema Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos, ha dado pleno cumplimiento a la incorporación de los derechos reconocidos en el ámbito internacional en su derecho interno tal y como se desprende de su Constitución. De este modo se obliga a reconocer y proteger los derechos humanos a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción. Sin embargo, en los últimos tiempos, específicamente a finales del año 2012, paradójicamente como consecuencia del conflicto armado ha adoptado el Acto Legislativo N° 2 de 27 de diciembre de 2012 mediante el cual reforma los arts. 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, y procede a la ampliación de la jurisdicción de los tribunales militares, lo que puede atentar contra el derecho al juez natural. Por ello, este trabajo tiene por objeto analizar el derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el derecho interno, así como la compatibilidad de las reformas internas con la normativa internacional de los derechos humanos. Para ello se hará uso de la doctrina, de la legislación nacional e internacional, y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de derechos humanos, para concluir con unas reflexiones.

## 2. El derecho al juez natural en el derecho interno

### Antecedentes

El derecho al juez natural constituye un elemento del debido proceso. Se remonta al siglo XIII cuando el Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra aprueba el 15 de junio de 1215 la Carta Magna, cuyo capítulo XXXIX señala:

Ningún hombre libre podrá ser detenido, o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado de cualquier otra forma, ni procederemos ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley de la tierra.

En aquel entonces ya se hacía referencia al *juicio legal por sus pares*, no como un derecho subjetivo sino como un privilegio, y desde entonces se ha venido desarrollando bajo el paraguas del derecho al debido proceso y se ha ido incorporando a partir del siglo XVIII en distintas constituciones del mundo. La primera Constitución en recoger el derecho al juez natural, entendido como un juez

independiente, imparcial y predeterminado por ley, fue la de los Estados Unidos a través de la Enmienda VI de 1791 al señalar:

En toda causa criminal, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, por un juez imparcial del distrito y Estado donde se hubiere cometido el delito. Distrito que deberá haber sido previamente determinado por la ley y a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación; a que se le caree con los testigos que declaren en su contra; a que se obligue a comparecer a los testigos que cite a su favor, y a contar con un abogado que lo defienda.

Se trata de una enmienda que establece determinadas garantías procesales a quien se encuentra en un proceso penal e incluye dentro de éstas el derecho a un juez imparcial determinado previamente por ley. De este modo, se refiere no solo a un juez imparcial sino también a un juez competente que, en palabras de Diez-Picazo (1991: 75-124), es aquel que ha sido nombrado con anterioridad a los hechos. Al reconocer el derecho a un juez competente e imparcial, elementos esenciales del derecho al juez natural, dentro de la Constitución, este derecho adquiere el estatus de inviolable e inherente al individuo, exigible y oponible al Estado. Hablamos ya de un derecho subjetivo y no de un privilegio, como en sus orígenes. Los instrumentos mencionados constituyen los precedentes históricos más claros.

Desde entonces, el debido proceso en general, y el derecho al juez natural en particular, se ha ido desarrollando a través de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así, como consecuencia del constitucionalismo y la internacionalización de los derechos humanos, a día de hoy, ha sido recogido en otras interpretaciones judiciales.

Las constituciones que reconocen el derecho al debido proceso incluyen en él el derecho al juez natural como uno de sus elementos. Sirvan como ejemplo el caso peruano cuya Constitución de 1993 reconoce y deja claramente establecido dentro del derecho al debido proceso que *ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación* (art. 139.3); la Constitución argentina de 1994 que en el art. 18 señala: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...)*, o el caso español cuando en el art. 24.2 de la Constitución de 1978 establece que *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley....* En todos estos casos, ha sido positivado como un derecho fundamental o de rango constitucional a fin de asegurar que los diferentes procesos en los que se discutan los intereses de los individuos sean justos o equitativos.

### ***El juez natural en Colombia: La Constitución y su interpretación por partes de la Corte Constitucional***

La Constitución de 6 de julio de 1991, reformada el 27 de julio de 2005, en el Título II denominado De los Derechos, las Garantías y los Deberes; en el Capítulo I dedicado a los Derechos Fundamentales, reconoce el derecho al juez natural como un elemento del debido proceso, al señalar en el art. 29:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente...

Al reconocer la Constitución expresamente al juez natural, como parte del debido proceso, la naturaleza de derecho fundamental, le brinda una protección especial.

Además de su reconocimiento como derecho fundamental, se trata de un derecho cuyo desarrollo es constante y destacado a través de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. Este órgano hace uso de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, dado que las normas de derechos humanos ratificadas por Colombia son de aplicación directa. Un aspecto que caracteriza a este país en la región.

Teniendo en cuenta que el debido proceso y el juez natural, como parte integrante de éste, constituyen derechos básicos en la protección del ser humano, paradójicamente resulta ser uno de los más violados por lo que su interpretación ha sido muy amplia<sup>1</sup>. En palabras de la Corte Constitucional el derecho al debido proceso tiene una estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria<sup>2</sup>. Se trata de un derecho que busca la protección de otros valores superiores, cuya efectividad trasciende el interés particular del sujeto afectado, para convertirse en un asunto de interés público o colectivo<sup>3</sup>.

La Corte Constitucional va en la misma línea de las interpretaciones que del debido proceso hacen los tribunales internacionales de derechos humanos, y los tribunales nacionales, al señalar que forma parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales, y es el contenido mínimo del derecho que debe permanecer para que no se desnaturalice.

En este contexto, el principio del juez natural para la Corte Constitucional constituye el elemento medular del debido proceso, con la prohibición de crear tribunales de excepción, la seguridad de juicio imparcial y con plenas garantías y el juzgamiento por la jurisdicción ordinaria. La garantía del juez natural para esta Corte tiene una finalidad más sustancial que formal, dado que protege no sólo el establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. Pone énfasis en que el respeto al principio de juez natural como parte del debido proceso, implique la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria<sup>4</sup>.

La Corte Constitucional, al igual que otros órganos judiciales nacionales e internacionales, coinciden en señalar que la exigencia de un juez competente, independiente e imparcial implica automáticamente la noción de juez natural, que en el ordenamiento colombiano, dice la Corte, tiene un significado preciso, “aquel a

<sup>1</sup> Un estudio amplio sobre el debido proceso véase en Quispe (2010).

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia (1997b: 17), *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, Por el cual se expedían las normas de procedimiento penal*, sentencia T-475/97 de 25 de septiembre de 1997, Bogotá.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia (2012: 18), *Acción de tutela presentada por Luz Andrea Sana contra la Embajada de la República Islámica de Irán, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de la Protección Social*, sentencia T-180/12 de 8 de marzo de 2012, Bogotá.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia (2002: 24), *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887*, sentencia C-200/02 de 19 de marzo de 2002, Bogotá.

quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto”<sup>5</sup>.

Al momento de los hechos que configuran la conducta punible debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a la persona que ha cometido un delito, esto no significa que el procedimiento no pueda cambiar; o que la competencia del juzgamiento quede *inmodificablemente definida*. Al respecto, se debe partir de la base de que mientras el legislador, al consagrar las disposiciones que rigen los procesos, no ignore ni contrarie las garantías básicas previstas por el Constituyente, goza de potestad para señalar las formas de cada juicio, así como para distribuir las competencias entre los organismos que administran justicia dentro de la estructura del Estado. Lo que establece el artículo 29 es la exigencia de que al momento del acaecimiento del hecho punible exista un juez o tribunal competente, y un procedimiento aplicable, pero no una prohibición de variar el juez o tribunal o las formas propias de cada juicio, asuntos sobre los que como se acaba de ver tiene amplia potestad el legislador, bajo el entendido claro está del respeto a los principios y valores esenciales del orden constitucional<sup>6</sup>.

La jurisprudencia, a fin de precisar su contenido, ha identificado determinadas características en torno de la competencia de la autoridad judicial. Para la Corte, la noción constitucional de juez o tribunal competente señalado en el art. 29.2 de la Constitución colombiana se refiere a la prohibición de crear jueces, juzgados y tribunales de excepción, aspectos que se reiteran en los arts. 213 y 214 de la misma norma superior. Define a la competencia como la facultad que tiene el juez para ejercer, por autoridad de la ley, una determinada función, quedando dicha autoridad circunscrita a aquellos aspectos designados por la ley. Determinar la competencia de un juez normalmente atiende a criterios de lugar, naturaleza del hecho y calidad de los sujetos procesales. Así, el juez natural comprende una doble garantía. En primer lugar asegura al denunciado el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de jueces. En segundo lugar significa una garantía para la rama judicial en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y “monopolio” de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento interno<sup>7</sup>.

La Corte hace énfasis en la sentencia C-200/02 en que el respeto al juez natural como parte del debido proceso implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria. No se puede designar un juez o tribunal específico para un caso concreto, ni asignar competencias sobre delitos a tribunales que no sean los ordinarios. Sin embargo, esta situación se produjo en diversas ocasiones en varios países latinoamericanos en la década de los setenta y ochenta del siglo pasado, con el nombramiento de tribunales militares para juzgar civiles (Quispe, 2010: 371, 379-386).

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia (2001: 20), *Demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 7 parcial, del decreto 262 de 2000*, sentencia C-429/01 de 2 de mayo de 2001, Bogotá.

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia (2002: 4).

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia (1993: 21), *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial), 3o. (parcial), 5o. y 6o. del Decreto 2265 del 4 de octubre de 1991, Por el cual se adoptan como Legislación Permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio*, sentencia C-208/93 de 3 de junio de 1993, Bogotá.

### 3. El derecho al derecho al juez natural en el derecho internacional

#### Origen y evolución de los derechos humanos

Tras la Segunda Guerra Mundial, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 se inicia un largo camino en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. El 10 de diciembre de 1948 por vez primera a nivel universal aparece un catálogo de derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y más tarde en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966. Estos instrumentos, entre otros derechos, reconoce el derecho al juez natural. El PIDCP crea el Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano “guardián” del cumplimiento del Pacto y encargado de su interpretación.

En el ámbito americano, el 2 de mayo de 1948, meses antes a la aprobación de la Declaración Universal, se crea la Organización de los Estados Americanos (OEA) mediante la Carta de la OEA y se aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (La Declaración Americana). Este instrumento sería el equivalente a la Declaración Universal en el ámbito americano. Con esta declaración se da inicio al reconocimiento de los derechos humanos en esta región. Años más tarde, el 22 de noviembre de 1969 se aprueba el instrumento vinculante, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que crea los órganos de protección del sistema, la Corte y la Comisión<sup>8</sup> y reconoce una serie de derechos entre los que se encuentra el derecho al debido proceso y dentro de él, el derecho al juez natural. Algo similar sucede en el ámbito europeo a través del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y finalmente en el ámbito africano, mediante la Carta africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981. No hay que olvidar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un ordenamiento en transformación. La evolución de los derechos reconocidos en estos instrumentos, incluido el derecho al juez natural, va en paralelo a la evolución histórica de los derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo. Así, a día de hoy se han aprobado muchos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el mundo, de carácter general o temático, pero que en ningún caso resultan incompatibles entre sí y guardan similitud en cuanto al reconocimiento de derechos. Es el caso del derecho al juez natural, el cual, bajo el marco general del debido proceso, ha sido recogido en estos instrumentos internacionales. En este *corpus iuris* se produce la internacionalización del derecho al juez natural.

#### El derecho al juez natural en el ámbito universal

La DUDH de 1948 reconoce el derecho al juez natural en el art. 10 cuando señala: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier actuación contra ella en materia penal.*

Más tarde, y consolidando lo antes mencionado, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el PIDCP, en cuyo art. 14 se reconocieron ciertas garantías mínimas que conforman un debido proceso. El art. 14.1 hace referencia al juez

<sup>8</sup> La Comisión Interamericana ya había sido creada en 1959 por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

natural al reconocer que: (...) *Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil* (...). De este modo el PIDCP reconoce que todos los derechos que componen el debido proceso, incluido el juez natural, son aplicables a todas las personas en igualdad de condiciones.

Como en el ámbito universal el intérprete del PIDCP es el CDH y dada la importancia del art. 14, éste órgano se ha pronunciado hasta en dos ocasiones sobre el contenido de éste: en la Observación General 13 y 32, esta última reemplaza a la primera. Así, en sus dos observaciones, del 13 de abril 1984 y 23 de agosto de 2007, respectivamente, el CDH advierte la naturaleza compleja del art. 14 del PIDCP y apunta que los diferentes aspectos de sus disposiciones exigen comentarios concretos<sup>9</sup>. Este es el caso del derecho al juez natural. Señala que el objetivo de las disposiciones que integran el debido proceso es garantizar la adecuada administración de justicia y, a tal efecto, afirmar distintos derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley.

El CDH mostró su preocupación sobre la ausencia en los informes que presentan los Estados de los detalles sobre las medidas legislativas o de otra índole que adoptan concretamente para aplicar cada una de las disposiciones del art. 14. Por ello en la Observación General 13 consideró útil que los Estados Partes proporcionen en sus futuros informes datos más detallados sobre las medidas adoptadas para garantizar que establezca por ley, y se observe en la práctica, la igualdad entre los tribunales, incluido el acceso igual a éstos, la audiencia pública y con las debidas garantías y la competencia, imparcialidad e independencia de la magistratura: *Los Estados Partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo*<sup>10</sup>.

122

En esta observación, el CDH deja dicho que el contenido del art. 14 es aplicable a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales. Hace referencia a la existencia de tribunales militares o especiales, en muchos países, que juzgan a personas civiles y considera que esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. En palabras del CDH, a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe

<sup>9</sup> Comité de Derechos Humanos (1984: 154, en el pár. 1), *Observación General N° 13, Artículo 14- Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*. Ginebra, 21º período de sesiones, 13 de abril de 1984, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, Naciones Unidas, Nueva York. En igual sentido Comité de Derechos Humanos (2007: 296, en el pár. 1), *Observación General N° 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes justicia*. Ginebra, 90º período de sesiones, 23 de agosto de 2007, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, Naciones Unidas, Nueva York.

<sup>10</sup> Comité de Derechos Humanos (1984: 154, en el pár. 3).

ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el art. 14.

El Comité ha observado una grave falta de información a este respecto en los informes de algunos Estados Partes, cuyas instituciones judiciales comprenden tales tribunales para el procesamiento de civiles. El CDH deja dicho que en algunos países, esos tribunales militares y especiales no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del art. 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos. Si en situaciones excepcionales los Estados Partes deciden dejar en suspenso los procedimientos normales, tal y como prevé el art. 4 del PIDCP, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones recogidas en el art. 14.1 del Pacto.

Por otro lado, en el año 2007, en su Observación General 32, el CDH destacó que el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley<sup>11</sup>. Para el CDH el fin del art. 14 es velar por la adecuada administración de justicia y, a tal efecto, garantiza una serie de derechos específicos. En este artículo, dice el Comité, se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación. La primera parte del párrafo 1 establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante estas instancias; y la segunda parte de este párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, si se enfrenta a una acusación de carácter penal o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil.

Todos los Estados Partes están obligados a respetar las garantías reconocidas en el artículo 14 independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en su derecho interno, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del PIDCP no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno<sup>12</sup>.

Para el CDH el derecho al juez natural no puede ser materia de reserva, ya que una reserva general al derecho a un juicio imparcial sería incompatible con el objeto y fin del Pacto. En ningún caso dice el CDH cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia<sup>13</sup>.

El Comité en esta Observación General deja claramente establecido que el requisito de la competencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del artículo 14 del Pacto es un derecho absoluto que no puede ser objeto de ninguna excepción. La independencia, en palabras del Comité, se refiere al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y

<sup>11</sup> Comité de Derechos Humanos (2007: 296, en el pár. 2).

<sup>12</sup> *Ibid.*, en el pár. 4.

<sup>13</sup> *Ibid.*, en los párs. 5 y 6.

legislativo<sup>14</sup>. Por otro lado, el Comité divide a la imparcialidad en dos aspectos. En primer término, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o perjuicios personales, ni tener ideas preconcebidas respecto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de modo que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo término, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable<sup>15</sup>.

### ***El derecho al juez natural en el ámbito americano***

Por primera vez en el marco de la OEA, la Declaración Americana aprobada meses antes a la Declaración Universal, recoge el derecho al juez natural como parte del debido proceso, en el art. XXVI al señalar: (...) *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.*

Por su parte, la Convención Americana en su art. 8, bajo el título de “garantías judiciales”, establece una serie de derechos del que goza toda persona en un proceso, especialmente en el ámbito penal en el que se incluye el derecho al juez natural. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte), este artículo no contiene un recurso judicial propiamente dicho, por tanto no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado, para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención<sup>16</sup>.

El art. 8.1 reconoce taxativamente el derecho al juez natural, cuando señala que *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

De este modo reconoce el derecho al juez natural como parte del debido proceso. Así, quien determina un derecho no debe tener ningún tipo de presión ni poder más allá de la ley, debe ser independiente. Para ello, se deben adoptar ciertas medidas (separación de poderes, estabilidad en el cargo, adecuada preparación profesional, publicidad de sus resoluciones, etc.) que garanticen una actuación con libertad, sin presiones exteriores y solo conforme a ley, es decir, que los jueces administren justicia con independencia real. Asimismo, quien administra justicia debe ser imparcial. El juez tiene que ser ajeno al conflicto que le plantean las partes. Justamente, por ello, los ordenamientos jurídicos prevén distintos mecanismos para salvaguardar la imparcialidad del Juez o Tribunal. Así, las partes procesales pueden recusar al Juez o al Tribunal cuando consideren que existen razones o sospechas de su parcialidad, sea por amistad, enemistad, parentesco con la contraparte y/o porque haya conocido con anterioridad el caso en otra instancia, o por cualquier otra circunstancia. De otro lado, el Juez o Tribunal debe abstenerse de conocer del asunto cuando concurra alguna de esas circunstancias y poner en conocimiento de la autoridad competente la situación para que decida sobre su apartamiento o no del

<sup>14</sup> Comité de Derechos Humanos (2007: 300, en el pár. 19).

<sup>15</sup> *Ibid.*, en el pár. 21.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987), *Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos)*, 6 de octubre de 1987, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

proceso<sup>17</sup>. La jurisprudencia del sistema interamericano, considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones jurisdiccionales tiene la obligación de adoptar resoluciones que respeten las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la CADH<sup>18</sup>.

La Corte Interamericana desde su entrada en funcionamiento en 1979, ha emitido más de un centenar de sentencias y veinte opiniones consultivas y en gran parte de ellas se ha pronunciado sobre el debido proceso, y dentro de él sobre el derecho al juez natural, siempre *pro homine*, ampliando su contenido.

Como derecho fundamental, el debido proceso se presenta como un derecho subjetivo de toda persona, sin distinciones y/o discriminaciones, oponible a los poderes públicos que constituye un límite a la arbitrariedad. Configura las garantías fundamentales que determinan los mecanismos más eficaces de protección de los derechos de los justiciables, sea esto a través de la función jurisdiccional del Estado o de otras formas procesales a los que son aplicables. Se trata de un derecho con el que se cuenta, antes y después de un proceso judicial.

Su objetivo es asegurar una investigación o un proceso con todas las garantías y finalmente la obtención de un juicio justo. Está compuesto por diversos elementos que se le reconocen al individuo frente a los poderes públicos, no necesariamente judicial, a fin de hacer efectivos esos derechos. Protege el derecho de los individuos con la máxima justicia posible, sea cual fuera el caso. Es un derecho que a través del establecimiento de exigencias procesales, pretende garantizar que el proceso judicial o de otra índole que se lleva a cabo no vulnere derechos humanos del individuo.

125

En suma, el derecho al debido proceso constituye una pieza clave indispensable para garantizar el goce efectivo de los derechos frente a los órganos de poder. Se puede decir que es el “corazón” que permite el funcionamiento de los demás derechos humanos, es la garantía de la efectividad. Es imposible concebir una protección jurídica eficaz a los individuos por parte del Estado sin respetar un debido proceso. Por ello, la ausencia de este derecho en la legislación interna o la ineficacia, hace que se exceptúe el requisito de agotamiento previo de los recursos internos para acudir al ámbito internacional.

Su naturaleza de derecho fundamental le otorga un amplio margen de protección, más allá del ámbito procesal jurisdiccional en sentido estricto (sea éste de tipo civil, penal o de cualquier otro carácter). Se trata de un derecho general no susceptible de suspensión en ningún contexto, ni siquiera en los estados de excepción (art. 27 de la CADH) y aplicable a toda persona que se encuentra dilucidando un hecho ante una autoridad, no necesariamente penal.

<sup>17</sup> De las decisiones de la Corte Interamericana se advierte que algunos jueces prefirieron no conocer un caso en el que su país era el demandado, no obstante a que el art. 55.1 de la CADH expresamente conservaba dicho derecho al juez nacional. Como bien señala el ex juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez: *Si es posible que el juzgador ostente tal imparcialidad, neutralidad, distancia absoluta del tema y de las partes en conflicto, no siempre lo es que quienes observan la contienda y aguardan la decisión consideren que efectivamente existe -en la intimidad de su conciencia- la completa neutralidad que es condición de imparcialidad. A este respecto, conviene recordar, no menos, que el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez –que son indispensables, por supuesto-, sino también en la valoración que haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer.* Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), *Opinión Consultiva OC-20/09 Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, pár. 60), 29 de septiembre de 2009, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

<sup>18</sup> *lvcher Bronstein c. Perú* (2001).

La Corte Interamericana, contra Colombia ha emitido hasta la fecha trece sentencias, la primera en el caso Caballero Delgado el 29 de enero de 1997 y la última en el caso Masacre de Santo Domingo el 30 de noviembre de 2012. Muchas de ellas por violación del art. 8 de la CADH.

Este derecho al igual que los otros derechos humanos, cumple con la doble función objetiva y subjetiva. La primera fundamenta y controla la creación y aplicación de las demás normas jurídicas, y la segunda, hace titulares de derechos a las personas y les permite exigir una determinada conducta de dar, hacer o no hacer al Estado. Constituye un límite a la voluntad del Estado y otorga a la persona el derecho de exigir al Estado que garantice judicialmente esos derechos.

#### **4. El derecho al juez natural en el marco del conflicto armado colombiano y de los tribunales militares**

##### **Antecedentes**

A lo largo de su historia, Colombia ha vivido diferentes enfrentamientos que han generado otros conflictos que no han sido resueltos por vías democráticas y pacíficas. Estos están relacionados con la tierra y con la aspiración de varios actores por conseguir el control del Estado. En un inicio el conflicto era entre los partidos políticos por lograr el poder, pero posteriormente nacían otros actores armados al margen del sistema institucionalizado y cambia radicalmente el conflicto en Colombia. Es así que en la década de los setenta del siglo XX se advierte la consolidación de los grupos guerrilleros: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército Popular de Liberación y el Ejército de Liberación Nacional. Más tarde el M-19. Como consecuencia de ello, el Estado adoptó medidas extremas bajo el estado de excepción, que en vez de actuar como un revulsivo hizo que los grupos guerrilleros se fortalecieran y nacieran otros grupos. Esto permite al movimiento insurgente sentirse fuerte y tener como objetivo la lucha por el poder<sup>19</sup>.

Diversos intentos por lograr la paz no han producido los efectos esperados. En este proceso surgen los paramilitares, para hacer frente al problema, como un mecanismo del Estado para luchar contra los grupos guerrilleros. Su estrategia basada en el ataque a la base social de la guerrilla trajo como consecuencia la muerte de muchas personas, en su mayoría, civiles, y grandes arbitrariedades, como se advierte de las sentencias de la Corte Interamericana<sup>20</sup>. Éstas vinculan al ejército y a los paramilitares con grandes violaciones a los derechos humanos en Colombia.

A esta variedad de actores en el conflicto colombiano se suma la industria del narcotráfico. El aspecto que caracteriza a este conflicto armado es la participación de los diversos actores y la interrelación existente entre ellos, lo que dificulta el papel del Estado en el fin del conflicto que tanto daño viene causando a los derechos humanos.

Durante las cinco décadas del conflicto armado la sociedad civil ha sido la más afectada. Se han perdido muchas vidas y se han violado muchos derechos humanos, cada vez más se incrementa el número de muertos, desaparecidos,

<sup>19</sup> Un amplio estudio sobre los antecedentes del conflicto en Peco y Fernández (2006).

<sup>20</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Caballero Delgado y Santana; caso Las Palmeras; caso 19 comerciantes; caso Gutiérrez Soler; caso de la Masacre de Mapiripán; caso de la Masacre de Pueblo Bello; caso de las masacres de Ituango; caso de la Masacre de la Rochela; caso Escué Zapata; caso Valle Jaramillo y otros; caso Manuel Cepeda Vargas; caso Vélez Restrepo y familiares; y caso Masacre de Santo Domingo*.

secuestrados y desplazados. Del informe elaborado por la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de la Organización de las Naciones Unidas en Colombia (2010)<sup>21</sup> se advierte, en ciertas zonas, fundamentalmente en poblaciones indígenas y afrocolombianas, el alto porcentaje de desplazados por combates entre el ejército y los guerrilleros de las FARC. Por la situación que atraviesa Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha prestado especial atención a la situación de los derechos humanos en este país y ha monitoreado y evaluado el estado de éstos mediante sus informes temáticos o de país, en su Informe Anual y mediante el sistema de peticiones y casos (conforme consta en los informes, Colombia ha sido el país con el mayor número de peticiones recibidas en los años 2009, 2010 y 2011), así como medidas cautelares. A invitación del Estado esta Comisión realizó una visita *in loco* entre el 3 y 7 de diciembre de 2012 para ver la situación de los derechos humanos en ese país.

Son cinco décadas las que el pueblo colombiano viene sufriendo la represión por parte del Estado y por parte de la guerrilla, mientras el narcotráfico sale ganando. Colombia vive un clima generalizado de violencia donde impera la impunidad como señaló la Corte Interamericana. Esperemos que el debilitamiento de las FARC en los últimos tiempos y el inicio en 2012 de un proceso de paz entre éstas y el Gobierno colombiano lleguen a un buen puerto en beneficio de todos los y todas las habitantes de Colombia.

### ***Colombia frente al conflicto armado***

Los esfuerzos para la pacificación llevados a cabo por el gobierno colombiano no han cesado<sup>22</sup>. Como bien señala la Comisión Interamericana se han impulsado diversas medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial con el objetivo de superar las graves violaciones de los derechos humanos que derivan, entre otros, del paramilitarismo y actividades de inteligencia ilegales, los mismos que en algunos extremos no han sido eficaces o no se encuentran en entera concordancia con estándares interamericanos<sup>23</sup>.

En 2005, el Estado colombiano promulgó la Ley 975 de Justicia y Paz (Ley 975 o Justicia y Paz) que establece una serie de beneficios procesales y de modificación de penas para aquellos que –habiendo participado en la comisión de crímenes– se plieguen al proceso de desmovilización. Según el informe de 2011 de la CIDH, tras seis años de esta ley solo se ha emitido una sentencia firme contra dos jefes del paramilitarismo por la masacre de Mampuján.

La compatibilidad de la Ley 975 con la Constitución colombiana fue cuestionada ante la Corte Constitucional. Este órgano judicial la declaró constitucional. El 18 de mayo de 2006, en su fallo referido al contenido de la ley, se pregunta *si es constitucional la norma que, a cambio de una reducción sustantiva de la pena a cumplir (alternatividad penal) exige, para el otorgamiento del beneficio, el reconocimiento de los delitos que les son imputados por el Estado o aquellos que el*

<sup>21</sup> Boletín Humanitario, números 51.52, 13-26 de diciembre de 2010, disponible en: [http://www.colombiassh.org/site/IMG/pdf/OCHA\\_Bulletin\\_Humanitario\\_51.52.pdf](http://www.colombiassh.org/site/IMG/pdf/OCHA_Bulletin_Humanitario_51.52.pdf). Revisado el 20 de marzo de 2013.

<sup>22</sup> De hecho en este momento se encuentra abierto un proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) en la Habana, Cuba. Los avances y estado actual de las mismas, así como el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” se pueden consultar en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/documentos-y-comunicados>. Revisado el 15 de agosto de 2013.

<sup>23</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012: 321), *Informe Anual 2011*, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>. Revisado el 20 de marzo de 2013.

*implicado voluntariamente quiere confesar, pero no ordena la confesión integral de todos los hechos criminales en los cuales la persona hubiere participado en su condición de integrante de un grupo armado específico, y confiere beneficios penales adicionales respecto de estos delitos no confesados cuando el Estado no puede demostrar que la omisión fue intencional*<sup>24</sup>. Además, si el Estado en el futuro encuentra que no confesaron todos los delitos, la persona no pierde los beneficios reconocidos respecto de los delitos cuya autoría aceptó; es más, adicionalmente puede acceder a nuevos beneficios respecto de los delitos no confesados, si el Estado no puede demostrar que dicha omisión fue intencional. Para la Corte, esta regulación desconoce el derecho de las víctimas a la verdad, cuya dimensión constitucional e internacional ha sido plasmada en esta sentencia<sup>25</sup>.

La Corte Constitucional destaca que según las disposiciones del bloque de constitucionalidad, el ocultamiento, el silencio o la mentira sobre los delitos cometidos, no pueden ser las bases de un proceso de negociación que se ajuste a la Constitución. Sin embargo, el relato genuino y fidedigno de los hechos, acompañado de investigaciones serias y exhaustivas y del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, pueden ser las bases de un proceso de negociación en el cual, incluso, se admite constitucionalmente la renuncia a la imposición o aplicación plena de las penas que el derecho penal ordinario ha establecido, inclusive para los delitos que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad. Así, la Corte dejó claro que la colaboración plena y fidedigna de los que cometieron graves violaciones es una medida indispensable para satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad y el interés de la sociedad en la construcción de memoria histórica<sup>26</sup>. Por ello en palabras de la Corte, además de confiar en la voluntad de buena fe de quienes deciden entrar a la legalidad, el Estado debe adoptar mecanismos procesales idóneos para asegurarse que las personas que se benefician de la ley colaboren eficazmente en la satisfacción de los derechos a la verdad de sus propias víctimas. Así, aquellas personas que tendrán los beneficios que supone vivir en un Estado de derecho, también tendrán las cargas proporcionales que les impone el derecho. De este modo se logra ponderar el derecho a la paz y los derechos de las víctimas, especialmente el derecho a la verdad<sup>27</sup>.

En suma, la Corte considera que los beneficios penales que la Ley brinda a aquellos que cometieron delitos muy graves, solo pueden conferirse a quienes han satisfecho de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, del que también depende la satisfacción del interés de la sociedad en construir memoria colectiva sobre lo acontecido durante el conflicto armado. Para eso deben haber confesado, de manera completa y veraz, todos los hechos criminales en los cuales han participado como integrantes de tales grupos. Si la persona ha obtenido beneficios ocultando información se revocará dicho beneficio.

Distintos organismo internacionales coinciden en señalar que la Ley 975 requiere una implementación adecuada para ser efectiva. Señalan que en el ámbito judicial se ha optado por un sistema unipersonal de investigación y conocimiento que produce un bloqueo de las acciones judiciales que, a su vez, se traduce en una

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia (2006: pár. 6.2.2.1.6.), *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, y contra la ley en su integridad*, sentencia C-370/06 de 18 de mayo de 2006, Bogotá.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pár. 6.2.2.1.7.5.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pár. 6.2.2.1.7.19.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pár. 6.2.2.1.7.21.

*llamativa ausencia de resultados y una falta de eficacia real frente al fenómeno criminal que ha redundado en una verdadera desprotección de los derechos de las víctimas*<sup>28</sup>. Por citar un ejemplo, no se respeta el derecho al plazo razonable, tal es así que en el caso Mampuján, mencionado anteriormente, la Corte tardó 10 meses en decidir el recurso. La Comisión Interamericana deja claro en su informe de 2011 que para la efectividad de la Ley de Justicia y Paz, es indispensable que se redoblen esfuerzos para garantizar los mecanismos para la seguridad de las víctimas, funcionarios, abogados y sus familiares, así como reforzar los mecanismos procedimentales para agilizar el trámite de los procedimientos.

Otro de los obstáculos en el avance del juzgamiento es la extradición de varios líderes a los Estados Unidos y la virtual paralización del proceso de esclarecimiento de graves crímenes perpetrados por las Autodefensas Unidas de Colombia, en muchos casos con la aquiescencia o colaboración de agentes del Estado. La extradición de estos líderes paramilitares interfiere también con la obligación del Estado de juzgar a civiles y agentes del Estado involucrados en casos en los que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido su responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos protegidos por la CADH<sup>29</sup>.

Evitar la situación antes descrita está en manos del Estado colombiano por cuanto es el que tiene la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, para ello, como señala la Corte Interamericana, debe remover todos los obstáculos *de facto y de jure*, que mantengan la impunidad, así como utilizar los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial<sup>30</sup>. El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, definida por la Corte como *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*<sup>31</sup>. Así, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad.

### ***Tribunales militares, derechos humanos y el derecho al juez natural***

Según el informe de 2011 de la CIDH aún se mantienen las denuncias por utilización del fuero militar para situaciones de violación de derechos humanos. La Comisión destaca que *la competencia judicial para la investigación de los hechos sobre desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales se atribuye desde el primer momento a juzgadores penales militares, y el porcentaje de condena a los responsables es menor*. La Comisión nota que los jueces militares adoptan decisiones de archivo y terminación de procesos en casos de violaciones de derechos humanos, así como la extensión del fuero penal militar al régimen de privación de libertad de miembros de la Fuerza pública sindicados, acusados y condenados por violación de derechos humanos. Lamentablemente, el juzgamiento de militares por violación de derechos humanos por tribunales militares es una constante en Colombia<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Organización de Estados Americanos (2011: 79), *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional colombiana*, MAPP/OEA, octubre de 2011, disponible en: <http://www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/DiagnosticoJyP.pdf>. Revisado el 21 de marzo de 2013. En la misma línea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012: 349).

<sup>29</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012: 350).

<sup>30</sup> *Masacre de Mapiripán c. Colombia* (2005, en el pár. 299).

<sup>31</sup> *Ibid.*, pár. 237

<sup>32</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012); Consejo de Derechos Humanos (2011), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la*

Colombia al haber ratificado la CADH (31 de julio de 1973) y asumido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (25 de junio de 1985) está en la obligación de dar cumplimiento efectivo a lo establecido por la Convención Americana en general, y en este caso en particular al art. 8 referido a las garantías judiciales, que deja claramente establecido que todas las personas tienen derecho al juez natural (esto es a un juez competente, independiente, imparcial, y predeterminado por ley) así como a la interpretación que la Corte Interamericana realice de la misma.

El derecho al juez natural está recogido en la Constitución colombiana, y por ello el Estado está obligado a garantizar este derecho a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción. En este contexto se debe contar con un juez preexistente al acto punible, de carácter permanente y dependiente del poder judicial. El derecho al juez natural es un derecho fundamental que asiste a todas las personas, en cuya virtud, deben ser juzgados por un órgano creado conforme a ley, respetando los principios de independencia e imparcialidad. En virtud a esta garantía procesal, se determina que el juez y el procedimiento deben preexistir al delito y al proceso, no siendo permitidos los tribunales creados con posterioridad ni los juzgamientos por comisiones especiales, dado que su existencia puede alterar las garantías de independencia e imparcialidad que se exige en todo momento al juzgador.

La existencia de tribunales de excepción y la sustracción de las personas del juez competente para ser sometida a un tribunal distinto atenta contra el derecho al juez natural (Fix Zamudio, 1988: 512]. El juez natural tiene como finalidad impedir cualquier alteración o manipulación de los poderes públicos para asignar un caso a un tribunal determinado. Constituye una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes.

Así, el juzgamiento a personas civiles por parte de tribunales militares o especiales, puede inducir a la violación del juez independiente e imparcial, por ello su aplicación debe ser estrictamente limitada. Conforme lo establece el CDH, las garantías del artículo 14 incluido el juez natural no pueden limitarse ni ser modificadas por la índole militar o especial del tribunal de que se trate<sup>33</sup>. Es importante que en este tipo de tribunales se tomen todas las medidas posibles para velar porque dichos juicios se desarrollen en condiciones en que puedan observarse todas y cada una de las garantías reconocidas en el art. 14 del Pacto. El Comité deja dicho que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares debe ser excepcional, es decir, *limitarse a los casos en que el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante esos procesos*<sup>34</sup>.

En la misma línea, la Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos casos sobre este asunto<sup>35</sup>, dejando claro que si bien los tribunales militares no son contrarios a las normas de derechos humanos ni han sido considerados violatorios del derecho a un juicio justo, a condición de que su funcionamiento esté claramente circunscrito, su aplicación debe limitarse a los militares que hayan incurrido en delitos o

*situación de los derechos humanos en Colombia para el 2010*, 3 de febrero de 2011, A/HRC/16/22, Naciones Unidas, Nueva York.

<sup>33</sup> Comité de Derechos Humanos (2007: 300, pár. 22).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Véase, entre otros, caso *Castillo Petrucci c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999; caso *Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999; caso *Tribunal Constitucional c. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001; caso *Durand y Ugarte c. Perú*, sentencia de 16 de agosto del 2000; caso *Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000; caso *las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001; caso *19 comerciantes c. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004.

faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. Pero si un militar comete un delito al margen de sus funciones su juzgamiento correspondería al fuero ordinario sin lugar a dudas. Así, para la Corte Interamericana la falta de idoneidad de la jurisdicción penal militar se extiende a todas las etapas del proceso, inclusive en la etapa de ejecución de la sentencia condenatoria<sup>36</sup>.

En varios casos contra Colombia, la Corte ha dejado dicho que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, y debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, *por ello, solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar*<sup>37</sup>.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana queda claro que se trata de una instancia especial exclusivamente funcional, que ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas<sup>38</sup>. No es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de las violaciones de derechos humanos, ya que el procesamiento de los responsables de la violación de estos derechos corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria<sup>39</sup>. En los casos colombianos la Corte Interamericana destacó que la aplicación de la jurisdicción militar no garantizó el debido proceso, en este caso, el derecho al juez natural.

### ***La modificación de la Constitución Colombiana y sus implicancias para los derechos humanos***

Con fecha 27 de diciembre de 2012, se reformaron los arts. 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia mediante Acto Legislativo N° 2. El art. 1 del Acto Legislativo modifica el art. 116 y señala:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.
2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.
3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar...

De este modo se procede a la creación de un Tribunal de Garantías Penales con competencia en todo el territorio nacional, integrado por ocho Magistrados, de los cuales cuatro serán miembros de la Fuerza Pública en retiro.

<sup>36</sup> Véase *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* [2010].

<sup>37</sup> *Las Palmeras c. Colombia* (2001, en el pár. 51).

<sup>38</sup> Véase *Castillo Petruzzi c. Perú* (1999, en el pár. 128).

<sup>39</sup> Esta es la jurisprudencia que ha venido reiterando la Corte Interamericana en los últimos años. Véase: *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, y *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*, sentencia de 15 de mayo de 2011.

Uno de los artículos más polémicos y discutidos en la reforma constitucional ha sido el art. 3 referido a la modificación del art. 221<sup>40</sup>:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidos por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en el desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La Ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del marco institucional.

Este artículo sólo excluye de la competencia de la jurisdicción militar algunas violaciones graves de derechos humanos y deja un amplio margen para el conocimiento de muchas otras violaciones. Con ello, las autoridades civiles tienen una competencia limitada en materia de derechos humanos.

Esta situación viola el derecho al juez natural, reconocido tanto por el derecho internacional como nacional (art. 8 de la CADH y art. 29 de la Constitución colombiana, respectivamente), por cuanto las violaciones a los derechos humanos según la jurisprudencia internacional son competencia de los tribunales ordinarios. Si bien el Acto Legislativo excluye de la competencia de la justicia penal militar o policial el conocimiento de crímenes de lesa humanidad y otros delitos graves, quedan muchos otros que a pesar de su gravedad calzarían en la competencia del tribunal militar. No es suficiente que el Código Penal Militar acote la jurisdicción del

<sup>40</sup> La versión original del art. 221 establecía: *De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y Policial. Tales Cortes estarán integradas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.*

*En todo caso, se presume la relación con el servicio en las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública. Cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantará por la Justicia Penal Militar y Policial.*

tribunal penal militar y establezca ciertos casos en los que no sería competente, ya que muchos otros derechos quedan al margen de esta protección especial<sup>41</sup>.

Esta situación atenta contra los derechos humanos al brindarle una amplia competencia a los tribunales militares para conocer de violaciones de los distintos derechos humanos con excepción de los mencionados. Se trata de un artículo que colisiona directamente con el derecho al juez natural. Aquel juez predeterminado por ley, competente, independiente, imparcial y dependiente del poder judicial. Recordemos que es en virtud a esta garantía que el juez y el procedimiento deben existir previamente al delito y las personas no deben bajo ninguna circunstancia ser sustraídas de la jurisdicción por la ley para ser sometidas a uno diferente, como los jueces militares. La actuación de los tribunales militares debe ser estrictamente para asuntos relacionados con su función, la misma que debe estar debidamente delimitada.

En pleno siglo XXI, donde gran parte de los Estados ponen su mayor esfuerzo por adecuar su derecho interno a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos del que forman parte<sup>42</sup>, es inconcebible e incompatible la decisión del Estado colombiano con las normas internacionales de protección del ser humano, enmarcar todo acto realizado por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo bajo la competencia de los tribunales militares, más aún cuando, como se ha señalado *supra*, su alcance debe ser restrictivo y excepcional y debe estar orientado a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. La extensión de las competencias del fuero militar más allá de lo establecido en las normas internacionales e internas menoscaba la jurisdicción ordinaria.

No es posible que todos los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo sean conocidos por las cortes marciales dado que pueden existir muchas violaciones a los derechos humanos cuya competencia según las normas internas e internacionales corresponden a los tribunales ordinarios. Esta ampliación de competencia no tiene otro propósito que privilegiar la competencia de la Justicia Penal Militar en las investigaciones judiciales donde se vean involucrados agentes militares y propician la impunidad.

Se trata de una presunción que en toda regla es contraria a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, *pues cobija todos los actos de los agentes militares en operaciones y procedimientos; privilegiando el carácter*

<sup>41</sup> No obstante hay que señalar que el Código Penal Militar aprobado el 17 de agosto de 2010, mediante Ley 1407, deja claro que la justicia penal militar es una excepción constitucional a la regla del juez natural. Los arts. 2 y 3 del Código Penal Militar limitan la competencia material de su jurisdicción a los *delitos relacionados con el servicio* (art. 2), comprendiendo dentro de estos los delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado; y a los delitos no relacionados con el servicio (art. 3), no obstante lo dispuesto en el art. 2, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

<sup>42</sup> El Centro Robert F. Kennedy para la Justicia y los Derechos Humanos (Centro RFK) sostuvo que el rompimiento de Colombia de las normas internacionales y la ampliación de la competencia de los tribunales militares se contrapone a avances significativos como en Argentina y en México, gracias a decisiones de la Corte Suprema, para hacer frente a la impunidad militar que sigue afectando a la región. Véase: <http://rfkcenter.org/statement-by-robert-f-kennedy-center-for-justice-a-human-rights-concerning-colombias-expansion-of-military-jurisdiction>. Revisado el 14 de febrero de 2013.

*subjetivo sobre el material y favoreciendo a los desmanes de las Fuerzas Armadas para establecer la competencia sin distinción objetiva de si son actos del servicio o no*<sup>43</sup>. Esto trae como consecuencia, la sustracción y la restricción del derecho al juez natural que tienen las víctimas de tales hechos y sus familiares, obstaculizando participar en la investigación judicial sobre los presuntos actos del servicio desarrollados en operaciones y procedimientos militares<sup>44</sup>.

La Corte Constitucional colombiana al pronunciarse sobre este artículo, como es lógico señaló que el ser miembro de la fuerza pública en servicio activo no lo exime del derecho penal común, ya que: *El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias*<sup>45</sup>. Así, aquellos delitos como las masacres y homicidios fuera de combate no pueden constituir acto de servicio y ser protegidos por normas del fuero militar.

Para la Corte Constitucional colombiana, la jurisdicción penal militar es una excepción constitucional a la regla del juez natural, por lo que la interpretación debe ser restrictiva conforme lo establece el art. 221 de su Constitución “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. En esa línea, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública<sup>46</sup>. Así, para que un delito sea de competencia de un tribunal militar debe existir una relación directa de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia de las fuerzas armadas. Es más, en palabras de la Corte, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no solo hipotético y abstracto. Lo que significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

<sup>43</sup> Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Reiniciar (2012, en el pár. 18), *Riesgos de la Reforma al fuero militar en Colombia: Ampliación del fuero militar y su afectación para las garantías de los defensores de derechos humanos*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO\\_MILITAR\\_JQC\\_2012\\_0.pdf](http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO_MILITAR_JQC_2012_0.pdf). Revisado el 12 de diciembre de 2012.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia (1997a: pp. 28-29), *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, Por el cual se expidió el Código Penal Militar*, sentencia C-358/97, de 5 de agosto de 1997, Bogotá.

<sup>46</sup> *Ibid.*: 33.

Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales<sup>47</sup>. Para la Corte Constitucional el vínculo entre el acto criminal y la actividad relacionada con el servicio militar se rompe cuando el delito es extremadamente grave, tal es el caso de delitos contra el género humano. En estas circunstancias, el caso debe ser remitido a la jurisdicción civil.

Para la Corte Interamericana, el art. 221 de la Constitución colombiana indica claramente que los jueces militares tienen una competencia excepcional y restringida al conocimiento de las conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima<sup>48</sup>. El derecho al juez natural se ve afectado cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria. El juez que conoce de un caso debe ser competente, independiente e imparcial<sup>49</sup>.

Respecto a las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad señaló que son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona y por ende no guardan ninguna relación con la función constitucional de la Fuerza Pública ni pueden tener relación con actos propios del servicio, por cuanto la sola comisión de tales actos delictivos desaparece cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, debiendo corresponder su conocimiento a la justicia ordinaria.

135

Así, para la Corte Constitucional, la justicia penal militar solo será competente en aquellos casos en que la excepción al juez natural esté claramente determinado, ya que en caso de duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer un caso la competencia recaerá en la justicia ordinaria.

## 5. Reflexiones finales

El derecho al juez natural constituye hoy en día un derecho fundamental recogido como un elemento del debido proceso en gran parte de las legislaciones del mundo, incluida la colombiana. Su reconocimiento, desarrollo e incorporación en instrumentos internos e internacionales como un derecho fundamental ha permitido una mejor protección del ser humano frente a la autoridad estatal. Así, toda persona tiene derecho a un juez natural y bajo ningún motivo puede ser sustraída de la jurisdicción pre establecida por ley, ni sometida a procedimientos distintos a los establecidos con anterioridad, ni juzgada por tribunales especiales ni militares creados a propósito de los hechos.

Colombia como parte de los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (Universal e Interamericano) que reconocen el derecho al juez natural como parte del debido proceso, está en la obligación de proteger y garantizar su aplicación efectiva a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción, caso contrario estaría incurriendo en responsabilidad internacional. El Estado colombiano teniendo en cuenta que el respeto del derecho al juez natural constituye un elemento imprescindible en todo Estado de Derecho debe, si hace

<sup>47</sup> *Ibid.*: 33-34.

<sup>48</sup> 19 *Comerciantes c. Colombia* (2004, en el pár. 166).

<sup>49</sup> *Ibid.*, pár. 167.

falta, adecuar su derecho interno a las exigencias conforme a los compromisos adquiridos a nivel internacional para que su aplicación sea impecable. Por cuanto una administración de justicia es producto del reconocimiento y respeto de un juez predeterminado por ley, independiente e imparcial. El reconocimiento y respeto de este derecho debe ser real en la práctica, no solo en la normativa.

El conflicto armado colombiano ha causado grandes y graves perjuicios, entre otros, a los derechos humanos. Ello ha llevado al Estado adoptar diversas medidas que lamentablemente no han puesto fin a esta situación. Es importante acabar con el conflicto, que tanto daño viene causando a la población colombiana, pero siempre respetando todas aquellas garantías que identifican a una sociedad democrática.

Colombia es un país que se caracteriza por su voluntad de respeto a los derechos humanos. Es así que ha sido uno de los primeros países en ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y en considerar las normas internacionales de derechos humanos de aplicación directa en su derecho interno. No obstante, llama la atención la aprobación del Acto Legislativo N° 2 de finales del 2012 mediante el cual reforma ciertos artículos de la Constitución con el único fin de ampliar el poder de los tribunales militares en Colombia.

Esta situación resulta paradójica cuando en la región el reconocimiento y respeto de los derechos humanos se va consolidando cada vez más y la tendencia es limitar la actividad de los tribunales militares conforme se tiene de la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y de otras decisiones de órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos.

En este contexto resulta incomprensible la decisión del gobierno colombiano al ampliar competencia a los tribunales militares, lo cual atenta directamente contra los derechos humanos. Es un acto que constituye un retroceso en la defensa de éstos.

La actividad de los tribunales militares debe restringirse a delitos estrictamente militares, delimitados con sumo cuidado, y cometidos por militares. La violación de cualquier derecho humano en general, y no solo de algunos como lo menciona el Acto Legislativo, deberían estar fuera de su competencia. Es importante en aras de proteger los derechos de las personas que la competencia del fuero militar esté estrictamente delimitada y excluya de su competencia el conocimiento de todo hecho que tenga que ver con la violación a los derechos humanos.

Sin duda, la modificatoria del art. 221 constituye en primer lugar, un incumplimiento por parte de Colombia de las obligaciones internacionales adquiridas voluntariamente al ratificar los diversos instrumentos de derechos humanos del que forma parte, y en segundo lugar, una puerta abierta a la impunidad.

## Bibliografía

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Informe Anual 2011*. Disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>. Revisado el 20 de marzo de 2013.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1984), *Observación General N° 13*, Art. 14- Administración de justicia. Ginebra, 21º período de sesiones, 13 de abril de 1984, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, Naciones Unidas, Nueva York.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Observación General* N° 32, Art. 14-  
El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes  
justicia. Ginebra, 90º período de sesiones, 23 de agosto de 2007, U.N. Doc.  
HRI/GEN/1/Rev.9, Naciones Unidas, Nueva York.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Informe de la Alta Comisionada de  
las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los  
derechos humanos en Colombia para el 2010*, 3 de febrero de 2011,  
A/HRC/16/22, Naciones Unidas, Nueva York.

CORPORACIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS  
HUMANOS REINICIAR (2012), *Riesgos de la Reforma al fuero militar en  
Colombia: Ampliación del fuero militar y su afectación para las garantías de los  
defensores de derechos humanos*. Disponible en línea:  
[http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO\\_MILITAR\\_JQC\\_2012\\_0.pdf](http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO_MILITAR_JQC_2012_0.pdf). Revisado el 12 de diciembre de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial), 3o. (parcial), 5o. y 6o. del  
Decreto 2265 del 4 de octubre de 1991, Por el cual se adoptan como Legislación  
Permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades de  
Estado de Sitio*, sentencia C-208/93 de 3 de junio de 1993, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1997a), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial),  
45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125  
(parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366  
(parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial),  
500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, Por el cual se  
expidió el Código Penal Militar*, sentencia C-358/97, de 5 de agosto de 1997,  
Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1997b), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324  
(parcial) del Decreto 2700 de 1991, Por el cual se expiden las normas de  
procedimiento penal*, sentencia T-475/97 de 25 de septiembre de 1997, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra el artículo 7 parcial, del decreto 262 de 2000*,  
sentencia C-429/01 de 2 de mayo de 2001, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887*,  
sentencia C-200/02 de 19 de marzo de 2002, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006), *Demandas de  
inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19,  
20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55,  
58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005, Por la cual se dictan disposiciones  
para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen  
de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz  
nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, y contra la  
ley en su integridad*, sentencia C-370/06 de 18 de mayo de 2006, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2012), *Acción de tutela presentada  
por Luz Andrea Sana contra la Embajada de la República Islámica de Irán, el  
Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de la Protección Social*,  
sentencia T-180/12 de 8 de marzo de 2012, Bogotá.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1987), *Opinión  
Consultiva OC-9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2,  
25 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos)*, 6 de octubre de  
1987, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Opinión  
Consultiva OC-20/09 Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos*

*Humanos*, 29 de septiembre de 2009, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

DIEZ-PICAZO, I. (1991), "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, pp. 75-124.

FIX ZAMUDIO, H. (1988), *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Porrúa, México.

OFICINA PARA LA COORDINACIÓN DE ASUNTOS HUMANITARIOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN COLOMBIA (2010), *Boletín Humanitario*, números 51.52, 13-26 de diciembre de 2010. Disponible en línea: [http://www.colombiassh.org/site/IMG/pdf/OCHA\\_Bulletin\\_Humanitario\\_51.52.pdf](http://www.colombiassh.org/site/IMG/pdf/OCHA_Bulletin_Humanitario_51.52.pdf). Revisado el 20 de marzo de 2013.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2011), *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional colombiana*, MAPP/OEA, octubre de 2011. Disponible en línea: <http://www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/DiagnosticoJyP.pdf>. Revisado el 21 de marzo de 2013.

PECO, M. y FERNÁNDEZ, L. (2006), *El Conflicto de Colombia*, Ministerio de Defensa, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", Madrid.

QUISPE, F. (2010), *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia.

## Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española

Francisco Javier Álvarez García

Universidad Carlos III de Madrid

[falvarez@der-pu.uc3m.es](mailto:falvarez@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

Analiza el autor el sistema actualmente vigente de recluta del profesorado universitario con un lenguaje provocador muy diferente al que es habitual en los trabajos académicos, y en un formato que más se asemeja al ensayo que al tradicional trabajo académico. La opinión que se sostiene en el trabajo va en la dirección de considerar que el sistema introducido es el más inadecuado de entre los establecidos desde la ley de 1983, y en el que se utilizan algunos referentes que el autor considera muy alejados de los que, en su opinión, deberían ser los adecuados para valorar la calidad del profesor universitario. A lo anterior se suma una dura crítica al sistema introducido por la Agencia Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (ANECA), que ha sustituido la exposición pública de los méritos y conocimientos por una valoración exclusivamente formal de los méritos de los candidatos a la plaza de profesor de que se trate. Finaliza el trabajo con una propuesta de sistema de selección del profesorado, en el que se vuelve sobre el esencial principio de publicidad, valoración por especialistas y confrontación entre candidatos.

139

### Palabras clave

ANECA, investigación, evaluación del profesorado, acreditación, selección del profesorado.

## Discussing: Faculty Members Selection at Spanish University

### Abstract

The author analyses the current Spanish system for university professors and lecturers selection by a provocative style nearer to essay than to usual academics works. The main thesis of the paper is considering the current system as the worse among the ones have been adopted since the Act for University Reform in 1983 because the criteria used by it are absolutely unsuitable for appreciating the quality of professors and lecturers. As well, he develops a hard critic to National Agency for Quality Assurance in University System (ANECA) because its procedure has replaced the public evaluation of candidate's knowledge for a formal and opaque evaluation. Finally, paper proposes a new selection system based on publicity, assessment by specialists and showdown principles.

### Keywords

ANECA, research, accreditation, professor and lecturer assessment and selection in high education.

## 1. El ser y la Historia

A la hora de instaurar un sistema de recluta del profesorado universitario en España se tiene que partir de un dato incontestable: la sociedad española se encuentra, desde hace muchos años, acosada por una gran corrupción y en claro declive moral. No es cuestión de precisar ahora el por qué, y tampoco es, de tan evidente, necesario justificarlo. Solamente apuntar ese dato. ¿Y la Universidad? No resulta obligado establecer un ranking, y ni siquiera un listado pues éste sería interminable, de qué institución española es la más corrupta, pero no cabe duda de algo: en esa competición la Universidad estará siempre peleando por los puestos de cabeza, pues ya no es sólo cuestión de que a éste o a aquél le “quitaran” la cátedra. No, ese problema no es “el problema”: si en España se limitaran a “quitarles” la cátedra a los “unamunos” o a los “ramones y cajales” (aun cuando su frecuencia fuera mayor de la que es) el tema no sería, a pesar de todo, tan sumamente grave. La cuestión es distinta y consiste en que ya se ha instaurado un sistema (como sistema, no como mera anomalía del mismo) de por sí esencialmente corrupto y privado de cualquier mecanismo externo de control.

Veamos un ejemplo de lo que se desea decir: el antiguo diseño de oposiciones (el anterior a las reformas de 1983) se desarrolló en el contexto de la Dictadura, con la obligada consecuencia de que los altos cargos ministeriales – directamente el Secretario de Estado de Universidades- ejercían cierto control sobre el Tribunal, y de hecho nombraban al Presidente de éste de acuerdo con intereses nunca confesados por más que obvios; además, los “sorteos” no infrecuentemente eran, de una u otra forma, “dirigidos” (lo que ocurrió, especialmente, cuando se informatizó su realización). La falta de limpieza del procedimiento, la profunda corrupción, se manifestaba visualmente en el hecho habitual de que en el instante en que en la correspondiente dependencia ministerial se publicaba el resultado del sorteo de los miembros del tribunal, los firmantes de la plaza que habían sido agraciados en el mismo (aquellos que más miembros de su “escuela” habían colocado) se echaban unos en los brazos de los otros diciendo: ¡ya soy catedrático! ¡ya soy...! No hacía falta esperar –en principio- a la celebración de las pruebas; desde el momento mismo en que era público el resultado del sorteo, los expertos en “matemática de las oposiciones” –pocos, pero muy respetados- podían comunicar sus pronósticos, y hasta que se terminaba la oposición el escalafón, cual gallinero, se agitaba constantemente con los augurios sobre el resultado final de las pruebas que no sólo dependía de los conocimientos sino de los “apoyos” de cada cual.

140

Pero ese viejo sistema poseía también algunas virtudes: la primera de ellas era la que se derivaba directamente de la aplicación en su desarrollo de la publicidad. En efecto, los juristas sabemos de la capital importancia de este principio; de hecho, uno de los primeros de esa naturaleza que son abolidos en las Dictaduras (y en los régimenes que lo son aunque no lo parezcan) es justamente éste: el de la publicidad. Las decisiones se comienzan a tomar en cenáculos y sanedrines, de forma oculta, y a veces por personajes desconocidos, siendo ésta una forma de contribuir a apartar el resultado de todo vestigio de objetividad (aunque el profesorado universitario está tan acostumbrado a la corrupción que no pestañeaba ante la contemplación pública de actos de prevaricación). La realización pública de las pruebas, el hacer visibles los conocimientos de los firmantes, impedía sin embargo en las antiguas oposiciones que los miembros del tribunal se apartaran absolutamente de cualquier atisbo de objetividad en la evaluación de los conocimientos de los opositores; y en todo caso, lo que tiene un extraordinario valor en “sociedades” cerradas como lo es la universitaria: todo el mundo se enteraba por experiencia directa de lo que había ocurrido, de forma que las alcaldadas, y sus

protagonistas, pasaban a ser de conocimiento público, lo que siempre ha supuesto un cierto freno a las mismas.

En segundo término la estructura de las pruebas: salvo reconocidas excepciones (que las hubo) los opositores tenían que “aguantar” seis ejercicios no infrecuentemente llenos de obstáculos, en los que había que demostrar que conocían suficientemente los rudimentos de la correspondiente materia (por eso no pocos “catedráticos *in pectore*” perdieron la oportunidad que les había brindado el “tener tribunal”, porque se “caían” durante el desarrollo de alguno de aquellos ejercicios). Es decir: podían entrar los mediocres, a veces los muy mediocres, pero difícilmente los absolutamente “analfabetos”. Incluso ese sistema permitió que represaliados por motivaciones políticas terminaran entrando en los escalafones. Además, las pruebas eran “nacionales”, con lo que no había constantemente, como está sucediendo ahora, “sorpresas localistas”, y se daba la oportunidad a que los candidatos fueran conocidos en toda España.

## 2. El sistema actual de recluta del profesorado. Las publicaciones

El vigente procedimiento de selección del profesorado ha conseguido, sin embargo, crear un verdadero constructo de defectos al optar por el sistema de acreditaciones. En primer lugar porque se ha olvidado de algo tan fundamental como evidente: las importaciones “tienen que pagar Aduana”. Es decir: no es posible importar y aplicar directamente sistemas en vigor en otros países sin hacerlos pasar previamente por la necesaria adaptación (incluso viendo si son posibles), aunque en otros lugares hubieran dado magníficos resultados. ¿Cuáles están siendo las consecuencias de la acreditación por la ANECA como sistema de selección del profesorado? (y desde luego no me voy a detener a considerar la afirmación de que la ANECA sólo acredita y que son las universidades quienes “hacen” a los catedráticos y los titulares. Esto, obviamente, no es cierto al menos desde el punto de vista material, y ello por una potísima razón: porque en nuestro corrupto sistema universitario una vez que alguien ha sido acreditado gozará en su Universidad de una convocatoria y un tribunal absolutamente tributario de sus pretensiones, lo que se considera, incluso, como un derecho por parte de los acreditados; conclusión: quien es acreditado por la ANECA ya se puede considerar –con escasas excepciones, y haciendo salvedad de la actual congelación de plazas- catedrático o titular numerario):

1<sup>a</sup>) No se ha evitado la corrupción de los órganos encargados de la selección, simplemente se ha sustituido el sujeto activo de la misma: tribunales por comisiones. Así, las recomendaciones, como es conocido, vuelan; es notoria la falta de abstención por parte de miembros de las comisiones que mantienen algo más que relación de amistad con los examinados (no infrecuentemente integrantes de la misma “escuela” o simplemente “amiguetes”, y solamente así se pueden entender una buena parte de las decisiones de esos órganos), y la ausencia de especialización de los miembros de esas comisiones es total. Ciertamente, y por lo que se refiere a este último punto, el acabado de enunciar constituye uno de los extremos más criticables del sistema. En efecto, el viejo sistema de oposiciones había consagrado el principio de especialidad en la constitución de los tribunales, todos los miembros de éste eran de la misma materia (o de las consideradas afines) que los examinados; de esa forma se garantizaba que, generalmente, conocían a los candidatos (su obra) antes de la realización de las pruebas, y que poseían algún criterio para valorar científicamente la calidad de esos aspirantes.

Actualmente, sin embargo, en una comisión que juzgue el currículum de un profesor de Derecho, lo habitual es que no haya nadie de la concreta disciplina del

aspirante (y cuando lo hay, mejor rezar para que no sea enemigo o para que, siéndolo, no actúe con la habitual mezquindad que impera en estos casos), y sólo si tiene suerte figurará algún especialista en otra materia de la misma carrera; así, en el caso de los estudios de Derecho, al civilista le juzgarán profesores de gimnasia, antropólogos, un psicólogo..., y siempre, siempre, un pedagogo o "experto" equivalente. Naturalmente alguien dirá: es que en un sistema formal como el de las acreditaciones el principio de especialidad no tiene hueco. Pues bien, nada más falso. Incluso pervirtiéndonos intelectualmente y aceptando la lógica del sistema, hay que admitir que sólo especialistas pueden valorar las publicaciones, especialmente en campos que no admiten evaluaciones meramente formales como es el caso del Derecho (al no existir algo parecido al *Journal Citation Reports* -JCR). ¿Cuál va a ser la guía del pedagogo o del psicólogo evolutivo a la hora de evaluar un trabajo jurídico o de otras carreras de letras que se encuentren en las mismas condiciones? Pues al final será, sencillamente, unas bases de datos –que para nada reflejan la calidad de los trabajos- realizadas a imitación del JCR pero que no cuentan con sus presupuestos básicos, por lo que nada pueden indicar acerca de la calidad de los artículos publicados (y hago, de momento, salvedad de las críticas que se merece la JCR, adorada como un dios por los pedagogos hispanos y fuertemente criticada en el ámbito geográfico de su creación y por algunos especialistas españoles).

En todo caso, y respecto a este último punto, hay que hacer un necesario apunte: la "cultura de la evaluación de las revistas" dirigida a su integración en bases de datos, ha forzado a que los editores de aquéllas (especialmente en el área jurídica, pero no sólo) se hayan ajustado formalmente a los que parecen ser "criterios de calidad" de las publicaciones. Es decir: en todas ellas figura un elenco de profesores universitarios, supuestamente prestigiosos, como miembros del "comité editorial"; en todas la admisión se encuentra condicionada a una evaluación llevada a cabo por un tercero anónimo; en todos los artículos figurará un *abstract*, naturalmente en inglés, acompañado de "palabras clave"; todas respetarán escrupulosamente los tiempos de publicación; etc., etc. Pero todo esto es mero "cascarón", pues la realidad material de gran parte de las revistas –más allá de la cobertura de las formas externas- es que el criterio de edición continúa siendo sustancialmente, y con las excepciones que se quiera, el mismo de siempre: los contactos personales en el correspondiente consejo de dirección.

142

Además se parte de un dato falso en las áreas acabadas de mencionar: que la publicación fundamental en todos los estudios se hace en las revistas, lo que no es necesariamente cierto. Veamos el caso de la carrera de Derecho: los libros colectivos, las monografías, los homenajes, etc., constituyen soporte tradicional de las publicaciones jurídicas. ¿Cómo evalúa un pedagogo una monografía jurídica o un trabajo publicado en un "homenaje"? Pues si conoce el sistema de medida impuesto en Europa continental, en kilos o en metros (número de páginas), si lo desconoce –lo que no es infrecuente- por lo atractivo del título (por ejemplo uno como: "El elemento subjetivo de lo injusto en los delitos de resultado cortado", no contará con ninguna oportunidad; sin embargo: "La violencia de género" o "Los retos de la regulación del aborto en España", tendrán todas las de ganar, pues los pedagogos buscan especialmente la originalidad en los temas, la novedad en el tratamiento, en definitiva, las "nuevas fronteras"), y si este último criterio no le resulta suficientemente fiable acudirá al "prestigio" de la casa editorial que haya lanzado el libro al mercado (medido, se supone, en términos de facturación anual). Todo, como se ve, "muy científico".

El problema de este sistema, aparte del obvio para cualquier intelectual y que no me va a entretener el discurso: que es contrario a la Constitución. En efecto, no

es el mérito o la capacidad del candidato lo que determina la valoración, sino unos criterios en los que no es posible reflejar la calidad científica de las obras presentadas, por lo que choca con la norma fundamental.

2<sup>a)</sup> Se ha partido del principio de que en todas las materias rigen idénticos criterios metodológicos, lo que ha llevado a la imposición del modelo de las ciencias duras para la evaluación de cualesquiera áreas. El problema consiste en que la equiparación antedicha no existe: así, el trabajo de tesis en no pocas materias de letras es de bastantes años (de muchas horas, sería más correcto decir), siempre ha sido así y no puede ser de otra manera por las características del objeto de estudio, y el forzar a que se reduzcan los tiempos de elaboración (como se ha hecho con la normativa de becarios y ayudantes) ha conducido a un empobrecimiento escandaloso en la formación de los jóvenes profesores. En las "ciencias duras", sin embargo y también por las características del objeto de estudio, las tesis tienen generalmente una corta duración, y los cultores de las respectivas materias están en condiciones, a los pocos años de terminar la correspondiente licenciatura, de realizar aportaciones no sólo interesantes sino frecuentemente muy trascendentales; por el contrario, en las carreras de letras son necesarios largos años de formación para poder llegar a un nivel simplemente "respetable". Siendo así las cosas, tal y como lo conocemos todos los universitarios, ¿cuál es la razón de que el Ministerio no haya contemplado en sus regulaciones las diferentes características de los distintos estudios? Se ignora (aunque seguramente será la incompetencia unida a la ausencia de reflexión), pero las consecuencias de todo ello están bien a la vista, los jóvenes profesores carecen cada vez más de la necesaria formación de base, o dicho de otra forma: se ha empeorado notablemente la formación de los nuevos investigadores.

143

Pero, además, los modos de trabajos tampoco son idénticos en las distintas disciplinas, en algunas lo característico es el trabajo en equipo (con una evaluación de méritos de lo producido muy particular), en otras el trabajo individual, de forma que cuando se hace en equipo todos los autores suelen ser corresponsables en la misma medida de lo producido. Y en cuanto a las publicaciones las obras más importantes en algunas materias se dan a la luz en forma de monografías o capítulos de libros colectivos, en otras, sin embargo, preferentemente en artículos de revistas.

En fin, otras muchas diferencias existen entre las materias, pero basten éstas para ilustrar cómo no es posible juzgar las obras correspondientes a tan diferentes especialidades con los mismos criterios (¡cuántas veces habrá que decir que igualdad no es lo mismo que homogeneidad!).

3<sup>a)</sup> Un buen Maestro, pensando en las resoluciones de la ANECA, tiene que dar los siguientes consejos a sus discípulos ("Guía del éxito en las evaluaciones de la ANECA. Capítulo de investigación –especialmente pensada para los profesores de Derecho") en materia de publicaciones:

a) Nunca publique la tesis a la antigua usanza, respetando su estructura, en una sola monografía ¡Eso constituye un error estratégico monumental y puede llevar a la desesperación y el fracaso a buenos universitarios! Lo que hay que hacer es trocearla, y ello por una razón elemental: con una monografía a lo máximo que se puede aspirar (en la evaluación de Titulares, y como todo va pesado y medido) es a que los evaluadores concedan 3 puntos a la obra; sin embargo si se fracciona en una monografía y varios artículos la rentabilidad puede llegar a ser muy alta; verbigracia: una monografía y tres artículos pueden llegar a "valer" 9 puntos (nunca se debe rebajar de la segmentación sugerida, aunque lo óptimo sería obtener dos

monografías y cuatro o cinco artículos). Algún puritano dirá: ¡pero de esa forma se rompe la unidad de la obra, se dificulta la comprensión y se debilita la argumentación! Cierto, pero se trata de una objeción despreciable porque, y lo repito una vez más, lo fundamental no es la calidad sino la cantidad que se expresa en puntos.

b) Con los artículos hay que aplicar el mismo criterio que en el caso de las tesis, y desde luego no hay que cometer el monumental error de publicar un trabajo voluminoso con el mismo título en dos números diferentes de la misma revista, pues los pedagogos lo computarán como uno sólo. No, lo que hay que hacer es imponerle a la segunda parte un título distinto del que ostente la primera ¡Qué más da que el objeto de estudio haya sido el mismo y que se confunda al probo lector! De esa forma en lugar de dos puntos se podrán obtener cuatro.

Hay que tener muy buen cuidado a la hora de elegir los títulos de las publicaciones. Así nunca hay que incorporar al título nada que haga deducir a los pedagogos (aunque sea falso) que se trata de un trabajo meramente expositor de jurisprudencia o sobre jurisprudencia; por lo tanto, títulos de gran tradición como: “El retracto en la expropiación forzosa: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de…”, hay que excluirlos, pues nadie ni nada será capaz de hacer entender a esos evaluadores que se trata (aunque sea verdad) de una obra de gran calado. De la misma forma hay que erradicar del título menciones que hagan sospechar al “Gran Hermano” que se trata de obras dedicadas a los prácticos del Derecho (aunque sea así); por lo tanto, títulos como: “La donación como derecho real: comentarios prácticos a la Jurisprudencia del TS”, deben quedar proscritos. Tampoco se debe incorporar al título noticia de que la publicación que sea está acompañada de anexos jurisprudenciales ¡y menos de formularios!, pues ello conducirá a que el trabajo, por más que sea de gran exquisitez, resulte calificado como un mero prontuario.

c) Si tiene que publicar un trabajo en un libro colectivo no olvide nunca que para rentabilizar esa obra es altamente conveniente repetir la publicación en una revista, pues los evaluadores suelen considerar las publicaciones colectivas “obras menores”.

d) Los artículos no deben tener menos de veinte páginas. Alguien dirá: pero lo importante es una argumentación sólida, descubrir nuevos caminos... ¡paparruchas! Lo trascendental, lo verdaderamente importante, es que cuando un pedagogo/psicólogo evolutivo caiga sobre su obra para evaluarla, y para ello acuda como criterio fundamental a comprobar cuántas páginas se han ocupado en la revista de que se trate, pueda ver que ha escrito mucho –lo que, como es sabido, manifiesta mayor profundidad de pensamiento, pues ya lo dijo el clásico: lo breve pero bueno, malo; lo malo pero largo, insuperable-. Ciertamente puede ocurrir que, en ocasiones, no tenga más que decir, que todo añadido sea reiterativo, incluso perjudicial; pues bien, en ese caso hay que incluir apéndices: de bibliografía, de textos jurídicos internacionales, de jurisprudencia –si es preciso con sentencias enteras fácilmente accesibles en cualquier base de datos, incluso desde Google-, etc. El objetivo ya lo sabe: llenar un número mínimo de páginas.

e) Los artículos deben ir acompañados, necesariamente, de notas a pie de página (o al final, si quieras hacerle las cosas más difíciles al lector o demostrar que eres “muy anglosajón”). Un trabajo, por muy brillante e innovador que sea, sin notas a pie de página será pobremente evaluado. ¡Además no cuesta tanto “meter” notas! Sólo hay que pasarse unas horas en la biblioteca (o al ordenador) para llenar un artículo de notas. Eso sí, hay que tener una precaución: que refieran obras muy

modernas, a ser posible de este siglo y por más que la idea a la que se refiera la nota provenga de un autor del siglo XIX o XX, pues más vale “citar de cita” que parecer antiguo. El resto es indiferente: el mezclar, apoyando un argumento, autores de muy diferente línea político-criminal o metodológica, obras y autores de cuarto nivel con otros del primero, trabajos y argumentos que responden a muy diferente contexto, etc. Lo fundamental es lo siguiente (y exemplifico con la literatura penal): citar trabajos en alemán (no alemanes sino en alemán), lo que constituye un clásico para los penalistas; no citar trabajos en italiano (es irrelevante que sobre la materia que se investigue haya monografías muy apreciables en esa lengua, escritas por alguno de los juristas más brillantes de la historia); introducir notas en inglés, eso es cada vez más fundamental aunque se trate de trabajos y argumentaciones absolutamente simplistas, da lo mismo; procurar no incorporar notas en francés, porque eso suele ser revelador de que el autor del trabajo es viejo y de que aprendió francés en lugar de inglés en el Instituto, lo que no está bien mirado.

Es también muy importante no perderse en disquisiciones históricas, lo esencial es ir a lo actual aunque ello suponga desconocer el porqué de las regulaciones, de las instituciones. De la misma manera hay que sustituir los aforismos latinos por otros en inglés, y si, encima, se cita a John Lennon o Lady Gaga (en sustitución de Kant o Kelsen) y se introduce un verso de alguna de sus canciones (sobre todo si es bobalicón) la modernidad del trabajo queda asegurada, y será muy apreciado por los pedagogos.

f) ¡No se le ocurra publicar una sola vez cada trabajo! Así no conseguirá llegar a la ansiada meta de la acreditación. Lo que hay que hacer es introducir modificaciones estéticas en el trabajo, por supuesto cambiar el título, modificar el formato, el orden de los epígrafes... y publicarlo en otro lugar. Con eso será bastante para que los evaluadores consideren que incorpora dos aportaciones.

g) No hay que perder el tiempo con trabajos que no sean “ANECAMENTERentables” por muy formativos que parezcan. Es decir: nada de realizar trabajos jurisprudenciales (de recopilación y exposición de líneas, por ejemplo) o legislativos, pues no se valoran. Pero en el caso de que “haya que hacerlos” convencer al Maestro que el título del trabajo no sea el tradicional: “Sección de Jurisprudencia”, sino, por ejemplo, “Obligaciones y contratos” (eso nos permitirá, además y al dividir el trabajo jurisprudencial por temáticas, lograr varias publicaciones en lugar de una sola).

h) Los puristas, los exquisitos, los intelectuales honrados no tienen nada que hacer en la “Nueva Universidad” –o el éxito únicamente lo conseguirán tras un largo tiempo de sufrimiento y zozobra. Esto viene a cuenta de lo siguiente: no se puede esperar a haber hecho una buena investigación para enviar a la revista que sea un artículo. No. Lo fundamental es publicar muchas cosas no que éstas sean de calidad. Por lo tanto, debe el Profesor universitario entregarse a la publicación de artículos que tengan más de divulgación que de serios trabajos académicos, pues semejantes “artículos” pueden ser fabricados en tres o cuatro días y, sin embargo, un buen trabajo necesitará meses o años de esfuerzo. ¡Y su carrera académica no puede esperar tanto! Necesita no menos de tres o cuatro publicaciones anuales si quiere obtener la titularidad o la cátedra en un tiempo no necesariamente demasiado largo. Por lo tanto el diseño podría ser el siguiente: uno o dos buenos artículos cada dos años, y otros cuatro o cinco artículos “periodísticos” (pero que aparenten) en el mismo plazo. De esta forma irá a seis o siete puntos por año con lo cual en un tiempo más que razonable habrá saturado la calificación correspondiente a investigación.

i) Plagie, no sea temeroso. El “pecado” no está en plagiar sino en hacerlo mal (se trata de trasladar la “cultura del pelotazo” al ámbito de la investigación universitaria), pero si usted se toma trabajo en esa tarea no necesitará gastar arduas jornadas en elaborar una teoría, en edificar un planteamiento. Basta con que sepa camuflar suficientemente bien el plagio (no lo haga literalmente pues Google le denunciará) y no ser demasiado ambicioso; es decir: no pretenda incorporar a su acervo todo el fruto del trabajo del pobre plagiado, pues no olvide que lo que persigue usted no es la gloria eterna ni el reconocimiento de la comunidad científica sino la acreditación; y a tales efectos sirve cualquier publicación aunque no sea “rompedora”. En todo caso el ser denunciado nacional e incluso internacionalmente por plagio no llevará consigo ninguna sanción, puede en ese sentido estar tranquilo pues su Universidad no levantará en ningún caso su mano contra usted.

j) No hay que especializarse en un solo tema. Es decir: si usted., en el caso de que sea penalista, ha elaborado su tesis sobre un delito contra la Administración de Justicia y la ha publicado como se indica más arriba, no debe seguir profundizando en ese mismo ilícito (aunque se trate de un aspecto no abordado en aquél primer gran trabajo de investigación, y que esa insistencia en el mismo tema le lleve a ser el experto más reconocido internacionalmente), a ser posible abandone también el ámbito de esos delitos y aborde otra temática completamente diferente, como los delitos patrimoniales o los sexuales (ya sé, ya sé que de esa forma se pierde un enorme potencial de conocimientos que podrían permitirle abordar con gran aprovechamiento otros delitos contemplados en el mismo Título del Código, pero, ¡recuerde! no se trata de publicar mejor sino más y que parezca distinto a los ojos de los no expertos). Si no sigue este consejo la, por ejemplo, Comisión de Titulares de la ANECA le acabará diciendo que no tiene una investigación “amplia” y que es reiterativo, es decir: malo; y frente a esta imputación no se admitirá justificación alguna (estos criterios son aplicados también por otras Agencias Nacionales como la CNEAI).

k) Si se quiere publicar un buen trabajo pudiera pensarse que lo sensato es que nada más terminarlo se le someta a la crítica del Maestro y de los colegas de confianza (¡cuidado con los ladrones de ideas!), para que lo examinen, lo sometan a prueba, lo discutan y hagan sugerencias. El problema, empero, de actuar así es que si los compañeros y el Maestro son concienzudos se tomarán su tiempo en leer el trabajo, formularán objeciones, harán sugerencias y nos aconsejarán que veamos éste o aquél trabajo y que consultemos tal o cual resolución judicial; todo ello nos obligará a dedicar, nuevamente, largas horas al trabajo, y, por consiguiente, demorar su publicación. ¡No! ¡Ese no es el camino adecuado para alcanzar la acreditación! Lo que debe hacer, por el contrario, es dar fin al trabajo que sea cuanto antes, y mandarlo a publicar ¡No se entretenga con controles de calidad!

l) Mate al Maestro. En el sistema de acreditación diseñado por el Ministerio no es necesario pertenecer a una Escuela, ni tener un Maestro, ni estar integrado en un grupo de investigación; puede hacérsela (la acreditación) por sí mismo, sin contar con nadie (sin aprender con nadie, sin trabajar con nadie). Con lo único que tiene que contar es con un “protector” que le abra las puertas de las revistas y de las editoriales (puede ser de otra materia, no hay problemas, incluso puede no ser universitario, da igual, lo trascendente es que tenga “contactos” en las editoriales). Los maestros, pues, no son necesarios, incluso algunos molestan porque se empeñan en que se trabaje, se aprenda, se persevere en la calidad, y eso dificulta la acreditación. Insisto en que ya sé que el conocimiento especializado se adquiere de otra manera, pero la acreditación no.

m) No hay que cometer errores a la hora de elegir editorial en la que publicar nuestras obras. Veamos: los pedagogos creen (y la normativa ANECA, por lo tanto, también) que entre las editoriales jurídicas y en otras de “letras” las hay de “reconocido prestigio”, y que en ellas resulta muy difícil publicar por que cuentan con estrictísimos expertos que chequean cada original que se envía, de modo que sólo los de mucha calidad se publican. Pues bien, no hay que sacarles de su error. Dejémosles que lo sigan creyendo. En todo caso, y en este entendido, lo que hay que evitar es publicar las obras en las editoriales de Diputaciones, Ayuntamientos, Consejerías, Ministerios u otras instancias oficiales o, simplemente, “raras”, pues si lo hacemos esa publicación valdrá nada o casi nada, por más de que se trate de una aportación fundamental (cabe una alternativa: si no se tiene más remedio que publicar en las mencionadas, “republique”). Mande su escrito, entonces, a cualquiera de las editoriales de “reconocido prestigio” que, generalmente, no plantearán problema alguno para publicar su trabajo, cualquier trabajo (especialmente si goza de un padrino no tendrá dificultad alguna, y menos si destina parte del dinero del correspondiente proyecto de I+D a pagar la edición del libro).

n) En fin, como resumen decir: la ANECA premia antes a los pillos que a los mejores.

### 3. El “buen universitario” y los proyectos de investigación

En el epígrafe anterior se ha insistido en el apartado de las publicaciones porque pareciera que este criterio debiera ser el fundamental a la hora de seleccionar al profesorado universitario. Pero ello no es así. El actual sistema parte de la idea de que lo fundamental no es ser un buen investigador sino un “buen universitario”. ¿Y quién es un “buen universitario”? Pues el que reúna las siguientes cualidades: buen investigador, buen docente y buen gestor, de acuerdo con una particular escala de valoración que convierte al joven profesor en humanista de lo inútil.

Ya hemos visto más atrás qué se entiende por “buen investigador” en las carreras de letras “no afectadas por el JCR”. Pero para ser “buen investigador” además de las publicaciones debe satisfacer el aspirante a acreditado otros ítems: son los llamados “signos externos” del buen investigador. Estos son, entre otros, los siguientes, a saber: a) Participación en proyectos de investigación (a ser posible como Investigador Principal IP); b) Estancias en “centros de investigación reconocidos”;

Antes de analizar cada uno de los criterios una consideración general: la evaluación por “signos externos” puede ser conveniente en, por ejemplo, el ámbito de la Agencia Tributaria, y ello por una razón elemental: se desconocen los resultados patrimoniales de la actividad profesional o mercantil del examinado (es decir, no se sabe cuánto gana). Sin embargo esa incógnita no es tal en el caso de la investigación, pues ahí conocemos por las publicaciones, perfectamente, cuál ha sido el resultado de la actividad investigadora. Siendo así las cosas ¿para qué acudir a signos externos? No tiene sentido, además, porque se puede terminar llegando a la paradoja de que en signos externos la calificación sea inmejorable, pero que los resultados (las publicaciones) resulten nefastos. El sistema, pues, no puede ser más absurdo y contradictorio, y sólo por esta fundamentación debería ser modificado.

Veamos criterio a criterio, no obstante y más allá de la refutación efectuada, las perversiones a las que se ha dado lugar.

a) Es evidente que el trabajo de investigación en determinadas materias precisa un gran flujo de dinero: los equipos, los materiales, las instalaciones son cada vez más caros y sofisticados, y sin contar con esos medios sencillamente no se puede hacer investigación. Esta idea, que rige en general para las ciencias duras experimentales, se ha aplicado, también, a todas las disciplinas (otra vez la uniformidad), de forma que hoy en día “no se es nadie en la Universidad” si no se tienen proyectos, si no se participa en proyectos. ¿A qué ha llevado esta cultura? Veamos, otra vez, el caso de Derecho (que es perfectamente extensible a otras materias, como la Historia, la Literatura, la Filosofía, y un largo etcétera). Generalmente (puede haber excepciones para trabajos particulares, lo sé) para laborar en las materias jurídicas no es preciso contar con ninguna financiación extraordinaria: bastan las bibliotecas y las bases de datos con las que contamos en las universidades, no hace falta nada más (así ha sido siempre). Ciertamente esta afirmación se hace partiendo de que se tienen cubiertas unas necesidades generales: mesa, silla, flexo y ordenador, sustancialmente. ¿Qué ha sucedido? ¿Por qué la fiebre de solicitudes de proyectos? Antes de contestar a estas preguntas no resulta inconveniente indicar que no pocas universidades están interesadísimas en que sus profesores ganen proyectos ¿Por qué? Pues porque en no pocos casos esos centros se están financiando (al menos temporalmente) con el dinero de tales proyectos, y porque así descargarán parte de sus “gastos generales” en el presupuesto de los proyectos (a esa finalidad otras añaden la de subir en los ranking de las universidades). Con este objetivo en algunas universidades conceden estímulos económicos únicamente a los profesores que lideran los proyectos (no a los que participan en proyectos encabezados por investigadores de otras universidades, aunque sean proyectos punteros), porque son los IP los responsables del gasto del proyecto y a cuyas universidades “viaja el dinero”

Decía que hay no pocas materias en las que no es necesario dinero alguno para desarrollar una línea de investigación, si acaso, y sólo en el supuesto de que participen investigadores de varias universidades, harán falta algunos pocos euros para celebrar las oportunas reuniones (gasto éste que en no pocos centros se cubre por los presupuestos ordinarios de los departamentos). Nada más. ¿Por qué, entonces, el ansia de resultar premiado con proyectos de I+D? Pues porque ha sido el propio Ministerio el que ha creado esa necesidad, al incluir como requisito -en no pocas de sus convocatorias y empezando por los procesos de acreditación- el “merito” de haber obtenido proyectos. La construcción de la ecuación a partir de esos datos es fácil: usted me exige que solicite financiación, aunque no la necesite, para desarrollar mi línea de investigación y acreditarme, yo pido financiación, usted me la da, pero como realmente no la necesito me inventaré gastos para emplear el dinero que usted se ha empeñado en regalarme. Es decir: se ha creado, en muchos casos artificialmente, una necesidad que está llevando frecuentemente a dilapidar los recursos públicos (por eso el principal problema que tiene el I+D en España no es de escasez de recursos, sino, en primer lugar, de gestión adecuada de los mismos).

Pero, además, de una perversión se llega a otra y a otra: así, algunos de los proyectos, y las propias universidades, han creado una complejísima burocracia para la “gestión” de aquéllos, hasta el punto de que se termina exigiendo la contratación de un “técnico del proyecto” para gestionar los mismos, técnico que acaba consumiendo en ocasiones hasta un tercio del dinero del proyecto: es decir, la locura, la locura.

¿Y cuáles son los resultados de esa labor investigadora que ha requerido tan ingentes fondos públicos? Pues en no pocos casos la publicación de un escuálido libro colectivo al que se hubiera podido llegar exactamente igual “sin Proyecto”; libro

que, en ocasiones, cuenta con algunas aportaciones “de compromiso”, es decir: la de aquéllos a los que “a lazo” se metieron en el proyecto para servirse de su currículum, y a los que a última hora se les ha reclamado su “aportación científica”, para cuya elaboración no han necesitado ni a los restantes miembros del proyecto ni proyecto alguno. A esa obra, generalmente, se le unirá algún congreso o reunión dispendiosa sin cuya celebración la comunidad científica hubiera sobrevivido sin merma ni problema alguno. Ese será todo el resultado de muchos de los proyectos que se solicitan y otorgan en algunas áreas de conocimiento; eso sí, tanto la solicitud del mismo como su tramitación estarán cubiertas por un oropel y un vocabulario insoportables.

En todo caso ¿por qué ese empeño ministerial en exigir a todo el mundo que tenga proyectos? Es la plasmación de una más que equivocada política neoliberal en materia de universidades. Es decir: cuando a alguien se le contrata (o nombra) como profesor en la Universidad, se supone que, de acuerdo con las funciones que tiene que desarrollar (docencia e investigación), se le proporcionarán los medios necesarios para el ejercicio de sus tareas; los corrientes, no los extraordinarios. Así ha de asegurarse el despacho, el mobiliario, la biblioteca, los medios informáticos, y unas cantidades mínimas para impartir conferencias o asistir a reuniones científicas (y, especialmente, a los más jóvenes lo necesario para estancias de investigación); sin toda esa dotación resulta francamente difícil desempeñar correctamente las funciones. Si esas necesidades están cubiertas, como deben estarlo, con el presupuesto ordinario ¿por qué exigir la participación en proyectos subvencionados cuando no es precisa la subvención para llevar a cabo la investigación? A veces la pregunta no tiene respuesta (porque los dichos presupuestos ordinarios existen) y en otras es una muy sencilla: porque algunos centros universitarios están desviando al presupuesto de los proyectos de I+D lo que deberían cubrir las cuentas ordinarias de la Universidad (en algunos casos se llega a condicionar la compra de un miserable ordenador o de bibliografía esencial a la existencia de un Proyecto).

La principal conclusión de todo lo dicho, y en lo que aquí importa, sería la siguiente: el “café para todos” ha llevado a distorsionar las necesidades de la actividad investigadora, de forma tal que Biología Molecular o Física Nuclear son equiparadas al Derecho Constitucional o al Latín en cuanto al diseño de las estructuras de la investigación. Ello es lo que propicia que al físico teórico y al penalista se les requieran, estructuralmente, iguales méritos para su acreditación, lo que no deja de resultar un terrible absurdo. Y sobre todo persiste la pregunta inicial: ¿qué sentido tiene evaluar la investigación de acuerdo con lo que se dice que se va a hacer (proyectos) siendo así que se poseen los resultados de lo que se ha hecho (publicaciones)?

b) Las estancias en centros de investigación como mérito *per se* constituye otra de las perversiones del sistema que ha dado lugar a inacabables perversiones a su vez. Más allá de que en las solicitudes de acreditación los evaluadores se tienen que enfrentar, en no pocas ocasiones, a alegaciones de estancias en “prestiosísimos centros de investigación” de no más de diez o quince días cuando no de un fin de semana, de forma que para determinar si se llega al mínimo exigible para ser evaluado positivamente los evaluadores han de pasar un buen rato “contando calderilla”, lo cierto es que el citado requisito ha originado –por lo absurdo de su exigencia- no pocas falsedades documentales, y no son escasos los colegas extranjeros quienes con gran generosidad están ayudando con su firma a profesores españoles a superar ese obstáculo “con nota”. Es decir: otra vez la exigencia de determinados requisitos que sí pudieran ser válidos para contratar a un ayudante, manifiestan ser perversos cuando se quieren extender sus efectos a otras categorías del profesorado.

Pero, además, no debe creerse que las estancias productivas en centros de investigación vayan a aumentarse significativamente con esta normativa; no, esas estancias afortunadamente ya se estaban llevando a cabo mucho antes de que apareciera la presente normativa referida a la acreditación. Lo que seguramente se va a incrementar –están aumentando- serán las “estancias turísticas” o curriculares amén de la “pillería” más arriba mencionada.

Por otra parte ¿cuál es el mérito, *per se*, de esas estancias cuando se trata de acreditar a alguien como profesor permanente –con la categoría que sea? Lo cierto es que los profesores que hace ya años, durante nuestra formación, realizamos estancias prolongadas en el extranjero, el “mérito” que nos trajimos fue lo que allí se aprendió, que no se materializó hasta que publicamos los resultados de las investigaciones. Por lo tanto el valor no es estar en esos centros sino haber aprendido (lo que no siempre ocurre por muchas estancias que se hayan hecho) y demostrarlo con publicaciones (aunque ciertamente esta consideración debe ser matizada en ciencias experimentales).

#### 4. La docencia ideal para los procesos de acreditación

La determinación de la bondad de la docencia impartida ha dado lugar a la creación de una verdadera “matemática de la docencia”. En su cálculo los pedagogos han agotado todo su parque y requieren una polivalencia para el profesor verdaderamente malsana, además de un aprendizaje auténticamente duro en “ciencias pedagógicas y psicoevolutivas”. Por ello es conveniente, si se quiere alcanzar la acreditación, seguir los siguientes consejos (“Guía del éxito en las evaluaciones de la ANECA. Capítulo de docencia”):

1º) Pugne, nada más terminar la carrera, por impartir clases. Claro, usted se preguntará con mucha lógica y no menos razón ¿pero qué voy a enseñar si en ese momento no sabré nada? Estos y otros interrogantes parejos deben contestarse tras establecer, lo que es una exigencia metodológica elemental, la finalidad que se persigue con ello; y ésta es, como he dejado más atrás señalado, la de acreditarse. Pues bien, si se tiene claro ese aspecto, la respuesta al problema planteado es obvia: da lo mismo, lo fundamental es que tenga usted docencia, pues de otra forma se retrasará su acreditación al no haber llegado a las horas exigidas por el órgano evaluador. ¿Y el interés del alumno? A este respecto sólo cabe decir que lo que es bueno para el Profesor no puede ser malo para los estudiantes, y si el docente no sabe aquéllos tampoco.

2º) En consonancia con lo anterior niégrese a irse a tal o cual centro del extranjero a realizar ésta o aquélla estancia larga, pues cuando vuelva resultará que no tiene las suficientes horas de docencia, y se quedará fuera de la Universidad. Deje, pues, a las “listillas” pasarse tres o cuatro años en Alemania, Inglaterra, Francia..., que volverán sabiendo más que usted pero no se acreditarán porque no tienen docencia, y esto es lo verdaderamente importante, como bien sabemos.

3º) Realice usted sus estancias en las vacaciones de verano, semana santa y navidad (y llévese al novio o a la novia para no aburrirse, o mejor aún; búsquese pareja allí y perfeccionará el idioma) mientras lleva a cabo su apresurada tesis doctoral. De esa forma, en cuatro años, habrá conseguido no sólo el mínimo de estancias en el extranjero sino también las horas de clases necesarias.

4º) Procure no tener que aceptar el ser un mero “ayudante de clases prácticas”, porque eso no atribuye docencia en la “matemática de los pedagogos para evaluar la docencia”, sino que debe pedir ser titular del grupo docente que sea

(como si nada más terminar la carrera ya lo supiese todo); y si para conseguirlo tiene que dar clases a las nueve de la noche y a las ocho de la mañana en otro centro y a cien kilómetros de su residencia, hágalo, invierta, porque de ahí saldrán muchas horas docentes.

5º) Trate de que la asignatura que imparta tenga un nombre “fashion”. Por ejemplo, si está usted en Derecho Penal evite impartir una asignatura que se llame “Derecho penal patrimonial”, y opte mejor por alguna que se denomine “Las relaciones patrimoniales intersubjetivas y su posible trascendencia criminal”. Pues cuando el psicólogo evolutivo de turno vea semejante título, caerá de espaldas, quedará admirado y valorará su experiencia docente como “de calidad”.

6º) Debe tratar, con todas las artimañas posibles incluidas las sindicales -que a estas finalidades responden bien-, de impartir docencia en muy distintos centros. Es decir: tradicionalmente los mejores profesores (salvo excepciones, que las hay y relevantes) han preferido enseñar en centros donde los alumnos estudien carreras que se identifiquen perfectamente con la asignatura que explican, y generalmente a los menos dotados o interesados se les destinaba a dictar docencia en titulaciones alejadas de la anterior. Pues bien, ese camino es equivocado: lo importante no es que la docencia gratifique más al tener alumnos más receptivos por su cercanía a la materia que se imparte, sino que “la cosa suene bien”. En ese sentido qué duda cabe que “suena mejor” impartir urbanismo en la Escuela de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos que en la Facultad Derecho (y qué decir de la Escuela de Graduados Sociales; por cierto intente que su centro cambie de nombre y en lugar de Facultad de Derecho que se llame de Ciencias Sociales y Jurídicas, suena más “boloño”), o no digamos nada de enseñar “Derecho Penal del medioambiente” en el rutilante Grado en Ingeniería Medioambiental o en Ciencias Ambientales, esa novedosa titulación de la que miles y miles de sus nuevos graduados encontrarán puestos de trabajo en España (de hecho hay centenares de empresas en lista de espera para contratar a estos nuevos licenciados).

7º) Resulta asimismo fundamental que usted no limite sus enseñanzas a la licenciatura (o grado en la nueva y “papanaítica” nomenclatura), sino que debe tener presencia, también, en postgrado y máster (más vale, a efectos de acreditaciones, una enseñanza muy diversificada que una muy centrada en la licenciatura y de alta calidad). A estos efectos no dude en implicarse en la organización de este tipo de cursos, dirigiéndolos también al mercado latinoamericano (para obtener la denominación de “internacional”), y ostentando en su gestión algún puesto burocrático/académico. No olvide que lo realmente importante no es que los cursos sean buenos, de calidad y prestigiados por su seriedad a la hora del otorgamiento del certificado de que se trate (ofrezca en el mercado latinoamericano cursos en los que a los alumnos lo único que realmente se les exija es estar el primer día y el último, cobrando a cambio un buen precio por ello –se apreciará mucho que el número de matriculados y el de egresados coincidan, pues eso será indicio de éxito escolar y altísima calidad, lo que actualmente está consiguiendo alguna Universidad española), sino que figuren en la web de su Universidad y que el Vicerrector de turno se los certifique (¡siempre hay un Vicerrector que llevarse a la boca!).

8º) Recuerde que como criterio esencial para dirimir si su docencia es de calidad se tendrán en cuenta las encuestas de los alumnos. Pues bien, a este respecto hay que admitir, por obvio, que la actitud de algunos de los viejos catedráticos era de todo punto rechazable: profesores distantes, atemorizadores, con frecuencia pequeños dioses que con mucha dificultad soportaban el contacto con adjuntos, ayudantes y estudiantes. La necesidad del cambio era, pues, evidente. Pero la tipología por la que se ha optado –la que se alienta en los cursos

que los pedagogos imparten a los jóvenes- no es la del profesor riguroso en las formas pero “cercano” en sus enseñanzas, y siempre disponible para alumnos y profesores. No, la opción ha sido en muchos casos por la caricatura. Es decir: lo importante no parece que sean los conocimientos y su transmisión sino, simplemente, hacerse querer por los estudiantes; por ello le recomiendo cuide minuciosamente su “puesta en escena”. En concreto: constituya el manejo de los medios informáticos en sus clases como un fin en sí mismos (incorporando video y audio); procúrese una vestimenta juvenil; sea acogedor en el despacho, amable y sonriente en pasillos y espacios comunes, hágase “colega” de los estudiantes, coma con ellos alguna vez y, así, verá pronto aparecer su nombre muy ensalzado en las encuestas docentes.

9º) En cuanto al contenido de su docencia...da igual. Léase un Manual la noche anterior a la clase, apréndaselo de memoria y recítelo (y si no le da tiempo a hacerlo lea literalmente el librito en clase procurando no confundirse de línea). ¡No se le ocurra dedicar mucho tiempo a preparar las clases, pues tiene que empezar a publicar desde muy joven artículos “de enjundia”! y, obviamente, no se puede hacer todo a la vez. Eso sí procure que el libro a leer en sus clases sea extranjero (emplee el traductor de Google, va bastante bien) para que los estudiantes no le “pillen” a la primera.

10º) Haga usted muchos cursillos para aprender a dar clases y conocer los nuevos métodos de la enseñanza universitaria. Aquí es donde pedagogos y psicólogos evolutivos (muchos subcontratados y con la carrera recién terminada) se encuentran a sus anchas; le enseñarán capacidad de liderazgo, estimulación precoz para estudiantes, clases gestuales y “en ausencia”, evaluaciones virtuales y paranormales, etc. Obviamente durante el desarrollo de estas clases debe esforzarse, para evitar daño cerebral irreversible, en mantener su mente en blanco y alejada de lo que oye... pero no olvide al acabar el cursillo que le firmen el correspondiente certificado y que le pongan un sello encima (de usted o del certificado, valen ambos).

11º) Dirija tesinas, trabajos fin de master, trabajos fin de grado...y hasta la limpieza en los baños de su centro, pues no olvide que lo importante es: dirigir, dirigir y dirigir. De esa forma manifestará una gran capacidad de liderazgo en la docencia, lo que es muy apreciado por las comisiones de acreditación de la ANECA.

## 5. Las publicaciones docentes

Otro de los criterios a valorar para la acreditación es la publicación de material docente. Antaño ésta era, generalmente, la consecuencia de haber alcanzado la madurez investigadora, y normalmente sólo algunos de entre los maestros se atrevían con semejante empresa. Ciertamente que en aquellos tiempos los manuales eran unos volúmenes considerables en los que se exponía la materia de manera minuciosa y como un sistema, y sólo unos pocos estaban en condiciones de afrontar esa tarea. Sin embargo, los presupuestos han cambiado dado que Boloña ha traído de la mano el simplismo a la Universidad; hoy en día los alumnos sólo reciben nociones elementalísimas de lo que se supone es un conocimiento superior, muy especializado. Por ello los manuales y apuntes los puede hacer cualquiera pues, en buena medida, no son más que programas ampliados de las asignaturas, lo que ha causado el florecimiento de una enorme cantidad de material docente –en documento electrónico o no-, y hoy en día raro es el Ayudante que no ha publicado ya su propio material (aunque buena parte de él esté desposeído de criterio y limitado a ser una acumulación de conocimientos no infrecuentemente rodeados de aseveraciones falsas y evidentes plagios). Se trata, una vez más, de un

efecto inducido por la ANECA, pues si se ofrecen “puntos de acreditación” por haber elaborado material docente, todos aquellos que deseen acreditarse tratarán de cumplir esta exigencia, al precio que sea.

## 6. La gestión universitaria

En fin, el último y definitivo criterio para considerar que es usted un “buen universitario” y por lo tanto resultar acreditado por la ANECA, es el de que usted haya participado en tareas de gestión; y es lógico que ello sea así, pues a la vista está que los mejores docentes e investigadores siempre han sido los Rectores de las universidades, ya que gestión, investigación y docencia están indisolublemente unidas (los sindicatos lo comprendieron perfectamente, y por ello impulsaron un, afortunadamente fenecido, Estatuto del Personal Docente e Investigador, para el cual los “méritos” sindicales tenían que ser considerados como, también, méritos a la hora de la acreditación). Por lo tanto el universitario que quiera triunfar en el proceso de acreditación, debe tener en cuenta lo siguiente (“Guía del éxito en las evaluaciones de la ANECA. Capítulo de gestión”):

1º) Ha de tener claro el joven universitario que tan importante es la investigación o la docencia como la gestión. Ciertamente algún defensor del sistema pudiera decir: esto no es cierto porque la gestión vale (para tal o cual acreditación) sólo diez puntos y, sin embargo, la investigación cincuenta. Pues bien, esto es cierto y falso, porque siendo así que los puntos asignados a la investigación (o a la docencia) son más que los otorgados a la gestión, también lo es que el éxito o el fracaso en la acreditación se termina “jugando” en el capítulo de “gestión”, y que el que logra los diez puntos previstos generalmente para ésta (en la acreditación para catedráticos), superará la valoración global.

153

2º) Desde el mismo momento del inicio de su carrera universitaria como becario o ayudante ha de pugnar por puestos de gestión; ciertamente que en un principio los ayudantes más antiguos no le dejarán ocuparlos, pero en ese caso debe realizar cualquier tarea burocrática aunque no sea de las que, “naturalmente”, se consideren como de las que se traducen automáticamente en puntos, porque contribuirán a crear un ambiente –trasladable a la solicitud de acreditación- de “pasión por la gestión” muy apreciado por los evaluadores de la ANECA. ¡Durante toda su carrera ha de quedar en evidencia su querencia por la burocracia!

3º) Tiene que convencer al Director del Departamento para que cree numerosos puestos de gestión: que los de Director, Subdirector y Secretario no son suficientes, y por eso hay que originar otros como los de: encargado de informática, encargado de los trabajos fin de grado (y otros más referidos a los trabajos fin de máster y de tesis doctorales), encargado de docencia, encargado de cursos de doctorado, encargado de material, encargado de biblioteca, encargado de adquisiciones, encargado de prácticas docentes, encargado de investigación, encargado de relaciones sindicales, encargado de proyectos y, sobre todo, encargado de residuos sólidos universitarios, lo que será muy útil y beneficioso para el medio ambiente intelectual. Es decir, si se es un poco “fino” puede crearse un cargo para cada uno de los miembros del Departamento; y todos contarán en la ANECA, en uno u otro casillero.

4º) Una vez establecido el nuevo organigrama hay que presionar al Rector para que los referidos puestos obtengan algún tipo de reconocimiento oficial y los certifique el Vicerrector o Secretario General de turno (aquí los sindicatos pueden ejercer perfectamente su histórica misión; lo mismo los decanos pues saben que su reelección está supeditada a que “se porten bien”).

5º) Hay que establecer convenios con los organismos oficiales donde esté ubicada la Universidad, con objeto de crear también en esas instancias (y gratuitamente, o al menos no de forma expresamente onerosa, pues de otro modo esas no “soportarían” el convenio) “módulos de asesoramiento” (la denominación es esencial, pues ha de ser, como la que se propone, “muy Boloña”) a los ciudadanos y a los administrados. Esa función y los puestos correspondientes –donde se puede meter a todo el Departamento- serán muy apreciados por los evaluadores, pues conocido es que no se puede ser buen investigador o docente si no se tiene un gran corazón (por ello, también, será muy apreciado por la ANECA que los sábados a la mañana el aspirante a acreditado desarrolle alguna labor social en comedores colectivos, residencias de ancianos, bancos de alimentos u hospitales de día).

6º) Debe recordar el joven investigador que está mejor visto el haber desempeñado puestos de gestión distintos que el haber pasado varios años en el mismo (a no ser que éste haya sido de los denominados “estatutarios”), pues de esa forma el ayudante o becario demuestra su verdadero compromiso con la gestión, amén de que también es sabido que es la variedad en los desempeños lo que confiere a estos la impronta de la calidad.

7º) El *desiderátum* consiste en desempeñar puestos retribuidos en cualquiera de las miles de administraciones públicas o institucionales que pueblan nuestro panorama organizativo público. En este sentido es irrelevante que el ayudante esté en pleno periodo de formación y necesitado de dedicar todas sus horas al aprendizaje, y es que, como se ha señalado más atrás, hay que tener claro cuál es el objetivo (el personal y aquél al que nos dirige la normativa): acreditarse. Ante semejante finalidad deben caer todos los demás dioses.

## 7. Derecho subjetivo a la Cátedra

154

El sistema de acreditación descrito ha provocado lo que era previsible: que los universitarios se desvén de su objetivo principal y se pierdan en los vericuetos de lo formal, de lo burocrático, de la mera apariencia no de la calidad. Los sistemas de aprendizaje de los profesores se han roto en muchas áreas al quebrarse la necesidad de la vinculación al Maestro, lo que junto a algún elemento positivo (es obvio que en el pasado no pocos catedráticos han tiranizado hasta el límite –e incluso más allá- a sus discípulos) tiene todos los negativos que se derivan de lanzar a los jóvenes a la formación autodidacta.

Aplicando el nuevo método de selección del profesorado se ha multiplicado en muy poco tiempo y exponencialmente el número de catedráticos, lo que no parece sensato. Hoy el adquirir la condición de catedrático se entiende como un derecho subjetivo, y de la misma forma que se ha considerado que todo español tiene derecho a ser licenciado universitario se ha entendido que todo profesor tiene derecho a ser catedrático (e insistiendo en la solicitud y en la acumulación de “méritos anecables” hasta el más burro sabe que acabará llegando a la cátedra). Ciertamente que el efecto acabado de mencionar no es algo que la ANECA haya traído de nuevas a nuestras universidades, de hecho las disposiciones de la LRU contribuyeron eficazmente a un considerable aumento de esa especie tan invasiva del medio que es el burrocatedrático; lo que ha aportado de novedoso la ANECA es la enorme capacidad de multiplicación del mismo, por lo que el daño resulta infinitamente mayor.

La categoría de catedrático, así, ha perdido, o está perdiendo, su sentido (nacional e internacionalmente), y cada vez más centenares de personas que ni en el mejor de sus sueños podrían haber imaginado llegar a ser catedrático (por

ausencia de los necesarios conocimientos) y ni siquiera a titular, hoy están ya consagradas como tales, habiéndose logrado así equiparar lo muy bueno con lo muy malo. Por eso hace poco se quiso (Estatuto del Personal Docente e Investigador) inventar “algo” que sustituyera a las viejas clasificaciones (catedrático, titular, ayudante), y así se pretendió establecer catedráticos de primera, de segunda...; es decir: resucitar lo que se había destruido previamente. Paralelamente nadie, parece, se ha planteado el por qué existen dos categorías de profesores con funciones idénticas: titulares y catedráticos, lo que sin duda alguna es producto de no tener en absoluto clara cuál debe ser la organización docente en la Universidad.

Obviamente la ANECA ha acreditado como titulares o catedráticos no sólo a personas que carecían de méritos para ocupar semejante puesto, sino también a muchos otros que sí lo merecían. Lo mismo ocurrió cuando en el año 1983 se arbitraron las llamadas “idoneidades”, y lo mismo sucederá, y ha continuado sucediendo, con otros sistemas: junto a gente muy mala ha entrado gente muy buena, a pesar del sistema (aunque también se han quedado “fuera” personas que tenían méritos, pero no pillería, más que suficientes para haber sido acreditados). El problema es que esos “malos” taponan a los “buenos” que vienen detrás, y mientras tanto pervierten todo el sistema.

## 8. Universidades públicas y privadas

Debe tenerse en cuenta, además, que la banalización de las categorías aumenta la capacidad de que estructuras universitarias intelectualmente más débiles, se acaben equiparando a las propias de las universidades públicas. Es decir, actualmente en España los centros universitarios privados – y a pesar de los esfuerzos de no pocos dirigentes político/religiosos encaminados a favorecerlos- no pueden ni siquiera comparar la calidad de su profesorado con el de las universidades públicas (y eso que la de éstas es, actualmente, bastante mala). La razón de ello es muy sencilla: el Estado dedica a la formación de sus profesores un tiempo y un dinero que los centros privados (motivados exclusivamente por el logro del beneficio económico, ideológico, religioso o político) no están dispuestos a invertir. Pero, obviamente, a medida que la calidad de los profesores de las universidades públicas disminuya, las universidades privadas se equipararán más a aquéllas, y no porque hayan subido de calidad sino porque las universidades públicas “están descendiendo a los infiernos”.

## 9. Una alternativa

¿Qué sistema alternativo se puede construir? Desde luego uno que parta de la idea que se ha expresado más atrás: la Universidad española está corrompida hasta el tuétano, por lo tanto el nuevo sistema tiene que hacerse pensando en ello y, al mismo tiempo, en cómo seleccionar a los mejores. Pero insisto, o se piensa la nueva estructura sabiendo que se va a desarrollar en un ambiente de posible corrupción o, sencillamente, fracasará. Por ello hay que construirlo evitando dar protagonismo al ocultismo, el localismo, lo meramente formal, y teniendo en cuenta que se trata de introducir el sistema menos corrupto posible no uno incorrupto porque tal cosa en España es, sencillamente, imposible.

Lo anterior reclama los siguientes principios de actuación:

1º) Publicidad. No es admisible que las resoluciones se adopten en reuniones secretas y con la participación en ellas (mediante informes u otras actuaciones) de personas de las cuales se desconoce hasta la identidad, y a las que no es posible, por tanto, recusar...en un país en el cual las abstenciones son

absolutamente extraordinarias por más que concurran en el hecho las causas legales. Así, pues, sesiones públicas con exposición también pública de los méritos.

2º) Pruebas nacionales. Las universidades españolas han demostrado suficientemente que son incapaces de articular un sistema que vaya “en busca de los mejores”, pues siempre han optado por el local...y sería mucha casualidad que el local siempre fuera el mejor. De hecho, como es conocido, sólo en circunstancias extraordinarias (o tratándose de suicidas) un “foráneo” se ha atrevido a concurrir a una prueba, y cuando los locales sabían que en ningún caso un Tribunal de Justicia sería capaz de santificar su prevaricación, han acudido, sencillamente, al procedimiento de congelar la plaza que fuera. Así, se ve, incomprensiblemente, cómo no pocas universidades carecen de las cátedras de...; y la razón es muy sencilla: los locales están esperando a que el foráneo se jubile, se aburra, renuncie a sus propósitos originarios o, sencillamente, a que los suyos “crezcan”, al menos aparentemente.

El localismo, además, se ha reforzado por el hecho de que todo joven becario se cree, y su Universidad se lo procura, con derecho a permanecer en la Facultad en la que estudió hasta que se jubile; allí le crearán la plaza de titular y allí esperará a suceder a su Maestro y, posteriormente, a que le nombren emérito. Se acabó hace tiempo el ir a ganar una plaza en otra Universidad: se muere donde se nace y no se permite a nadie ir a ocupar un puesto en corral ajeno. Éste ha sido uno de los frutos de una concepción radicalmente pervertida de la autonomía universitaria, que ha creado comportamientos absolutamente estancos con la consecuencia de que puede decirse que en España no hay una Universidad pública sino tantas universidades como centros universitarios existen; y en ellos se crean las plazas atendiendo no a las necesidades del servicio sino a las personales de sus profesores: es decir: son los empleados del servicio público los que van determinando el volumen de la plantilla de acuerdo con sus propios deseos e intereses.

Por ello resulta imprescindible acudir sólo a pruebas nacionales, todo lo que no sea eso originará corrupción y selección manipulada. Pruebas que se realizarían una vez al año como máximo.

3º) Los miembros de los tribunales han de ser, todos, seleccionados mediante sorteo entre especialistas. Cualquiera otro de los sistemas que se han intentado han fracasado cuando otorgan el predominio a los locales o les dan un peso que “a poco que salga ‘bien’ el resto del sorteo” supondrá el dominio de la oposición para la Universidad convocante. Sorteo público, pues, mediante un sistema que haga muy difícil amañar su funcionamiento, y en el que los sorteables además de poseer la categoría funcionarial necesaria tengan suficientes méritos reconocidos en esa categoría. Pero, además, debe procurarse mezclar en los tribunales profesores maduros con jóvenes y otros ya decididamente consagrados, así se conseguirá mezclar experiencia, ímpetu y ponderación.

4º) Hay que terminar con las categorías paralelas de profesores o, al menos, ponerlas limitaciones temporales y salariales. Es decir: si se opta por la carrera funcionarial sólo deben existir titulares o catedráticos funcionarios, y no también contratados como tales por las propias universidades. Porque si se hace esto último resultará que, al final, unos y otros serán equiparados (hasta en lo indefinido del “contrato”), pero mientras que en un caso ha habido una selección rigurosa por méritos objetivos, en el segundo no (o, sencillamente, se ha acudido a una farsa con pretensiones); sin embargo, ante la igualdad de funciones todos terminarán valiendo lo mismo. Con todo ello el sistema recibirá una nueva inyección de corrupción (pues

esos contratados se seleccionarán con procedimientos meramente locales) y de, aunque obviamente no en todos los casos, debilidad formativa notoria.

5º) El nuevo procedimiento podría optimizar su funcionamiento acudiendo a un sistema de filtros. Es decir: no parece que sea prescindible a estas alturas una Agencia Nacional como la CNEAI; lo que sucede es que habría que introducir modificaciones relevantes en su funcionamiento y en la composición de sus órganos, porque, evidentemente, la situación de la ciencia en España no es igual ahora que la que existía en 1989. Realizados esos ajustes (no pequeños) el reconocimiento de un número de sexenios de investigación podría constituirse en uno de esos filtros, como también otro pudiera consistir, para el acceso a cátedras, en el desempeño –salvo casos realmente excepcionales- de un determinado número de años en la categoría funcionarial anterior, etc.

6º) El número de miembros del Tribunal debería ser el necesario para evitar la constitución de mayorías fáciles de conseguir; dicho de otra forma: los tribunales de tres miembros (que han comenzado a proliferar ante la escasez de medios económicos) deberían ser en todo caso erradicadas a estos efectos, y seguramente se debería hacer lo mismo con los de cinco integrantes, siendo, pues, el número ideal el de siete miembros.

7º) La composición de las pruebas debe ser tal que permita reforzar la formación de base de los opositores y comprobarla. En otras palabras: pareciera oportuno mantener ejercicios como el antiguo primero, el consistente en un tema del programa elegido por sorteo, en otro correspondiente a investigación y en un ejercicio práctico.

En definitiva: se trata no de hacer fáciles o difíciles las correspondientes pruebas para estrechar o abrir más la puerta de entrada, sino de formular aquéllas que permitan seleccionar correcta y de la forma más objetivamente posible al mejor profesorado. En realidad se trata más que de imaginar sistemas novedosos, de arrumar con los que se han ideado para aumentar la arbitrariedad y disminuir la calidad de profesores y universidades. En este último sentido hay que pensar que o los planificadores son absolutamente incompetentes, o que se trata de un maniobra urdida para acabar con la universidad pública (de la misma forma que se está haciendo con la enseñanza primaria y secundaria o con la sanidad pública).

8º) Por supuesto que majaderías tales como valorar y cuantificar la gestión burocrática o los días que alguien ha estado en tal o cual centro de investigación, dejarían de tener peso (o el último mencionado lo poseería sólo a efectos indicativos). Lo trascendente, lo realmente importante sería la calidad de la investigación efectuada (y publicada) y la corrección en la realización de las pruebas públicas a las que será llamado el opositor. Y no debe caber duda de lo siguiente: sólo el anuncio de un cambio de sistema provocará que los universitarios que quieran hacer carrera abandonen su alentada propensión a la política de pasillo, a la ocupación e invención de puestos burocráticos, a las publicaciones absurdas (nunca se ha publicado tanto en España y jamás la mayoría de las publicaciones han sido tan malas) y a la pérdida de tiempo.

9º) El que se propugne una habilitación nacional no impide, desde luego, que posteriormente las universidades seleccionen a su profesorado de acuerdo con sus necesidades. Obviamente no se trata de que, para pasar semejante trámite, hayan de superar los candidatos una nueva oposición, sino de examinar aptitudes y características para determinar quién de entre los aspirantes se ajusta mejor a los requerimientos del centro al que se vayan a incorporar. Pero esa selección debe

hacerse mediante un procedimiento público y con toda la trasparencia (y suficiente justificación de la resolución).

Con esta propuesta, que poco innova respecto a sistemas que ya se conocían, se pretende minimizar los problemas que plantea el actual sistema. Ciertamente entre el “viejo” método y el nuevo de las acreditaciones que ha puesto a la Universidad en una caída libre de la que es casi imposible que se recupere, ha habido intentos naufragados de modificación de los procedimientos de recluta del profesorado. De entre estos últimos merece destacarse el de las “habilitaciones”, cuyo fracaso ha sido debido –a partes iguales- al rechazo que produjo entre el profesorado joven la implantación de un modo de selección que exigía un mayor esfuerzo –después de un largo período de “barra libre”- por parte de los concursantes para ganar una plaza, y también a defectos organizativos. En todo caso la consecuencia de todos estos años (desde la Ley de Reforma Universitaria de 1983) es la de la formación de un cuerpo de profesores, como colectivo, degradado, preñado de docentes a los que sólo la permisividad de la ley y la corrupción ha permitido que estén en la Universidad y que, incluso, ocupen puestos de catedráticos; con ellos, la Universidad española no tiene salida.

## 10. La autonomía universitaria

Es preciso, asimismo, poner coto a la autonomía de las universidades y a la competencia de las Autonomías en materia de educación, pues esos dos factores unidos han contribuido decididamente al actual estado ruinoso de nuestras instituciones universitarias. Los llamados “padres de la Constitución” que se equivocaron en tantos extremos a la hora de redactar la “carta magna”, lo hicieron también en estos. ¿El resultado?, pues que las universidades españolas no están ni lejanamente en condiciones de satisfacer el papel que les ha sido encomendado por la sociedad.

En materia de recluta del profesorado el pervertido ejercicio de esa autonomía ha convertido a la Universidad española justamente en lo contrario de su significado etimológico, pues en lugar de hacia lo universal ha evolucionado a lo local. Ya no hay competencia entre los mejores para integrar las plantillas universitarias, sino que se han creado escalafones locales imposibles de asaltar; en estas condiciones el empobrecimiento del saber universitario está garantizado.

## 11. La burocracia universitaria

En todo caso no sería oportuno finalizar este escrito sin aludir a la exagerada burocratización que padece la Universidad, pues continuamente el profesorado debe llenar formularios en los que, reiteradamente, ha de hacer constar las clases que da, las que no da, las conferencias impartidas, las soportadas, los seminarios a los que asiste como escuchante o también como ponente, lo mucho que innova, lo fundamentales que han sido sus aportaciones para la ciencia y lo mucho que ésta ha avanzado gracias a sus publicaciones, si sus alumnos le aman, las veces que ha sido madrina o padrino de una promoción de alumnos...agotador. Por todo lo expuesto es preciso realizar un ejercicio de liberación frente a la burocracia, permitir al profesor que se dedique a su tarea típica y acabar con esa presión administrativa que ha convertido a los docentes en incansables alimentadores de inútiles bases de datos.

## Corrupción pública

**Manuel Villoria**

Universidad Rey Juan Carlos

[manuel.villoria@urjc.es](mailto:manuel.villoria@urjc.es)

### Resumen

El texto analiza el concepto de corrupción pública desde diferentes disciplinas científicas y trata de realizar una síntesis que permita cubrir sus diferentes significados y las tipologías que conllevan. Posteriormente, repasa los más importantes retos que tiene la investigación en este campo.

### Palabras clave

Captura de políticas, teoría del principal-agente, corrupción política, administrativa, negra, gris y blanca.

159

## Public Corruption

### Abstract

This work analyzes the concept of corruption from different perspectives: law, economy, political science, ethics and sociology. It summarizes the different approaches and creates a typology. Finally, it gives an overview of the most important research challenges in this field.

### Keywords

Regulatory and policy capture, principal-agent theory, grand corruption, petty corruption, black, grey and white corruption.

La corrupción es uno de los problemas más importantes de las democracias contemporáneas. El hecho de que sea un fenómeno que ha estado vinculado siempre al ejercicio del poder no evita que, en estos momentos, su permanencia y extensión genere, como se puede ver en múltiples encuestas nacionales e internacionales, muestras de rechazo ciudadano amplias y continuadas. En suma, genera indignación ciudadana globalmente, y probablemente con más intensidad que nunca (desde las revoluciones en el mundo árabe a los "indignados" en España y otros países occidentales). El estudio de este fenómeno ha abierto bastantes retos de investigación a las ciencias sociales y jurídicas. Para empezar, el del concepto en sí, pues su polisemia genera problemas de validez en las investigaciones que no lo abordan adecuadamente (Johnston, 2005). Sobre el concepto existen textos, algunos con cientos de páginas, sólo dedicados a analizarlo (entre otros, Heidenheimer, Johnston y LeVine, 1989; Heidenheimer y Johnston, 2002; Warren, 2006). Una diferencia esencial es la de corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado. En este texto nos centraremos en la corrupción en el sector público exclusivamente. Obviamente, las dos corrupciones suelen ir unidas en la práctica.

Al análisis de la corrupción se puede llegar desde diferentes opciones conceptuales, las cuales, a su vez, se insertan en tradiciones de pensamiento y en disciplinas académicas diferenciadas. Para el derecho sería corrupta toda acción u omisión realizada por un actor público que incumpla las normas jurídicas y viole las obligaciones del cargo, con abuso de posición y la finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto. Con este concepto se puede afirmar que existe la posibilidad de corrupción sancionable por el derecho penal (para un análisis detallado ver, entre otros, Rodríguez-García *et al.*, 2005) y corrupción sancionable desde el derecho administrativo. Desde el derecho penal, la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 1/96, considera corruptas "aquellos acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se realizan por autoridad o funcionario previéndose de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad, con grave des prestigio de sus instituciones". Por ello, cuando la incidencia en el buen orden o el des prestigio institucional no alcance niveles de gravedad suficiente, podría darse el caso de que determinadas actuaciones de autoridades y funcionarios públicos, aun siendo corruptas, no conlleven responsabilidad penal. Entonces, estaríamos ante actos corruptos sancionables desde el derecho administrativo. Un ejemplo de ello sería un incumplimiento de la normativa de incompatibilidades y conflictos de interés por un ex alto cargo que, por ejemplo, a los dos meses de cesar en su cargo, pasa a trabajar con una empresa a la que adjudicó contratos durante su mandato. Todo ello no evita que sea también corrupción la acción del corruptor, bien sea como inductor o como cooperador necesario, de ahí que en la moderna definición de soborno la culpa sea tanto del que ofrece como del que recibe o que en alguna sentencia reciente se condene a actores privados por inducir a prevaricar o por cooperar en la malversación de fondos públicos<sup>1</sup>. Incluso puede sancionarse a una empresa privada que contrata a un ex alto cargo, antes de que pase la cuarentena post-empleo, con la prohibición de contratar con el sector público por un periodo de tiempo. Finalmente, es preciso aclarar que no toda conducta disciplinariamente tipificada como sancionable tendría por qué ser corrupta. Por ejemplo, llegar tarde al trabajo un día por haberse quedado dormido no puede considerarse como corrupción. Aunque, sin embargo, el absentismo continuado de un funcionario sí sería un ejemplo de actividad inmoral e, incluso corrupta, pues se abusa de unos

<sup>1</sup> Véase Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 657/2013, de 15/07/2013.

derechos posicionales –la garantía de permanencia y el derecho al cargo- para beneficio privado, y en detrimento del servicio público.

A favor de este tipo de conceptos de corrupción hay, al menos, dos tipos de argumentos. El primero, que son los únicos que permiten poner en marcha la maquinaria de la sanción estatal, y de la cooperación sancionadora internacional, y, por ello, son los más eficaces en la lucha contra la corrupción. El segundo, que delimitan claramente lo que se puede y no se puede hacer, estableciendo los criterios morales mínimos que todos deben seguir. Sin estas definiciones, todo sería posible y el relativismo paralizante dominaría todo el debate. En contra, es preciso decir que estas definiciones son demasiado estrechas y dejan fuera situaciones dignas de rechazo moral, acciones que, aunque no entran en categorías jurídicamente penalizadas, atentan contra la legitimidad de los regímenes políticos y pueden producir cambios sustanciales a medio o largo plazo en los mismos (Heidenheimer *et al.*, 1989). Así, puede que, como ocurre en numerosos países, la financiación ilegal de los partidos no sea delito, y sin embargo sea una actividad corrupta o germen de futura corrupción. En general, el problema con esta definición es que deja fuera muchas prácticas situadas en los límites de la corrupción y que, desde luego, no son éticas. Cuanto más desarrollada es una economía más posibilidades existen de favorecer a quien otorga un contrato o elabora una norma favorable sin caer en los límites de lo penalmente sancionable.

Por esta razón, desde una perspectiva ética, podemos considerar que, en el sector público, es corrupto actuar poniendo por delante los bienes externos (el dinero o el poder, sobre todo) a los bienes internos de la profesión (servir el interés general), en suma, que es corrupto abusar del cargo para beneficiarse privadamente, dado que el propio cargo de servidor público demanda servir el interés general no al particular. Es corrupta, así pues, toda acción en la que el responsable público pone por delante el interés privado sobre el interés general aunque no incumpla ninguna ley. Para Friedrich (1989), la corrupción existe cuando un responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas, es, por medios monetarios o de otra naturaleza, inducido a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien proporciona el beneficio y, por ello, dañando al público y a sus intereses. Esta definición podría incluir toda política pública o programa que se adopta o implanta considerando los intereses de sólo una parte afectada, dados los beneficios extras que esta parte puede proporcionar a los políticos o empleados públicos responsables de la decisión. Tomando como referencia este tipo de enfoque, una de las modalidades de corrupción más influyentes, rentables y dañinas consiste en la “captura de políticas”, es decir, en el control por grandes grupos de interés de áreas de políticas dentro de un Estado, de forma tal que los gobernantes no pueden –ni muchas veces quieren- formular políticas autónomamente en ese ámbito (véase, entre otros, Shafer, 1994; Benink y Schmidt, 2004). Las formas de captura son de lo más diversas, pueden consistir en: 1. El masivo apoyo mediático a los políticos que se pliegan a dichas reglas y la amenaza y calumnia a los que no lo hacen. 2. El apoyo militar por parte de Estados extranjeros a los gobernantes que ceden la explotación de riquezas naturales a empresas de dichos Estados. 3. La financiación de las campañas de todos los candidatos con posibilidades de victoria a cambio de su silencio o su apoyo a la continuidad de unas políticas ineficientes y el ataque sistemático a los que no lo hacen a través de anuncios pagados en televisión. 4. La captura de los reguladores del sistema mediante empleos muy bien pagados para cuando abandonen los órganos de regulación o mediante la financiación de su partido e, incluso, la estrategia de penetración en el sistema usando los mecanismos de reclutamiento existentes (*revolving dooors*). Recientemente, en febrero de 2009, el European Commissioner for Internal Markets and Services, Charlie McCreevy, en una conferencia en el Institute of International

and European Affairs, en Dublín, reconocía que ...*estoy convencido de que durante años ha existido demasiada captura regulatoria en el mercado de venta de los servicios financieros: sus lobbies son fuertes y poderosos.*

Los resultados de los lobbies del sector financiero son impresionantes: 1975, desregulación del New York Stock Exchange en "May Day"; 1986, desregulación del London Stock Exchange; 1992, la Directiva de la U.E. sobre actividades bancarias; 1999, anulación de la Ley Glass-Steagall. Precisamente, la ley Glass-Steagall, aprobada en 1933, al calor de la crisis financiera de 1929, pretendía evitar que los bancos estuvieran en los dos lados del mercado, haciendo banca comercial e invirtiendo, para ello exigía la separación de ambas actividades y trataba de controlar la tendencia de los bancos a hacer inversiones de riesgo y aprobar créditos a empresas insolventes en las que los bancos habían invertido, animando además a sus clientes a invertir en dichos valores. La anulación de la citada ley fue definida por Ed Yingling, el director del lobby de la American Bankers Association, como *la intervención ante el Congreso más fuertemente apoyada y más cara de toda una generación*. Efectivamente, sólo entre 1997 y 1998 el lobby bancario aportó 58 millones de dólares a candidatos al Congreso, 87 millones a partidos políticos y 163 millones más se gastaron en gastos de apoyo a la anulación de la ley, según el Center for Responsive Politics.

Desde la economía institucional, la teoría del principal-agente aporta una definición bastante semejante a la antes expuesta desde la perspectiva moral, en esta definición la corrupción es vista como el abuso por parte del agente (funcionario o gerente de una empresa) de la posición que le encarga ocupar el principal (ciudadanía o accionistas), un abuso en el que se incumple la obligación fiduciaria de velar por el interés del principal en todas las acciones, poniendo por delante el interés propio del agente (Rose-Ackerman, 1978, 2001). Lo que marca en cierto modo la diferencia con la definición anterior es la visión antropológica previa, pues en este enfoque se parte de la teoría de la elección racional, por virtud de la cual los seres humanos actúan normalmente como actores racionales que buscan maximizar sus preferencias, en suma, que son naturalmente egoístas y tratan de alcanzar sus fines sin importarles los medios, salvo que el castigo por actuar inmoralmente sea superior al posible beneficio. Para algunos autores de este enfoque, el sector público es muy propicio a este tipo de abusos, pues es difícil controlar la acción de los políticos y funcionarios –naturalmente egoístas y, por ello, tendentes a la corrupción-, sobre todo en un contexto político en el que se expande la acción gubernamental, de ahí la importancia de recortar el papel del Estado en la economía y en la sociedad. La formulación más conocida de esta teoría de economía institucional es la famosa ecuación de la corrupción de Robert Klitgaard (1988):  $C=M+D-A$ . Es decir, la corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A). Los resultados de la corrupción son un Estado que paga demasiado por sus adquisiciones y recibe demasiado poco por las privatizaciones y la adjudicación de concesiones y permisos (Rose-Ackerman, 2001: 51). Trabajar por reducir monopolios en la toma de decisiones, reducir la discrecionalidad y mejorar los controles siempre redundará en beneficios en este ámbito.

Para finalizar, algunos autores critican las aproximaciones más moralistas e introducen una concepción histórica y sociológica, vinculada a la percepción social del fenómeno. Ciertamente, el entorno político, económico y social de ciertos países africanos es muy diferente, por ejemplo, del de Estados Unidos o el Reino Unido, con lo que la aplicación de los criterios domésticos anglosajones para analizar la corrupción en dichos países introduce un sesgo que hace difícil la adecuada percepción y comprensión del fenómeno. El propio análisis histórico nos demuestra

que conductas consideradas actualmente corruptas eran perfectamente válidas en Europa occidental varios siglos atrás; así Montesquieu defendía la venta de cargos públicos sobre otros métodos de nombramiento, defensa que también realizó Bentham, basándose en que permitía a los más ricos y de clase media –frente a la aristocracia- acceder a dichos cargos. Esta aproximación al fenómeno de la corrupción nos lleva a distinguir tres tipos de corrupción: negra, gris y blanca (Heidenheimer, 1989). La corrupción negra incluye todo el conjunto de acciones condenadas como corruptas tanto por las élites morales del país correspondiente como por la ciudadanía en general; en ella suele existir una congruencia entre la ley y la opinión pública. La corrupción gris corresponde a aquella ambigua situación donde no hay consenso pleno, pero donde sectores relevantes de la población –elite moral- están a favor de la condena de este tipo de acciones por ser corruptas; suele ocurrir que existen normas que sancionen las acciones que caen dentro de la tipología y, sin embargo, la ciudadanía no rechaza abiertamente tales conductas. Un ejemplo típico es la defraudación a Hacienda en el pago de impuestos por parte de responsables públicos, abusando de su posición, en determinados países sin elevada cultura cívica. La corrupción blanca está libre de oposición fuerte por parte del conjunto de la sociedad, ni la élite ni la ciudadanía en general la condenan abiertamente, por el contrario, la toleran, aunque no totalmente, sí en alguno de sus aspectos; en este supuesto no existen leyes condenatorias de tales prácticas dada su falta de apoyo generalizado. Dicho esto, si pusiéramos ejemplos de lo que en diferentes países podría caer en cada una de las categorías, nos daríamos cuenta de que lo que en un país es corrupción negra en otro puede ser gris o, incluso, blanca.

Tras este breve análisis, sintetizando, podemos considerarla como un abuso de poder<sup>2</sup>, con un beneficio directo o indirecto para el corrupto o los grupos de que forma parte éste, con incumplimiento de normas jurídicas o de las normas éticas que una comunidad asume como válidas, y donde el actor corrupto siempre pone por delante el interés privado sobre el interés general (Villoria, 2006).

A partir de esta definición, puede haber múltiples distinciones entre unos tipos u otros de corrupción pública. Una muy importante es la distinción entre corrupción política o “grand corruption” y corrupción administrativa o “petty corruption” (Heywood, 1997; Transparency International, 2004; Villoria, 2006). La primera es la que desarrollan los representantes políticos, mientras que la segunda es la propia de los funcionarios. Cada una de estas modalidades puede darse en el nivel central del gobierno, en el nivel regional (o autonómico en nuestro caso) y/o en el nivel local, tanto en áreas de regulación como de contratación o concesión (Urquiza, 2006; Jiménez y Villoria, 2012). Normalmente, cuando hay corrupción administrativa generalizada hay también corrupción política (Pope, 2000), pues la cadena jerárquica se aplica igualmente a los negocios oscuros. Pero no tiene por qué pasar lo mismo a la inversa, es decir, puede haber corrupción política extensa y la Administración mantener niveles aceptables de integridad (Villoria y Jiménez, 2012). Otra distinción interesante es la de corrupción con daño económico al Estado y corrupción sin daño económico. En la primera, el funcionario corrupto recibe un pago del ciudadano por favorecerle, pero ello no implica daño para la Administración. Por ejemplo, un alcalde puede influir para que el necesario crecimiento urbano de un municipio se produzca en una zona donde unos promotores que le financian la campaña tienen terrenos rústicos (Jiménez, 2009). La opción es legítima y no daña a la economía local. Pero hay abuso de poder y

<sup>2</sup> Mejor abuso de poder que abuso de posición, pues las responsabilidades de la posición son modificables y están sujetas a estructuras administrativas estables que no siempre existen en la práctica.

beneficio privado. En la segunda, el funcionario también recibe el pago, pero en el beneficio privado que otorga existe daño económico al municipio. Por ejemplo, contratando unos servicios de peor calidad que otros ofertados, además de a mayor precio del normalmente exigible.

Una vez adoptado un concepto, los estudios sobre corrupción se enfrentan al menos a cuatro retos relevantes. El primero es el de la medición de la corrupción. La medición de la corrupción se ha convertido en un tema de investigación crecientemente importante (Robinson, 1998; Andersson y Heywood, 2009). En general, se puede hacer de tres formas (Solimano, 2008). En primer lugar, se puede hacer objetivamente, con base en las denuncias de corrupción y las investigaciones abiertas por el ministerio público o los jueces de instrucción; o a través de *proxies*, como el precio de los contratos sobre una serie de bienes homogéneos. En segundo lugar, a través de encuestas de percepción de corrupción a inversores nacionales y extranjeros, a expertos o a la ciudadanía en general. Finalmente, a través de encuestas (encuestas de victimización) en las que se pregunta a los ciudadanos por sus experiencias directas en el pago de sobornos o en las extorsiones que sufren de parte de funcionarios del Estado. En la actualidad hay más de quince instrumentos de medición, de manera global o regional, y muchos de ellos se han sofisticado bastante (UNDP y Global Integrity, 2008). Todos los instrumentos tienen serios defectos metodológicos o de contenido (véase, entre otros, Johnston, 2009).

El segundo reto es el relativo a las causas de la corrupción. En general, las variables que pueden afectar a la corrupción son tan numerosas que es necesario proceder a su organización por niveles o áreas de relación para sistematizarlas. Sobre el tema existen algunos estudios de revisión que logran sistematizaciones relevantes (Lambsdorff, 1999; Treisman, 2007). Los enfoques de estudio que se derivan de estas opciones también son diversos. Existen enfoques antropológicos y culturalistas (véase, entre otros, Uslaner, 2005), enfoques sociológicos, psicológicos y criminológicos (De Graaf y Huberts, 2008) y enfoques de estructuralismo económico (entre otros, Sandholtz y Koetzle, 2000), aunque priman aquellos que asumen el institucionalismo como referente, bien sea el institucionalismo histórico (por ejemplo, Vanucci, 2003), sociológico o, sobre todo, de la elección racional (véase, entre otros, Klitgaard, 1988; Rose-Ackerman, 1999; Boehm y Lambsdorff, 2009). La metodología de investigación cuantitativa prima últimamente, aun cuando estos estudios empíricos se encuentran, muy a menudo, con problemas de endogeneidad entre la corrupción y algunas de las variables que se usan para explicarla, con problemas de colinealidad entre variables y con la existencia de factores omitidos que seguramente afectan tanto a la corrupción como a las variables elegidas para explicarla (Alonso y Garcimartín, 2011). En todo caso, la hibridación actual de las ciencias sociales y jurídicas hace que el estudio de la corrupción exija cada vez más sofisticación teórica y metodológica.

El tercer reto es el del análisis de las consecuencias de la corrupción. Desde un punto de vista estructural, los efectos de la corrupción sobre el desarrollo económico, y más sobre un desarrollo económico sostenible, son demoledores (Rose-Ackerman, 1978, 2001; Mauro, 1995; Wei, 1997; Ades y Di Tella, 1997; Della Porta y Vannucci, 1997; Hodgson y Jiang, 2007). También influye negativamente en el desarrollo de instituciones incentivadoras de equilibrios eficientes y equitativos (Della Porta, 2000). En general, la corrupción afecta negativamente al funcionamiento de la democracia y el Estado de Derecho pues daña la igualdad política y el bien común (Warren, 2006). Algunas investigaciones señalan a la corrupción como una de las variables causales de la desafección, pues erosiona la confianza en el gobierno y la legitimidad de las instituciones políticas (Pharr y Putnam, 2000; Bowler y Karp, 2004). Finalmente, también desde una perspectiva

estructural, la corrupción genera mal capital social (Levi, 1996), es decir, genera todo un conjunto de redes opacas y oscuras, con sus prácticas clientelares (Caciagli, 2009; Charron y Lapuente, 2011), que tienen por objetivo el abuso de los fondos públicos, la adquisición de privilegios indebidos y la generación de unas reglas del juego que aseguran el funcionamiento de la actividad delictiva sin denuncias ni filtraciones. En suma, cuando se habla de fracasos en políticas económicas y sociales la corrupción suele estar detrás (Malem, 2002: 173 ss.). Esta idea ha estado en la base de toda la estrategia de gobernabilidad de distintos organismos financieros internacionales últimamente, es decir, la corrupción impide el desarrollo porque impide gobernar eficaz y eficientemente, es por ello uno de los mayores obstáculos al avance económico y social.

El último reto es el de diseñar instituciones efectivas para luchar contra la corrupción (Rothstein, 2011). Una política integral de lucha contra la corrupción incorpora medidas preventivas y represivas, exige un adecuado diseño holístico y una estrategia coherente de prevención, detección, investigación y sanción (Pope, 1999, 2000; Huberts, Anecharico y Six, 2008; OCDE, 2009).

### Bibliografía

165

ADES, A. y DI TELLA, R. (1997), "The New Economics of Corruption: A Survey and Some New Results", *Political Studies*, Vol. 45, Núm. 3, pp. 496–516.

ALONSO, J.A. y GARCIMARTÍN, C. (2011), "Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura", en ALONSO, J.A. y MULAS-GRANADOS, C., *Corrupción, cohesión social y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México.

ANDERSSON, P.S. y HEYWOOD, P. (2009), "The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International's Approach to Measuring Corruption", *Political Studies*, Vol. 57, Núm. 4, pp. 746–767.

BENINK, H. y SCHMIDT, R. (2004), "Europe's single market for financial services: Views by the European Shadow Financial Regulatory Committee", *Journal of Financial Stability*, Núm. 1, pp. 157-198.

BOEHM, F. y LAMBSDORFF, J.G. (2009), "Corrupción y anti corrupción: una perspectiva neo-institucional", *Revista de Economía Institucional*, Vol. 11, Núm. 21, pp. 45-72.

BOWLER, S. y KARP, J.A. (2004), "Politicians, scandals, and trust in government", *Political Behavior*, Vol. 26, Núm 3, pp. 271-287.

CACIAGLI, M. (2009), *Il clientelismo político. Passato, presente e futuro*, Di Girolamo, Trapani.

CASTELLS, M. (2010), *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Madrid.

CHARRON, N. y LAPUENTE, V. (2011), Why Do Some Regions in Europe Have Higher Quality of Government?, *QoG Working Paper Series*. Disponible en línea: [http://www.sahlgrenska.gu.se/digitalAssets/1357/1357846\\_2011\\_1\\_charron\\_lapuente.pdf](http://www.sahlgrenska.gu.se/digitalAssets/1357/1357846_2011_1_charron_lapuente.pdf). Revisado el 23 de julio de 2013.

DE GRAAF, G. y HUBERTS, L.W.J.C. (2008), "Portraying the Nature of Corruption Using an Explorative Case Study Design", *Public Administration Review*, Vol. 68, Núm. 4, pp. 640-653.

DELLA PORTA, D. (2000), "Social capital, beliefs in government and political corruption", en PHARR, S. y PUTNAM, R. (eds.), *Disaffected Democracies*, Princeton University Press, Princeton.

DELLA PORTA, D. y VANUCCI, A. (1997), "The 'Perverse Effects' of Political Corruption", en HEYWOOD, P. (ed.), *Political Corruption*, Blackwell, Oxford.

FRIEDRICH, C.J. (1989), "Corruption Concepts in Historical Perspective", en HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSON, M., LEVINE, V.T. (eds.), *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick.

GERRING, J., y THACKER, S.C. (2005), "Do neoliberal policies deter political corruption?" *International Organization*, Núm. 59, pp. 233-254.

HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSON, M. y LEVINE, V.T. (1989), *Political corruption: A Handbook*, Transaction Publishers, New Brunswick.

HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSON, M. (2002), *Political corruption: concepts and contexts*, Transaction Publishers, New Brunswick.

HEYWOOD, P. (1997), *Political Corruption*, Blackwell, Oxford.

HEYWOOD, P. (2007), "Corruption in contemporary Spain", *Political Science & Politics*, Vol. 40, Núm. 4, pp. 695-699.

HODGSON, G.M., y JIANG, S. (2007), "The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective", *Journal of Economic Issues*, Vol. 41, Núm 4, pp. 1043-1061.

HUBERTS, L., ANECHIARICO, F. y SIX, F. (2008), *Local Integrity Systems*, BJU Legal Publishers, The Hague.

JIMÉNEZ, F. (2009), "Building Boom and Political Corruption in Spain", *South European Society and Politics*, Vol. 14, Núm. 3, pp. 255-272.

JIMÉNEZ, F. y VILLORIA, M. (2012), "Political Finance, Urban Development and Political Corruption in Spain", en MENDILLOW, J. (ed.), *Public Funding of Political Competition and the Future of Democracy*, Lexington Books, Nueva York, pp. 115-136.

JOHNSTON, M. (2005), *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.

JOHNSTON, M. (2009), *Components of Integrity: Data and Benchmarks for Tracking Trends in Government*, GOV/PGC/GF 2, OCDE, París.

KLITGAARD, R. (1988), *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley.

LAMBSDORFF, J.G. (1999), *Corruption in empirical research - a Review*. 9<sup>th</sup> International Anti-Corruption Conference. Disponible en línea: [http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/d2ws1\\_jglambsdorff.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/d2ws1_jglambsdorff.pdf). Revisado el 23 de julio de 2013.

LAMBSDORFF, J.G. (2002), "Making Corrupt Deals: Contracting in the Shadow of the Law", *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 48, pp. 221-241.

LEVI, M. (1996), "Social and Unsocial Capital: A Review Essay of Robert Putnam's Making Democracy Work", *Politics and Society*, Vol. 24, pp 45-55.

MALEM, J. (2002), *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona.

MAURO, P. (1995), "Corruption and Growth", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. CX, Núm. 3, pp. 681-712.

MORRIS, S.D. y KLESNER, J.L. (2010), "Corruption and trust: Theoretical considerations and evidence from Mexico", *Comparative Political Studies*, Vol. 43, Núm. 10, pp. 1258-1285.

OCDE (2009), *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes and Structures and Conditions for Implementation*, GOV/PGC/GF 1, Governance, OCDE, París.

PHARR, S.J. y PUTNAM, R.D. (2000), *Disaffected Democracies*, Princeton University Press, Princeton.

POPE, J. (1999), "Elements of a Successful Anticorruption Strategy", en STAPENHURTS, R. y KPUNDEH, S.J. (eds.), *Curbing corruption: toward a model for building national integrity*, The World Bank, Washington.

POPE, J. (2000), *Confronting corruption: the elements of a national integrity system*, TI Sourcebook, Transparency International, Berlín.

ROBINSON, M. (1998), "Corruption and Development", *The European Journal of Development Research*, Vol. 10, Núm. 1, pp. 1-14.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CAPARRÓS, E.F. y CONTRERAS ALFARO, L. (coords.) (2005), *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, LexisNexis, Santiago de Chile.

ROSE-ACKERMAN, S. (1978), *Corruption: A Study in Political Economy*, Academic Press, Nueva York.

ROSE-ACKERMAN, S. (1999), *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge.

ROSE-ACKERMAN, S. (2001), *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI de España, Madrid.

ROTHSTEIN, B. (2011), *The Quality of Government*, The University of Chicago Press, Chicago.

SANDHOLTZ, W. y KOETZLE, W. (2000), "Accounting for Corruption: Economic Structure, Democracy and Trade", *International studies quarterly*, Vol. 44, Núm. 1, pp. 31-50.

SHAFER, M. (1994), *Winners and Losers. How Sectors Shape the Developmental Prospects of States*, Cornell University Press, Ithaca.

SOLIMANO, A. (2008), "La corrupción: motivaciones individuales, fallas del Estado y desarrollo", en SOLIMANO, A. TANZI, V. Y DEL SOLAR, F., *Las Termitas del estado*, Fondo de Cultura Económica-CIGLOB, Santiago de Chile.

TANZI, V. (2008), "La corrupción y la actividad económica", en SOLIMANO, A., TANZI, V. y DEL SOLAR, F., *Las Termitas del estado*, Fondo de Cultura Económica-CIGLOB, Santiago de Chile.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2004), *Global Corruption Report*, Transparency International, Berlin.

TREISMAN, D. (2007), "What Have We Learned About the Causes of Corruption From Ten Years of Cross-national Empirical Research", *Annual Review of Political Science*, Vol. 10, pp. 211-44.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM AND GLOBAL INTEGRITY (2008), *A User's Guide to Measuring Corruption*, UNDP Oslo Governance Center, Oslo. Disponible en línea: <http://www.lulu.com/content/2523351>. Revisado el 3 de marzo 2012.

URQUIZA, J.M. (2006), *Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla*, Almuzara, Córdoba.

USLANER, E.M. (2005), "The bulging pocket and the rule of law: corruption, inequality and trust", *Conference: The Quality of Government: What It Is, How to Get It, Why it Matters*. Noviembre 17-19, Göteborg.

VANUCCI, A. (2003), "La corrupción en los sistemas políticos democráticos. Algunas notas para un análisis comparado", en CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (coords), *Poder, derecho y corrupción*, IFE, ITAM, Siglo XXI eds., México.

VILLORIA, M. (2006), *La corrupción política*, Síntesis, Madrid.

VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012), "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Núm. 138, pp. 109-134.

WARREN, M.E. (2006), "Political Corruption as Duplicitous Exclusion", *PS: Political Science & Politics*, Núm. 39, pp. 803-807.

WEI, S.J. (1997), "How Taxing is Corruption on International Investors", *Working Paper nº 6030*, National Bureau of Economic Research, Cambridge.

## Estado de Derecho

**Rodrigo Uprimny**

Universidad Nacional de Colombia

[ruprimny@yahoo.com](mailto:ruprimny@yahoo.com)

### Resumen

El concepto de Estado de derecho es complejo pues ha sido abordado de distinta forma por distintos autores y por diversas tradiciones jurídicas. Así, el Common Law habla del “Rule of Law” y en el derecho continental se prefieren las expresiones francesas de “Etat de droit” o alemana de “Staatsrecht”, sin que se trate de conceptos totalmente equivalentes. El autor opta entonces por presentar distintos entendimientos del Estado de derecho, desde nociones más formales y minimalistas hasta conceptos más robustos, que incluyen una dimensión sustantiva de éste. El examen de esos diversos entendimientos permite analizar las complejas relaciones entre Estado de derecho y democracia, y proponer una noción básica que incluya los elementos fundamentales que hoy parecen imprescindibles al concepto contemporáneo de Estado de derecho, como la sumisión a la ley y la separación de poderes. Existirían, además, formas de Estado de derecho con adjetivo, como el Estado de derecho legislativo, el Estado de derecho constitucional, el Estado democrático de derecho y Estado social de derecho.

168

### Palabras clave

Estado de derecho, Rule of Law, democracia, Estado de derecho legislativo, Estado social de derecho, Estado democrático de derecho, Estado de derecho constitucional.

## Rule of Law

### Abstract

The concept of Rule of Law is a very complex one as it has been approached in different ways by different authors and by different legal traditions. In Common Law we speak of “Rule of Law” whereas in Continental Law we had other expressions, as the French one “Etat de droit” or the German one “Staatsrecht”. But in fact these expressions are not entirely equivalent. The author presents then different notions of Rule of Law; they go from more formal and minimalist one to others that are more robust and incorporate a material dimension of the Rule of Law. The exam of these different notions and the relationships between democracy and Rule of Law allows us to build a basic notion of Rule of Law, based on the basic elements that nowadays seem necessary to this notion, as the principle of legality or the separation of powers. And then we can add “adjectives” to qualify this basic notion of Rule of Law in order to distinguish between different forms of Rule of Law, as the “Estado de derecho legislativo” or the “Estado de derecho constitucional” or “Estado social de derecho”

### Keywords

Rule of Law, Etat de droit, Estado de derecho, “Estado de derecho legislativo”, “Estado de derecho constitucional”, “Estado social de derecho”.

## 1. Introducción

Es difícil definir el Estado de derecho porque no sólo es un concepto cuya invocación despierta fuertes emociones y adhesiones, pues se le considera un elemento institucional esencial para la garantía de la libertad, los derechos humanos y la democracia, sino además por cuanto ha sido abordado por muchos teóricos con significados no siempre coincidentes. Muchos autores distinguen entonces entre tradiciones diversas con entendimientos muy distintos de esta categoría (Fallon, 1997: 21 ss.; Fletcher, 1996: 11 ss., Díaz, 1974: 95 ss.). Eso no significa que estemos empero frente a una categoría semánticamente vacía, pues es posible identificar unos elementos esenciales que la definen. Sin embargo, la polisemia y fuerte carga valorativa de esta noción obligan a proceder con cautela y explican la estructura del presente análisis.

El Estado de derecho remite en general a una idea básica común, que es la noción de imperio de la ley, esto es, al esfuerzo por controlar y al mismo tiempo legitimar el poder del Estado por medio del derecho. Pero esa idea ha recibido formulaciones muy diversas. Incluso algunos sólo hablan de Estado de derecho con cualificaciones precisas, por ejemplo para distinguir entre Estado liberal de derecho, Estado social de derecho y Estado democrático de derecho (Díaz, 1974), o para diferenciar entre una visión más histórica, formalista, procesal o sustantiva del Estado de derecho legislativo (Fallon, 1997: 11 ss.). Podemos pues hablar de visiones de distinta intensidad de la noción de Estado de derecho, unas son más modestas y otras más robustas; algunas recurren a criterios más formales y otras a elementos más valorativos y sustantivos. El texto desarrolla entonces progresivamente una tipología que engloba los entendimientos más usuales de la noción de Estado de derecho, partiendo de aquellas concepciones que consideran que es un concepto tautológico y vacío, como Kelsen, hasta otras visiones que defienden una concepción muy densa normativamente de Estado de derecho, como Ferrajoli. No seguiremos entonces ciertas presentaciones, con énfasis histórico, que distinguen entre Estado liberal de derecho y Estado social de derecho, que son pertinentes para mostrar los cambios del Estado de derecho, pero que parecen menos útiles para definir el Estado de derecho como tal. Este examen tipológico nos permitirá entonces mostrar las discutidas relaciones entre Estado de derecho y democracia y los vínculos de dichos entendimientos con las dos tradiciones dominantes en este campo, a saber: la anglosajona del “Rule of Law” y la continental del “Rechtsstaat”. La discusión conceptual y el análisis comparado permitirán entonces establecer los elementos básicos de una posible definición contemporánea de Estado de derecho.

## 2. Una noción vacía: el Estado de derecho como tautología

Una visión escéptica frente a la idea de Estado de derecho fue planteada por Kelsen, para quien todo Estado tiene que expresarse a través de un orden jurídico y la eficacia de todo orden jurídico requiere de un Estado que la sustente. En ese sentido, el Estado y el derecho son para este autor el mismo fenómeno, pero visto desde ópticas diversas, por lo cual la noción de Estado de derecho sería una tautología y estaría desprovista de contenido, pues todo Estado, incluso el Estado nazi, sería en cierta forma un Estado de derecho (en el capítulo XII, e) de Kelsen, 1996: 196), al menos desde el punto de vista formal de una teoría jurídica positivista, como la de este autor.

Esta provocadora tesis kelseniana no ha sido muy aceptada en los debates constitucionales, pues parece contraria al contenido básico al cual remite esta noción como ideal político, que es la pretensión de que el ejercicio del poder estatal no sea arbitrario sino que esté regulado y limitado por el derecho a fin de asegurar la libertad y los derechos de las personas. La visión kelseniana, en cambio, no permitiría distinguir entre un Estado arbitrario y totalitario, que no respeta su propia legalidad y desconoce los derechos de las personas, y un Estado, usualmente asociado a la idea de Estado de derecho, que se comporta conforme a sus leyes y respeta la libertad de los ciudadanos. Por ello frente a esa visión vacía kelseniana, se han desarrollado otras concepciones que le confieren un mayor contenido normativo a la idea de Estado de derecho.

### **3. Una noción minimalista y básica: La tradición del Rechtsstaat y el Estado de derecho como gobierno de leyes o Estado de derecho legislativo**

Las concepciones normativas sobre el Estado de derecho se estructuran a partir de la distinción desarrollada desde la filosofía clásica, por autores como Aristóteles, entre gobierno de leyes y gobierno de personas (III, 15-16). Conforme a esta visión, el Estado de derecho es esencialmente un tipo de Estado gobernado por leyes, en donde todas las autoridades deben respetar y cumplir esas normas generales, que deben haber sido previamente promulgadas. El comportamiento de las autoridades de este Estado de leyes sería entonces menos arbitrario y más previsible, lo cual incrementaría la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos, puesto que todos los funcionarios deben acatar esas normas generales.

Esta visión, que podría ser calificada como Estado de derecho formal o legislativo, corresponde, según ciertos análisis históricos, a la tradición continental del “Rechtsstaat”, desarrollada por las visiones jurídicas alemanas, o del “Etat de droit” francés (Matteucci, 1983: 251). Representa un avance significativo en la sumisión del Estado al derecho pues no sólo se exige que las autoridades se sometan a las leyes sino que además dichas leyes tengan ciertos requisitos formales, como la generalidad y la promulgación previa. El Estado de derecho ya no es sólo, según la conocida distinción de Bobbio, un gobierno en donde las autoridades están sometidas al derecho, esto es, un gobierno *sub lege*, sino en donde además el gobierno debe actuar con base en leyes públicas y generales, esto es un gobierno *per leges* (Bobbio, 1994: 124). Y estas virtudes formales del carácter previo y general de la ley implican, por usar la conocida expresión de Fuller, una moralidad interna del Estado de derecho, que tiene efectos importantes para asegurar que el comportamiento de las autoridades sea previsible y no arbitrario.

Esta visión, a pesar de ser puramente formal, implica entonces una limitación considerable del Estado por el derecho, pues todas las autoridades se someten a la ley general, usualmente promulgada por un órgano de origen democrático como el parlamento, pero que podrían también ser establecidas por una institución que no tenga obligatoriamente ese origen. El Estado de derecho, en esta visión, no es obligatoriamente democrático.

Este tipo de aproximación al Estado de derecho implica entonces que existan órganos capaces de asegurar el respeto a la legalidad y por ello presuponen una cierta separación de poderes pues debe existir independencia judicial, a fin de que los jueces puedan controlar la efectiva sumisión de las autoridades a la legalidad.

Las virtudes de este Estado de derecho formal distan entonces de ser menores y por ello algunos autores han limitado su visión del Estado de derecho a esas características formales que debe tener el ejercicio del poder estatal en una

sociedad para que podamos hablar de Estado de derecho. La idea esencial es entonces que el comportamiento de las autoridades esté gobernado en forma estricta por reglas generales previamente establecidas. Esto supone entonces que las leyes no sean retroactivas, sean públicas, estables, claras, y hayan sido establecidas por un procedimiento igualmente conocido y estable; debe además existir un poder judicial independiente con capacidad de asegurar el respeto a esas leyes y otorgar remedios a aquellos particulares que han sufrido por comportamientos ilegales de las autoridades. Las formas del Estado formal de derecho tienen entonces implicaciones sustantivas en el control de la arbitrariedad.

A pesar de sus potencialidades, el Estado formal de derecho tiene también limitaciones importantes, por cuanto sólo establece restricciones formales a las autoridades. Los funcionarios deben respetar la legalidad, que debe tener cierta generalidad y haber sido previamente promulgada, pero puede tratarse de cualquier legalidad, ya que dicha visión no dice nada acerca del contenido mismo de esas normas generales. Por consiguiente, un Estado que establezca reglas y derechos distintos pero generales para personas que pertenecen a distintas razas, o que autorice la tortura en determinadas circunstancias, y en donde las autoridades respeten y apliquen rigurosamente ese tipo de reglas, sería un Estado de derecho, conforme a esta visión básica. Esta conclusión parece inapropiada y muy limitada frente al entendimiento usual de Estado de derecho, que remite a una cierta idea de régimen justo.

De otro lado, esta visión formal del Estado de derecho supone que existe un órgano soberano de producción normativa –sea éste el monarca en el Antiguo Régimen o sea éste el parlamento en las democracias representativas modernas– que promulga las leyes sin limitaciones de contenido. Este legislador sigue siendo entonces un órgano soberano, esto es, sin ataduras jurídicas, lo cual parece también contrario a la pretensión esencial del Estado de derecho, que es la sumisión de todas las autoridades al imperio del derecho.

Por todo lo anterior, frente a esta visión formal de Estado de derecho, se han desarrollado concepciones más robustas normativamente sobre su significado, que incluyen la garantía de los derechos humanos como uno de sus elementos esenciales.

#### **4. Una noción más sustantiva y robusta: Gobierno de leyes, garantía de derecho y la tradición del Rule of Law y del constitucionalismo liberal**

Estas concepciones más robustas no abandonan la idea del gobierno de leyes, ni principios esenciales como la separación de poderes o el propio principio de legalidad. Sin embargo, añaden a esa visión una idea básica y es que esas leyes generales deben a su vez respetar unos criterios mínimos de justicia, usualmente asociados al respeto y garantía de los derechos humanos. Esta visión más robusta del Estado de derecho se encuentra entonces íntimamente asociada a la idea de gobierno limitado y Estado constitucional de derecho, ya que la ley debe respetar los límites impuestos por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Una distinción fundamental entre la visión débil, o de Estado de derecho formal o legislativo, y la visión robusta o de Estado de derecho constitucional, tiene entonces que ver con la relación entre los derechos fundamentales y la ley, que es distinta en ambos casos. En forma sintética, y según la exitosa formulación del jurista alemán Herbert Kruger, mientras que en el Estado de derecho legislativo, los derechos fundamentales sólo tienen validez en el marco de la ley, en el Estado constitucional de derecho, en cambio, la ley sólo vale en el ámbito de los derechos

fundamentales (Citado por Nogueira Alcalá, 2005: 15). Esto significa que en la versión débil de Estado de derecho, el respeto y garantía de los derechos fundamentales depende de que hayan sido reconocidos y desarrollados por la ley, por cuanto el parlamento y la ley son considerados los principales garantes de la libertad y los derechos; en cambio, en la visión constitucional y robusta de Estado de derecho, la validez de la ley está subordinada al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son considerados normas vinculantes y directamente aplicables. Y por ello debe existir alguna forma de control judicial de constitucionalidad, a fin de que una autoridad judicial independiente pueda controlar que la ley no viole esos derechos fundamentales.

Según algunos autores, esta visión más robusta hunde sus raíces históricas en la idea del “Rule of Law” desarrollada en la tradición del viejo Common Law inglés, tal y como éste fue posteriormente teorizado por autores como Albert Dicey en el Siglo XIX (Dicey, 1959: 184-205). La tesis esencial es que en esta tradición del “Rule of Law” anglosajón, el desarrollo de los derechos constitucionales no fue tanto una obra de la legislación parlamentaria sino un efecto de la labor reconstructiva de los jueces. La constitución positiva, en esta perspectiva, no es más que la formalización o el efecto de los derechos individuales, *tal y como son definidos y protegidos por las cortes* (*Ibíd.*: 203). Esa visión del Rule of Law se proyectó al constitucionalismo estadounidense, que incorporó ciertos derechos en la constitución como límites al poder legislativo y confirió a los jueces la facultad de invalidar las leyes que desconocieran los mandatos constitucionales, y en especial los derechos constitucionales.

Independientemente de si esta caracterización histórica es o no cierta, es indudable que esta visión de Estado constitucional de derecho, que no es puramente formal sino que incorpora un catálogo de derecho fundamentales que debe ser acatado por la ley, implica cambios profundos puesto que supone el reconocimiento de que las leyes deben respetar ciertos contenidos, pues no pueden violar los derechos constitucionales, por lo cual deben existir formas de justicia constitucional para asegurar que las mayorías legislativas no violen dichos derechos.

172

## 5. Tensiones y complementariedades entre Estado de derecho y democracia: hacia el Estado democrático de derecho

La relación entre Estado de derecho y democracia ha sido compleja, tanto a nivel teórico como práctico, y corresponde en parte a las tensiones y complementariedades que se dieron en el Siglo XIX europeo entre la democracia y el liberalismo clásico.

En principio, tanto una visión minimalista de Estado de derecho como la más sustantiva presentada en el punto anterior son compatibles con una forma de gobierno no democrática. Una monarquía constitucional o un régimen aristocrático podrían ser un Estado de derecho, sin ser un régimen democrático; supongamos por ejemplo que las leyes generales no tienen origen democrático pues son elaboradas por un cuerpo aristocrático no electo; no habría democracia pero habría un Estado de derecho, según las visiones presentadas anteriormente, en la medida en que esas leyes generales y abstractas respetaran los derechos individuales y existieran jueces independientes que las aplicaran imparcialmente.

A su vez, es posible pensar en formas democráticas de gobierno que no respeten el Estado de derecho; supongamos un legislador de origen democrático pero que viole los derechos individuales, que son un elemento esencial del Estado de derecho en la visión robusta explicada anteriormente.

VOCES

Estas tensiones entre democracia y Estado de derecho son explicables pues son conceptos que se refieren a fenómenos distintos: la idea democrática aparece más asociada al origen del poder político, mientras que el Estado de derecho parece referirse más a su ejercicio legal y a sus límites. Incluso puede decirse que en su versión más radical, estas categorías entran en tensión y pueden ser opuestas pues la democracia, en la medida en que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado. Y por ello no es extraño que algunas visiones radicales de la democracia hayan visto en los ideales del Estado de derecho una limitación inaceptable a la soberanía popular, mientras que algunos defensores del Estado de derecho y del constitucionalismo hayan expresado sus temores frente a los posibles excesos del gobierno de las mayorías.

A pesar de esas tensiones y diferencias, también existen complementariedades profundas entre el Estado de derecho y la democracia, como lo han mostrado con argumentaciones distintas, pero semejantes, autores como Bobbio, Ferrajoli o Habermas. De un lado, el Estado de derecho aparece en cierta forma como un requisito necesario para que exista una democracia genuina, pues los derechos humanos son en cierta forma los presupuestos de la democracia y éstos sólo están efectivamente protegidos en un Estado de derecho. De otro lado, la democratización del orden político parece necesaria para realizar los propios ideales del Estado de derecho, pues la legitimidad de la ley aparece asociada modernamente, al menos en parte, a su origen democrático y la democracia ha demostrado ser el régimen político que mejor asegura los derechos humanos. Por eso el origen democrático de la ley y la universalización de los derechos políticos se convirtieron progresivamente en elementos esenciales de la concepción moderna del Estado de derecho.

173

Hoy sólo parece tener sentido, entonces, un Estado de derecho que sea democrático y las democracias asumen al Estado de derecho como su forma institucional y jurídica. Es pues legítimo concluir que el Estado democrático de derecho es el genuino Estado de derecho. Sin embargo, eso no significa que las tensiones entre democracia y Estado de derecho hayan desaparecido. Por ejemplo, la existencia de formas de justicia constitucional, para asegurar la protección de los derechos humanos frente a excesos del legislador democrático, genera nuevos debates sobre la relación entre ese Estado de derecho, denso en derechos fundamentales, y la democracia, puesto que implica un inevitable desplazamiento de poder decisorio del parlamento a los jueces constitucionales. Para algunos, ese traslado ha implicado un debilitamiento de la democracia y una perjudicial judicialización de la política, mientras que para otros es una consecuencia necesaria de tomar en serio los derechos fundamentales como garantías de la dignidad humana y presupuestos del propio proceso democrático.

## 6. Una noción fuertísima: el reconocimiento y garantía de todos los derechos humanos en el Estado social y democrático de derecho

En el siglo XX, el Estado constitucional y democrático de derecho experimentó un nuevo desarrollo pues a los tradicionales derechos civiles y políticos, que implican esencial, aunque no exclusivamente, obligaciones de abstención para el Estado, se sumaron los derechos sociales, como la educación o la salud, que suponen prestaciones positivas de parte de las autoridades.

La incorporación de estos derechos sociales implicó así el paso de un Estado de derecho liberal, que sólo establecía límites a las autoridades para proteger la libertad individual, a un Estado social de derecho, que impone obligaciones al Estado, a fin de lograr la satisfacción de las necesidades materiales de los

ciudadanos. Estamos entonces frente a una concepción aún más exigente normativamente de Estado de derecho. En efecto, si el Estado liberal implicaba esencialmente la posibilidad de que fueran anuladas decisiones legislativas por su contradicción o antinomia con los derechos fundamentales como límites al poder estatal, la incorporación de los derechos sociales y de mandatos constitucionales positivos a las autoridades implica la posibilidad de que los jueces constitucionales constaten también omisiones legislativas y procedan eventualmente a corregirlas (Ferrajoli, 1995: 862 ss.). Por ello algunos autores hablan de que el Estado social de derecho con garantías constitucionales ha hecho que entremos en un nuevo período, que algunos caracterizan como neoconstitucionalismo (Prieto Sanchis, 2003: 107 ss., Carbonell, 2003), caracterizado por constituciones que gozan de fuerza normativa, tienen órganos poderosos de justicia constitucional, son densas en derechos fundamentales e imponen derroteros a las autoridades políticas. Este tipo de neoconstitucionalismo y de Estado social de derecho hace aún más complejas las relaciones entre democracia y Estado de derecho, e incluso entre este tipo de Estado y el principio de legalidad, pues es propio de este tipo de justicia constitucional que recurra a técnicas interpretativas nuevas, como la ponderación, que según ciertas visiones, son incompatibles con el respeto a la legalidad (Habermas: 1996: 229 ss.).

## 7. Los elementos básicos de una visión contemporánea de Estado de derecho y las disputas que subsisten

El anterior recorrido comparado y teórico permite confirmar que el Estado de derecho es una noción compleja, polisémica y polémica, y que además ha evolucionado históricamente. Por eso subsisten y subsistirán diferencias sobre su significado. Pero eso no significa que sea una categoría desprovista de cualquier contenido. El examen de estos diversos entendimientos y tradiciones sobre el Estado de derecho permite señalar unos elementos mínimos de lo que sería una noción contemporánea de Estado de derecho capaz de generar un cierto consenso. Para concluir, procederé a señalar esos elementos mínimos para luego indicar los puntos que siguen provocando provocando discrepancias.

174

Un documento relativamente reciente del Secretario General de Naciones Unidas, que buscaba estructurar una terminología común para el trabajo de esa organización, definió al Estado de derecho en los siguientes términos:

Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sujetas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal" (ONU, Secretario General, 2004, en el pár. 6).

Esta conceptualización más política del Secretario General comparte elementos básicos con aquella defendida por muchos autores en el ámbito académico. Y podría decir que corresponde en elementos básicos a una concepción democrática y robusta de Estado de derecho, que tendría los siguientes elementos básicos.

Primero, el imperio de la ley es defendido por todas las visiones, desde las minimalistas hasta las más robustas, conforme al cual es de la esencia de este tipo de Estado, que se trate de un Estado no arbitrario, regido por normas generales y

previas, de suerte que los comportamientos de las autoridades sean razonablemente previsibles. Esto implica que en ese Estado no sólo los particulares sino también las autoridades están gobernados por leyes generales, estables y claras, promulgadas previamente por procedimientos conocidos.

Segundo, como es obvio, el respeto de la legalidad, que es consustancial a esa idea formal del Estado de derecho, supone la separación de poderes y la existencia de un poder judicial independiente, con capacidad de sancionar las violaciones a la legalidad.

Un tercer elemento que suele también generar consenso entre las distintas definiciones contemporáneas de Estado de derecho es el principio de igualdad y no discriminación ante la ley, en su doble versión. De un lado, la idea de que la aplicación de la ley debe ser imparcial e igualitaria, que se confunde con el propio principio de legalidad; y de otro lado, la idea, que suscita a veces cierta controversia, de la igualdad en la ley, según la cual no puede el Legislador introducir regulaciones fundadas en diferenciaciones arbitrarias, especialmente si recurre a categorías prohibidas o discriminatorias, como la raza o el origen nacional.

Un cuarto elemento, que permite concluir que la visión contemporánea tiende a ser más robusta, es que las leyes deben respetar los derechos humanos, por lo cual uno puede hablar de que el Estado de derecho contemporáneo está más asociado a un Estado de derecho constitucional y no puramente legislativo.

Finalmente, aunque el informe del Secretario General no hable explícitamente del carácter democrático del Estado de derecho, es un elemento que se entiende incorporado pues es elemento sustancial de este tipo de Estado que las personas puedan participar en las decisiones que las afectan.

Los anteriores elementos son compartidos por casi la totalidad de las concepciones actuales sobre Estado de derecho, o al menos por las visiones dominantes. A partir de esta visión básica Estado de derecho empiezan las polémicas y posibles discrepancias. En especial, la introducción del reconocimiento de la justicia constitucional, y en particular de los derechos sociales, como elementos consustanciales al Estado de derecho es controvertida por ciertas posiciones, por considerar que dichos aspectos desbordan la noción de Estado de derecho para hacer referencia a otros fenómenos jurídicos o políticos. Por el contrario, otros autores consideran que esos elementos son los desarrollos naturales del Estado de derecho y le confieren una mayor dimensión democrática y liberadora, por lo que en el fondo concluyen que el Estado de derecho tiene que ser Estado social de derecho o pierde mucho de su significado y su valor.

Una posible solución para superar esas ambigüedades puede ser entonces la de reservar la expresión simple de Estado de derecho a la visión básica, y a partir de ella incorporarle adjetivos que permitan distinguir entre distintas variantes normativamente más densas de Estado de derecho, como el Estado social y democrático de derecho, etc.

## Bibliografía

ARISTÓTELES (1998), *Política*, Alianza Editorial, Madrid.  
 BOBBIO, N. (1994), “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las Leyes?”, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.  
 CARBONELL, M. (ed.) (2013), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid.

DÍAZ, E. (1972), *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid.

FALLON, R.H. (1997), "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, Vol. 97, Núm. 1, pp 1-56.

FLETCHER, G. (1996), *Basic concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Nueva York.

FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

FULLER, L. (1969), *The morality of Law*, Yale University Press, New Haven.

KELSEN, H. (1969), *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

HABERMAS, J. (1996), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge.

MATEUCCI, N. (1983), "Constitucionalismo", en BOBBIO, N., MATTEUCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de Política*, Editora UnB, Brasilia.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2005), "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Ius et Praxis*, Vol. 11, pp. 15-64. Disponible en línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso). Revisado el 14 de julio de 2013.

ONU. SECRETARIO GENERAL (2004), *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. S/2004/616. Disponible en línea: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>. Revisado el 15 de julio de 2013.

PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

RAZ, J. (1977), "The Rule of Law and its Virtue", *The Law Quarterly Review*, Vol. 93, pp. 1-56.

## Imperio de la ley

**Gema Marcilla Córdoba**

Universidad de Castilla-La Mancha

[Gema.Marcilla@uclm.es](mailto:Gema.Marcilla@uclm.es)

### Resumen

En sentido amplio, la expresión imperio de la ley alude a un ideal regulativo sobre el ejercicio del poder. De acuerdo con dicho ideal, la legitimidad del poder reside en que su actuación se ajuste a lo establecido por normas jurídicas preconstituidas. Con todo, la expresión adolece de un elevado nivel de indeterminación semántica; tan amplio como la propia noción de ley o Derecho. Desde esta perspectiva, una aproximación fructífera y plausible consiste en abordar el sentido y función del concepto tomando como referencia las distintas manifestaciones del fenómeno jurídico a lo largo de la historia, si bien acotando el periodo y atendiendo a la filosofía política y jurídica que contribuye a la construcción del concepto. Realmente, una aproximación alternativa a la histórico-conceptual puede ser realmente compleja, ya que determinar qué se entienda por imperio de la ley es una cuestión fiduciaria de la concepción del Derecho que se sostenga, y, en particular, depende de la respuesta que se ofrezca al controvertido y persistente tema de la delimitación de los confines entre el Derecho y la moral.

177

### Palabras clave

Imperio de la ley, ideal regulativo, normas preconstituidas, indeterminación semántica, aproximación histórico-conceptual, confines del Derecho y la Moral.

## Rule of Law

### Abstract

Broadly speaking, the term rule of law refers to a regulative ideal or value on the way of power execution or political behavior. According to this ideal, the power legitimacy depends on its adjustment to preestablished legal rules. However, the semantic indeterminacy level of the expression is quite wide. It can be said it is as broad as the term legal rule or Law is. From this point of view, thinking about the meaning and function in several but restricted historical periods may be a fructiferous and plausible approach, obviously accounting both the political and legal philosophy which underlies to the construction of the concept. Actually, a different approach to the historic-conceptual one, can be truly complex, given that the statement of the Rule of Law significance is narrowly connected to the concept -better conceptions- of Law; specially, its significance depends on the controverted and persistent topic about the boundaries of both Law and Morality.

### Keywords

Rule of Law, regulative ideal, preestablished rules, semantic indeterminacy, historical conceptual approach, boundaries between Law and Morality.

## 1. Indeterminación semántica de la expresión “imperio de la ley”

Es propio de la aproximación iusfilosófica llamar la atención sobre el hecho de que los términos o expresiones usados en el lenguaje jurídico, si bien gozan de un significado consensuado, adolecen también de un mayor o menor grado de indeterminación semántica por ser vagos y/o ambiguos (Endicott, 2001). Así, y por lo que respecta a la expresión “imperio de la ley”, cabe indicar que resulta ampliamente compartida la idea de que hace referencia a una forma de relación entre el poder y el Derecho. Concretamente, a la sumisión de la política a una normatividad preconstituida. Más allá de este significado, pueden constatarse dificultades a la hora de dar cuenta de la intención o propiedades del concepto, y, en consecuencia, para determinar su extensión, es decir, los supuestos en los que cobra sentido indicar que una determinada organización jurídica se encuentra bajo el imperio de la ley.

La expresión cuenta con locuciones equivalentes en nuestro vocabulario jurídico, como la de principio de juridicidad o principio de legalidad. Asimismo, está presente en el léxico de otros idiomas y tradiciones jurídicas (*Rule of Law, Rechtsstaat, Principe de légalité*); expresiones éstas que, igualmente, pueden hacer referencia a distintas formas de relación entre el poder y el Derecho. *La variedad de concepciones que encierra el concepto de imperio de la ley responde, en primer término, a tratarse de un “concepto histórico”*, es decir, que ha de ser comprendido atendiendo a las diversas manifestaciones históricas o empíricas del poder y del Derecho. Pero no es su carácter histórico el único ni principal motivo de la multiplicidad de sentidos que encierra la expresión. En realidad, la pluralidad de sentidos obedece a que *el significado de imperio de la ley es también fiduciario de las diferentes concepciones del Derecho*.

En consecuencia, emprender un análisis del vocablo imperio de la ley resulta prácticamente tan complejo como dar cuenta del significado de la propia noción de “ley” o de “Derecho”. Es decir, el análisis conduciría al recorrido de las más variadas manifestaciones empíricas de juridicidad, entendidas éstas en su contexto político, social, económico, cultural, etc., desde la antigüedad clásica o greco-romana, pasando por la alta y baja edad media, el tránsito a la modernidad, el Derecho del Estado liberal, del Estado contemporáneo, terminando con una aproximación a las extraordinarias transformaciones jurídicas de los presentes modelos de legalidad.

Pero incluso una vasta aproximación histórica al concepto imperio de la ley se revelaría insuficiente, dado que el término puede traducir o reflejar tantas ideas de las relaciones entre el Derecho y el poder, como concepciones a propósito del fenómeno jurídico. En otras palabras, tras los distintos significados que pueden adscribirse al concepto de imperio de la ley, late el propio problema del concepto de Derecho y, particularmente, el persistente debate sobre la vinculación necesaria o contingente entre el Derecho y la moral (Carrión, 1965; Waldron, 2008). Ilustremos esta idea con un ejemplo: supongamos que un operador jurídico se enfrenta a un caso de los que llamamos difíciles, expresando abiertamente que en la aplicación del Derecho hace uso de su discrecionalidad, fundando su decisión o fallo en un razonamiento jurídico, entreverado de razones morales. La pregunta es: la actuación del referido operador jurídico, ¿está disciplinada por el imperio de la ley? Obviamente, la respuesta a este interrogante varía sustancialmente en función de la concepción del Derecho que se sostenga. Desde una concepción realista o positivista excluyente, el juez que funda su decisión en razones morales actuaría sin respaldo legal (Raz, 1979); desde una visión del Derecho como integridad o como práctica argumentativa, sólo la coherencia o la corrección de la argumentación, y no el carácter jurídico o moral de la misma, sería relevante para evaluar si la actuación

del juez se halla efectivamente bajo el imperio de la ley (Dworkin, 1977; Alexy, 1978, 2002; Nino, 1994).

Con estos presupuestos, a la hora de desgranar la expresión que nos ocupa, parece oportuno enunciar el marco o los límites de la exposición, que, en primer lugar, *queda acotada a un periodo histórico relativamente breve*, a saber, el que transcurre entre el nacimiento del Estado moderno y nuestros días. En segundo lugar, y por lo que respecta a las *relaciones entre el concepto imperio de la ley con las diversas concepciones del Derecho*, se hará mención al problema, pero sin que constituya el hilo conductor de la exposición. En tercer lugar, y siendo consistentes con la idea de que el sentido de imperio de la ley guarda íntima conexión con el concepto de Derecho, se dará aquí preferencia a la dimensión pragmática del concepto, es decir, asumiremos que la noción “imperio de la ley”, en cualquiera de sus connotaciones, posee una función eminentemente normativa o evaluativa. Siguiendo a Laporta, cualquier definición de imperio de la ley aludirá a un “deber ser” o ideal regulativo respecto del Derecho (Laporta, 2007). En este sentido, entre las propiedades esenciales del concepto “imperio de la ley” se encuentra la de *cumplir una función de evaluación, fundamentación o justificación del Derecho*. Precisamente atendiendo a esa dimensión pragmática del concepto, la expresión puede ser usada tanto para avalar la legitimidad de un sistema jurídico como para poner de relieve sus déficits. Asimismo, el concepto puede referirse tanto a la normatividad vigente como a una propuesta o modelo de organización jurídica.

Por lo demás, y siendo el enfoque rector de la exposición el histórico, por resultar más aprehensible que el que podría denominarse “conceptual”, o que pone en relación “imperio de la ley” y concepto de Derecho, cabe distinguir cuatro sentidos del vocablo “imperio de la ley”, correspondientes a otras tantas etapas histórico-jurídicas: el tránsito a la modernidad, la Ilustración y revoluciones burguesas, el Estado legislativo de Derecho y el Estado constitucional de Derecho. Obviamente, la idea de imperio de la ley en cada una de estas etapas reposa en las filosofías político-jurídicas que sirven de sustrato teórico y apoyo a las distintas organizaciones políticas.

## 2. Una aproximación histórica a la expresión “imperio de la ley”

### *Imperio de la ley en el tránsito a la modernidad*

En el tránsito a la modernidad (Peces-Barba, 1982), la expresión “imperio de la ley” permite distinguir entre el ejercicio del poder y su manifestación o expresión formal; entre la voluntad política del *princeps* y su cristalización en normas. En este período, “imperio de la ley” es un concepto poco denso desde el punto de vista de su intención. Entre sus propiedades definitorias, cobra relevancia la de *centralización de la producción jurídica* en el *princeps*. Sin embargo, nótese que no es todavía una propiedad del concepto la limitación del poder del soberano, *legibus solutus*. En esta etapa el papel fundamental de la idea de imperio de la ley es el de introducir un mayor grado de institucionalización del orden jurídico, sustituyendo la multiplicidad de centros productores de normas, propia del Medioevo, por una única fuente de Derecho, la ley. También es importante la alteración de la jerarquía de fuentes, quedando la costumbre subordinada a la ley. Asimismo, es relevante que el concepto de imperio de la ley implica desvincular a los jueces del *ius commune* romano-canónico, para conseguir su progresiva sumisión a la ley del gobernante, cabeza del Estado y aglutinador del poder. La semántica del concepto es construida por autores como Maquiavelo y singularmente Bodino (1593). En este período, en suma, y atendiendo a la dimensión pragmática del concepto, el significado de “imperio de la ley” se identifica con las razones para hacer prevalecer la ley del

*princeps legibus solutus* sobre la costumbre y la jurisprudencia (García-Pelayo, 1968).

### **Imperio de la ley en la Ilustración y en las Revoluciones Burguesas**

Los autores del iusnaturalismo racionalista, y en general del pensamiento ilustrado, añaden propiedades relevantes al concepto de imperio de la ley. Al igual que en la etapa de tránsito a la modernidad, mediante el uso de la noción, se persigue el fortalecer el monopolio del poder político en el Estado. Pero la seña de identidad de la noción de imperio de la ley es la incorporación de la filosofía del “contrato social”: mencionar el imperio de la ley equivale a *reemplazar la legitimación sobrenatural de la organización política y jurídica por una fuente de legitimidad humana y artificial*. Las leyes del Estado pueden disciplinar la conducta de los individuos, porque los propios individuos han decidido o consentido estar sometidos a las normas del Derecho.

Partiendo de este común denominador de la expresión, en realidad conviven en la etapa señalada varias versiones o concepciones del imperio de la ley. En la versión hobbesiana, individuos libres e iguales en derechos suscriben un contrato, en virtud del que aceptan incluso renunciar a sus derechos en favor de ese gran ser artificial o *Leviathan*, cuya legitimidad reside en su capacidad para tutelar la convivencia pacífica (Hobbes, 1651). El ideal regulativo del imperio de la ley pretende que el Derecho, fruto exclusivo del poder estatal, cumpla una doble función racionalizadora de la convivencia social: de un lado, *dotar al Derecho de un fundamento exclusivamente humano*, no sobrenatural; de otro lado, *procurar certeza e igualdad formal*, precisa para el desarrollo de la economía mercantil que comienza a abrirse paso.

En el mismo escenario histórico, Locke, a diferencia de Hobbes, concibe el imperio de la ley en términos de cesión de poder a las instituciones, pero limitada o condicionada al respeto de los derechos naturales de libertad y propiedad (Locke, 1690). Y Rousseau encuentra la fórmula para hacer valer de forma genuina el imperio de la ley en la coincidencia entre autores y destinatarios de las normas que permite la democracia, siendo en ella la ley expresión de la voluntad del pueblo o nación (Rousseau, 1762).

Naturalmente, el imperio de la ley, no sólo es un ideal que pretende una especial configuración del poder de creación de las normas, sino también, o sobre todo, regular el poder de aplicación del Derecho. Montesquieu (1748) o Beccaria (1764) focalizan el imperio de la ley en la sumisión del juez exclusivamente a ésta última.

En la Ilustración se consolidan, en suma, versiones del imperio de la ley que incorporan límites o que introducen algún género de racionalidad en el ejercicio del poder de creación y aplicación del Derecho. Precisamente la ideología –en el buen sentido del término- del imperio de la ley propulsa las revoluciones burguesas que ponen fin al Antiguo Régimen e instauran el primer constitucionalismo.

La noción de imperio de la ley en el primer constitucionalismo es, por tanto, extraordinariamente densa. Las Constituciones hijas de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII enuncian las propiedades del concepto: de un lado, la exigencia de leyes únicas, generales y abstractas, estables, claras, precisas, públicas, no retroactivas, jerárquicamente superiores a la costumbre y a cualesquiera otras fuentes de Derecho no reconocidas por la ley, y sobre todo, producto de la soberanía del pueblo o nación. También recogen estas constituciones

la separación de poderes sobre la base de la sumisión del juez a la ley, la igualdad ante las normas jurídicas, en contraposición a los tradicionales privilegios de casta, y por último la necesidad de establecer garantías penales y procesales, basadas en leyes punitivas taxativas, con penas útiles y proporcionadas, y la vigencia del principio acusatorio; aspectos todos ellos propios de una sociedad laica que deja de confundir delito y pecado (Ferrajoli, 1989; Gascón, 1997; Prieto, 1998).

### ***El imperio de la ley en el Estado legislativo de Derecho***

En el seno del constitucionalismo primigenio (finales del siglo XVIII), Occidente comparte una concepción muy semejante de imperio de la ley, caracterizada, como se ha señalado, por exigir a los poderes públicos altas dosis de racionalidad en el ejercicio de las competencias de creación y aplicación del Derecho, y condicionando a las autoridades al cumplimiento de tales exigencias de racionalidad a fin de justificar su legitimidad o aceptabilidad. Pero por motivos histórico-políticos sobradamente conocidos, la praxis institucional a ambos lados del Atlántico fue distanciándose de ese ideal común (Fioravanti, 1995). El diseño institucional norteamericano se decantó por una versión más bien “lockeana” o “constitucionalista” de imperio de la ley. El sistema de *judicial review* pone de relieve que el ideal del imperio de la ley se trata de llevar a la práctica mediante la supremacía de los mandatos constitucionales, que vinculan al propio legislador. Convergen en esta interpretación del imperio de la ley dos circunstancias: primera, Norteamérica, como antigua colonia, había experimentado los excesos del legislador, de los que quería precaverse mediante la justicia constitucional. Segunda, su tradición jurídica es la del *common law*, basada en el respeto al precedente judicial. En cambio, los ordenamientos jurídicos europeos encuentran el referente del imperio de la ley en la concepción “rousseauniana” o “legalista”: el juez debe estar encadenado a la ley para no incurrir en la restitución de antiguos privilegios, pero el legislador representa al pueblo y dicta normas generales y abstractas. Por tanto, la ley expresa la voluntad del pueblo soberano, y de ahí que se trate de una norma jurídica que puede y debe hallarse exenta de cualquier control jurisdiccional. Simplificando, la distancia entre ambos sistemas se mide atendiendo a la autoridad que, en última instancia, garantiza el imperio de la ley: en el sistema norteamericano esa última palabra la tiene la jurisdicción; en Europa, la máxima autoridad es el parlamento. Por lo demás, en la teoría jurídica del primer positivismo (el formalismo) se amolda y refuerza el concepto “legalista” de imperio de la ley: el estatuto científico de los saberes jurídicos depende de la posibilidad de trazar una neta distinción entre el Derecho *que es* (la ley de la Asamblea representativa) y el Derecho *que debe ser* (los principios morales o políticos, en ocasiones recogidos en los preceptos constitucionales, que son meras declaraciones de intenciones o normas programáticas). De este modo, el ámbito de los estudios jurídicos se restringe al Derecho legal. Esta ideología legalista está presente incluso en el primer modelo europeo de justicia constitucional: el modelo kelseniano deposita la soberanía en el legislador, siempre que ejercite su poder respetando los procedimientos y competencias constitucionalmente establecidos.

A modo de *excursus*, cabría preguntarse por el rol de la idea de “imperio de la ley” en los régimes totalitarios del siglo XX. Desde el punto de vista fáctico, la realidad jurídico política es –cabría decir– la diametralmente opuesta a la que insta la más débil de las definiciones de imperio de la ley. En efecto, tales dictaduras estuvieron marcadas por el desprecio al parlamento y sus representantes; por la concentración de todos los poderes en el ejecutivo; por el protagonismo del ejército. También por el judicialismo –más que por la estricta aplicación de la ley; por la transgresión de los derechos más elementales, el genocidio y finalmente la guerra con pretensiones imperialistas. Sin embargo, ni siquiera la filosofía política más

reaccionaria renuncia a la fuerza legitimadora de la expresión imperio de la ley sobre la base de que, por ejemplo, el Führer es más apto que cualquier asamblea para abstraer el *Volksgeist* que debe reflejar el Derecho (Schmitt, 1923).

### ***El imperio de la ley en el Estado constitucional (2ª mitad del s. XX hasta nuestros días)***

La tragedia que significó la Segunda Guerra Mundial condujo a una suerte de recuperación del consenso en Occidente sobre una noción “densa” de imperio de la ley, más próxima a la versión constitucionalista norteamericana: el imperio de la ley significa una apuesta decidida por la democracia representativa, pero introduciendo el contrapeso de la justicia constitucional. La preeminencia de este sentido de imperio de la ley obedece, entre otros factores, a la rehabilitación de la razón práctica, en el plano filosófico-político, y al retorno a una suerte de iusnaturalismo, en el plano propiamente iusfilosófico: *sólo es válida la ley “justa” o al menos la que no incurre en “injusticia extrema”* (Radbruch, 1946).

A día de hoy, ¿puede hablarse de triunfo de una concepción “constitucionalista” y postpositivista del imperio de la ley? La respuesta es negativa porque el constitucionalismo tiene también su talón de Aquiles, por cuanto posibilita una interpretación del ideal de imperio de la ley que llegue a laminar la democracia parlamentaria, y con ella, la propia certeza e irretroactividad del Derecho, cuya creación estaría en manos de la jurisdicción (Laporta, 2007; Hierro, 1996). En otras palabras, el constitucionalismo hace al juez “señor del Derecho” (Zagrebelsky, 1994), y no puede haber imperio de la ley allí donde a propósito de cuestiones muy debatidas o controvertidas, la autoridad o la última palabra sobre el sentido o la constitucionalidad de la ley se sustrae al parlamento y se deposita en la jurisdicción (Bayón, 2010; Comanducci, 2011).

182

Sin embargo, podría sostenerse que la pregunta está mal planteada por cuanto el debate “concepción legalista” o “positivista” del imperio de la ley *versus* “concepción constitucionalista” o “postpositivista” del ideal regulativo está francamente agotado. Pero no ya como consecuencia de la vigencia de un paradigma constitucionalista o neocostitucionalista, sino incluso con independencia del mismo (García Figueroa, 2009). El Derecho puede ser visto como un *caso especial* de argumentación práctica general. Si la razón práctica es única, entonces no es posible –desde el punto de vista conceptual- distinguir entre argumentar jurídicamente y moralmente (Alexy, 2002). De otro lado, aun cuando sea inherente a la razón práctica la vocación de universalización de las decisiones, cada caso es singular y el particularismo se convierte en el patrón de las decisiones judiciales: cada caso semejante a los anteriores podrá analizarse desde perspectivas no contempladas con anterioridad; siempre habrá fórmulas interpretativas que se reputen más acertadas o más acordes a las convicciones morales de la sociedad a la hora de entender el significado de los principios en conflicto (Dancy, 2000). Y si no es posible determinar los confines del Derecho, entonces no se puede realizar una aproximación meramente descriptiva a las normas jurídicas, y el imperio de la ley prescribe desarrollar una argumentación o justificación moral en última instancia (Atienza, 2013).

En definitiva, cabe decir que las mismas dudas que sobrevuelan al concepto de Derecho se proyectan sobre el contenido prescriptivo del concepto de imperio de la ley.

Una aproximación diferente a la noción de imperio de la ley sería la de Luigi Ferrajoli o Luis Prieto: adoptando un enfoque normativista-realista, entienden por

imperio de la ley una forma de reflexionar sobre el Derecho que pone el acento, en primer lugar, en las “divergencias” entre aquello que ordenan o prohíben las normas, en especial las normas constitucionales de carácter sustantivo (validez) y el contenido de normas, formalmente correctas pero incompatibles con el sentido de los preceptos constitucionales (vigencia). Pero este enfoque es positivista porque permite, desde otro ángulo, analizar las divergencias entre los modelos político-jurídicos preconstituidos (validez) y las críticas o alternativas a dichos modelos (justicia). Se trata, en resumen, de una perspectiva normativista-realista, que no renuncia al ejercicio de la crítica externa al Derecho, guardando fidelidad al positivismo metodológico e intentando sortear todos los riesgos del positivismo ético o ideológico que encuentra en los modelos constitucionales actuales el mejor de los modelos jurídicos posibles. A modo de ejemplo: desde esta perspectiva se subrayaría que la ley tardó mucho tiempo en afianzar su superioridad jerárquica sobre la costumbre; que pese a las teorías del absolutismo, el monopolio del poder coactivo en manos del príncipe soberano no se consolidó hasta fines del XVIII; que el sufragio universal –masculino y no digamos, el femenino- fue objeto de lucha a lo largo del Estado legal de Derecho; que el constitucionalismo de postguerra, pese a ampliar “sobre el papel” el catálogo de derechos fundamentales, no ha conseguido nivelar en garantías a los derechos sociales con respecto a las cotas de garantía logradas en el ámbito de los derechos civiles y políticos. Y una reflexión última, pero no menos importante: simplemente atendiendo a las divergencias entre los preceptos constitucionales de factura estatal y las prácticas jurídicas efectivas vinculadas a problemas transnacionales, hacen altamente dudoso el cumplimiento de las exigencias del imperio de la ley, si por ello se entiende la sumisión del poder a una normatividad preconstituida (Ferrajoli, 2007). Con lo cual, podría llegarse a la conclusión de que el ideal de imperio de la ley, en su contenido mínimo, necesita de una reconstrucción, incorporando en sus notas el carácter transnacional del Derecho.

### 3. Algunas reflexiones finales

En este trabajo se ha pretendido dar cuenta, *grosso modo*, del significado de la expresión imperio de la ley. El contenido mínimo de la noción hace referencia a una relación entre poder y Derecho, en la que el Derecho es expresión del poder, pero al mismo tiempo el poder sólo es legítimo si actúa conforme a un modelo jurídico preconstituido. Más allá de esta noción amplia de imperio de la ley, elucidar el significado del concepto exige ponerlo en relación, en primer lugar, con las más variadas manifestaciones de juridicidad a lo largo de la historia, y, en segundo lugar, con las diversas concepciones sobre el Derecho y sobre las posibilidades de la teoría jurídica de delimitar sus confines con respecto a la moral. Por consiguiente, en esta aproximación ha resultado imprescindible, en primer lugar, elegir como hilo conductor una de estas dos ópticas.

Así, se ha llevado a cabo una clasificación de los significados del imperio de la ley atendiendo a determinadas etapas históricas, inscritas a su vez en un periodo relativamente breve (el tránsito a la modernidad hasta nuestros días), y poniendo en conexión las propiedades o características del concepto en cada etapa con las ideas filosófico-políticas imperantes. Resumidamente, aunque sea en sentido muy vago o lato, la noción imperio de la ley está presente desde el momento en el que se teoriza sobre las virtudes del monopolio de la producción del Derecho en el Estado absoluto y sobre el establecimiento de una diferencia conceptual entre voluntad política y la norma jurídica, en la que la voluntad política queda formalizada; y ello aun cuando se trate de una voluntad política ilimitada. Pero sin duda comenzamos a hablar de imperio de la ley en un sentido más denso o restringido en el momento en el que el ideal exige la racionalización del Derecho, en virtud de características formales

(unicidad, claridad, generalidad, abstracción, publicidad, irretroactividad, origen democrático) y materiales (legitimidad, justicia), como sucede en la filosofía de la Ilustración, que propulsa las revoluciones burguesas en Norteamérica y Europa.

Del mismo modo que el imperio de la ley experimenta su máximo declive, en la dimensión empírica o fáctica, en el marco de los estados totalitarios de siglo XX, desde un cierto punto de vista, el imperio de la ley alcanza su cémit en el que se ha dado en llamar paradigma constitucionalista o neoconstitucionalista que sigue a la Posguerra. Pero *esta concepción constitucionalista del imperio de la ley, ampliamente extendida, no puede considerarse incontestable*: el neoconstitucionalismo traslada el centro de gravedad de la autoridad legítima desde el parlamento democrático hasta la jurisdicción, constitucional y ordinaria. En consecuencia, una versión legalista y radicalmente democrática del imperio de la ley contiene el auge de la versión constitucionalista, subrayando que la función primigenia del imperio de la ley debe ser hoy frenar el judicialismo y el particularismo jurídico: la creación judicial del Derecho amparada en la directa aplicación de la constitución da al traste no sólo con la democracia parlamentaria, sino también con valores indubitables de una sociedad regida por el Derecho, como la previsibilidad de las normas, indispensable para la realización de los propios planes de vida y, en último término, de la autonomía individual y la igualdad formal.

Y para terminar, una reflexión sobre el sentido del imperio de la ley en la que podríamos llamar “sociedad 2.0”: en una noción densa o fuerte de imperio de la ley, la propiedad más sobresaliente es la de llevar a sus últimas consecuencias la sumisión del poder al Derecho –sin prejuzgar ahora el concepto de Derecho. Pues bien, cabe destacar que en la actualidad el imperio de la ley, en su dimensión pragmática, se enfrenta al reto de identificar claramente el poder, que cada vez proviene menos de los poderes públicos estatales, sino del mundo de las finanzas que operan sin trabas jurídicas a nivel mundial o global. Dicho de otro modo, es la desregulación y el vacío de Derecho público la mayor amenaza presente para el imperio de la ley (Ferrajoli, 2007). No se puede menos que parafrasear a Laporta: el imperio de la ley, “aunque parezca ya cosa rancia y sabida intuyo que pronto volverá a ponerse de moda otra vez” (Laporta, 1994: 133).

## Bibliografía

ALEXY, R. (1978), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALEXY, R. (2002), “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 66, pp. 13-64.

BAYÓN, J. C. (2010), “Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial”, *Doxa*, Núm. 33, pp. 107-117.

ATIENZA, M. (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

ATIENZA, M. (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

BECCARIA, C. (1974[1764]), *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid.

BODINO, J., (1966[1576]), *Los seis libros de la República*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

CARRIÓN, G. (2011[1964]), *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

COMADUCCI, P. (2011), “El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 21, pp. 107-118.

DANCY, J. (2000), “The Particularist’s Progress”, en HOOHER, B. y OLIVIA, M. (eds.), *Moral Particularism*, Clarendon Press, Oxford.

DÍAZ, E., (1966), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid.

DWORKIN, R. (1977), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

ENDICOTT, T.A.O. (2001), *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford.

FERRAJOLI, L. (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. (2011), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Trotta, Madrid.

FIORAVANTI, M. (1996), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.

GARCÍA AMADO, J.A. (2010), “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, *Doxa*, Núm. 33, pp. 441-452.

GARCÍA FIGUEROA, A. (2009), *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid.

GASCÓN ABELLÁN, M. (1997), “El imperio de la ley. Motivos para el desencanto”, *Revista Jueces para la Democracia*, Núm. 32, pp. 25-35.

GARCÍA-PELAYO, M. (1991), “Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político”, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

HIERRO, L. (1996), “El Imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, 19, pp. 287-308.

HOBBES, T. (1989[1651]), *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid.

LAPORTA, F.J. (1994), “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa*, Núm. 15-16, pp. 133-145.

LAPORTA, F.J. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.

LOCKE, J. (1969[1690]), “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, en *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid.

MONTESQUIEU, C.L. (1985[1748]), *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.

NINO, C.S. (1994), *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.

PECES-BARBA, G. (1982), *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L. (1998), *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

RADBURCH, G. (2001[1946]), *El espíritu del Derecho inglés* (2001), Marcial Pons, Madrid.

RAZ, J. (1979), “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford.

ROUSSEAU, J.J. (1979[1762]), “Contrato social”, en *Escritos de combate*, Alfaguara, Madrid.

SCHMITT, C. (1990[1923]), *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid.

WALDRON, J. (2008), “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*. Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1273005>. Revisado el 12 julio de 2013.

ZAGREBELSKY, G. (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid.

## Pluralismo jurídico

Pedro Garzón López

Universidad Carlos III de Madrid

[garzonpedro27@hotmail.com](mailto:garzonpedro27@hotmail.com)

### Resumen

El pluralismo jurídico es una perspectiva que cuestiona aquella concepción monista que ha reducido la diversidad endémica de la sociedad a una sola visión dominante del derecho. Informa la existencia de diferentes derechos concurrentes que operan en diferentes espacios temporales, y a escalas locales, nacionales y transnacionales, las mismas que no se reducen al marco jurídico estatal. La identificación entre derecho, estado y soberanía ha justificado el monopolio jurídico del Estado moderno durante mucho tiempo, pero en las últimas décadas, con la emergencia de nuevos actores subestatales y supraestatales afirmados como artífices de una alternatividad jurídica, señalan la crisis del derecho estatal y amplían las fronteras conceptuales del Derecho, más allá de la concebida por la ciencia jurídica occidental.

### Palabras clave

Pluralismo jurídico, monismo jurídico, derecho estatal, derecho positivo, derecho alternativo.

186

## Legal Pluralism

### Abstract

Legal pluralism is a perspective that challenges that monistic conception which has reduced the endemic diversity of the society to a single dominant view of law. This one reports the simultaneous coexistence of different laws that act within different time spaces, and at local, national and transnational levels, the same which are not limited to state law framework. The relationship between law, state and sovereignty has justified the modern state's legal monopoly for a long time, but in recent decades, with the emergence of new subnational and supranational actors who produce alternative law, it emphasizes the crisis of state law, and extends the conceptual boundaries of the laws beyond the ones conceived by western legal science.

### Keywords

Legal pluralism, legal monism, state law, positive law, alternative law.

## 1. El pluralismo jurídico: un concepto complejo y polisémico

En un sentido amplio, el pluralismo jurídico describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social. Esta concepción alternativa del derecho pone en cuestión la concepción clásica del mismo, legitimada en la soberanía estatal en virtud del cual se justifica el monopolio exclusivo del Estado en la producción y aplicación del derecho (Bobbio, 1999: 27-28). El desafío principal del pluralismo jurídico cuestiona la exclusividad de la teoría del monismo jurídico para explicar fenómenos jurídicos contemporáneos, pues considera que la realidad rebasa sus marcos explicativos ante la emergencia de diferentes actores colectivos cuyas normas de autorregulación no se reducen al derecho estatal ni se explican desde la ciencia jurídica tradicional. Algunas de estas manifestaciones representan los pueblos indígenas (Correas, 2007; Yrigoyen, 1999; Clavero, 1994); las Rondas campesinas en el Perú (Laos Fernández, Rodríguez Gómez y Paredes Diez Canseco, 2009; Rodríguez Aguilar, 2007); las favelas en Brasil (De Sousa Santos, 2009); los nuevos movimientos sociales (Wolkmer, 2006); la *lex mercatoria* (De Sousa Santos, 1998; Olgiati, 2006).

Si bien la voz “pluralismo jurídico” se entiende mejor al contrastarla con la perspectiva monista que defiende un sólo derecho soberano e indivisible, jerarquizado y centralizado en la figura del Estado; el uso lingüístico del pluralismo, sin embargo, sigue siendo una locución ambigua y polisémica, que puede prestarse a diferentes interpretaciones y formulaciones según veremos enseguida.

187

En principio, una situación de pluralismo jurídico no se legitima simplemente invocando cualquier producción normativa con visos de alternatividad, sobre todo cuando las pautas de autorregulación son aplicadas en un ambiente de violencia, dominación, explotación, autoritarismo, exclusión, etc. Como bien señala De Sousa Santos (2009: 63) *no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio sobre el pluralismo jurídico*; pues en efecto, pueden haber ciertos pluralismos jurídicos ilegítimos o “inmorales”, como el derivado de las fuerzas paramilitares, el producido en las cárceles o el de la mafia según Oscar Correas (2007: 57). Por lo tanto, la legitimidad del pluralismo jurídico se ve cuestionada cuando su ejercicio comporta violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

El pluralismo jurídico es también un concepto *pluridimensional*, dado que es posible emplazarlo a diferentes niveles y contextos de afirmación normativa. De acuerdo con De Sousa Santos (1998: 19), en el seno de la sociedad contemporánea existe una *constelación de legalidades (e ilegalidades) que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales*. En cada escala o nivel existe una multiplicidad de fuentes de producción normativa y resolución de conflictos, que en su conjunto establecen un marco de *polisistemia simultánea* (Arnaud y Fariñas, 2006: 301). Así, numerosos centros de producción normativa se muestran a nivel local como en las favelas de Brasil, los *street committees* en Sudáfrica del *apartheid*, o los generados por los nuevos movimientos sociales en América Latina (Wolkmer, 2006). A estos se suman aquellos producidos en ámbitos supraestatales como la Unión Europea (derecho comunitario), el derecho internacional (Robles Morchón, 2007); o los referidos a las entidades económicas transnacionales, cuya normatividad alternativa, incluso se impone sobre el ordenamiento estatal o internacional (Olgiati, 2006).

Asimismo, la expresión “pluralismo jurídico” no siempre se entiende en oposición al monismo jurídico o al derecho estatal. De hecho, existen diferentes formulaciones del pluralismo jurídico que refuerzan el monopolio jurídico estatal como el pluralismo “vertical” que propone Pospisil (1972), o el pluralismo jurídico “horizontal” que desde la teoría de los campos sociales semi-autónomos es señalada por Sally F. Moore (1973). Una característica de estas propuestas según John Griffiths (1986), es que otorgan muchas concesiones a la influencia de la acción del derecho estatal. Por eso, puede decirse que es con Griffiths cuando ocurre una genuina ruptura con el monismo jurídico y el derecho estatal mediante la distinción entre “pluralismo jurídico débil” y “pluralismo jurídico fuerte”. La primera se manifiesta en la ideología del centralismo jurídico, puesto que es el soberano quien manda, da validez o reconoce distintas estructuras jurídicas dentro del mismo derecho estatal; mientras que el pluralismo jurídico fuerte da cuenta de las múltiples formas descentralizadas de organización jurídica de la sociedad fuera del control estatal. Esta dualidad conceptual es reafirmada también con Soriano (1997: 361) y Wolkmer (2006: 198-199) al distinguir por un lado, un pluralismo jurídico de acento monista, cuyas fuentes derivan de la teoría jurídica tradicional que justifica el monopolio jurídico estatal, frente a aquellas otras que producen y aplican entidades extraestatales de forma paralela al derecho oficial.

De acuerdo con lo anterior, se deducen al menos dos interpretaciones generales del pluralismo jurídico. El primero puede identificarse como *pluralismo jurídico en sentido estricto* y hace referencia propiamente a la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio-temporal, cuyos rasgos serían los siguientes: 1) hay un rechazo en la identificación del derecho con la ley; 2) la negación del monopolio jurídico por parte del Estado; 3) la inadmisibilidad del mito unificador del monismo jurídico-formalista; y, 4) la aceptación de la descentralización del derecho estatal (Fariñas, 2006: 36). Mientras que la segunda perspectiva informa una suerte de *pluralismo jurídico de anclaje monista*, y remite a aquellos ordenamientos jurídicos deducidos de una misma concepción monista del derecho, en cuyo centro de gravedad está el Estado. Para decirlo brevemente, es el monismo intrínsecamente pluralizado en diferentes ordenamientos jurídicos positivizados. Esto se ilustra mejor con la pluralidad de ordenamientos que ostentan una serie de organizaciones o instituciones autónomas como la iglesia, las organizaciones deportivas, las agrupaciones de profesionales o sindicales, cuyas conductas están sujetas a normas de autorregulación, aunque como señala Miguel Reale: *el Estado es el detentador de la coacción en última instancia* (Reale, 1989: 108-109). Esta misma variación monista del pluralismo jurídico se tiende a reproducir a nivel supraestatal con los múltiples derechos de los Estados, el derecho internacional, el de la Unión Europea, etc. De modo que habría tantos ordenamientos jurídicos como poderes, instancias internacionales o Estados soberanos existan compartiendo un mismo sistema jurídico positivo e interactuando en un marco de “comunicación intersistémica” (Robles Morchón, 2007).

188

En definitiva, una característica de los autores y autoras que defienden el tipo de pluralismo jurídico de signo monista, por lo general, es que asumen una postura estatalista del derecho, legitiman el monopolio jurídico estatal desde la ciencia jurídica tradicional; otorgan poca relevancia a otras fuentes autónomas de producción normativa que no sea la derivada de la ciencia positivista del derecho; y, en consecuencia, suelen relativizar el concepto de pluralismo jurídico en *sentido estricto* o de tipo sociológico.

## 2. El pluralismo jurídico en el espacio/temporal

La expansión geopolítica de grandes imperios multinacionales, así como la colonización europea inaugurada desde el siglo XV en América Latina, fueron procesos que abonaron a la emergencia del pluralismo jurídico, cuyo común denominador fue la imposición del derecho del colonizador a los pueblos o naciones sometidas. Como señala Bartolomé Clavero, en la época colonial, si bien las comunidades indígenas conservaron sus “usos y costumbres”, estos no lograron florecer de manera autónoma, ya que finalmente el derecho colonial se impuso sobre la vida individual y colectiva de los indígenas (Clavero, 1994: 5-19).

Esta misma jerarquía normativa sobrevivirá tras la descolonización política en los siglos XIX y XX, en el contexto de los emergentes Estados independientes en Asia, África o América Latina, donde el derecho del colonizador será asumido y declarado oficial al lado de otras concepciones jurídicas concurrentes. De hecho, tras varios siglos de dominación y segregación etnocultural que supuso la colonización europea, muchas de las expresiones jurídicas extraestatales continuaron en la práctica cotidiana al margen del derecho oficial, resistiendo procesos de asimilación e integración que caracterizó la construcción del Estado nacional en nombre de una concepción monista, la misma que redujo la diversidad cultural preexistente a una sola visión dominante del derecho, la cultura, la nación, la religión, la lengua, etc. (Villoro, 1998). De ese modo, la diversidad de prácticas jurídicas vivas en contextos locales fueron abstraídas o eliminadas por la lógica del Derecho estatal empeñada en reproducir el sistema jurídico moderno occidental sustentado en la trilogía Estado/soberanía/derecho. Por eso dirá -con razón- De Sousa Santos (2009: 47), que *la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un “juridicidio” masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista*.

Será a partir de las últimas décadas del siglo pasado, con el resurgimiento de nuevos grupos sociales, minorías étnicas, nacionales, pueblos indígenas, etc., cuando empezará a reconfigurarse el mapa jurídico-político de los Estados-naciones, dando paso hacia una conformación pluriétnica, plurinacional y plurijurídica. De modo que esta etapa se caracterizará por el reconocimiento formal de diferentes estatutos jurídico-políticos a las minorías sociales y culturales en diferentes niveles y espacio geopolíticos. En este contexto, varios países latinoamericanos empezaron a formalizar el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico desde la década de los noventa, especialmente con respecto a los pueblos indígenas: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994-2009), Ecuador (1998-2008), Guatemala (1998), México (1992-2000). Como telón de fondo de todo este proceso subyace el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (OIT), uno de los primeros instrumentos internacionales que recoge, entre otros derechos de los pueblos indígenas y minorías excluidas, el de la jurisdicción especial. Cabe decir que el proceso de reconocimiento constitucional en su conjunto ha supuesto un avance significativo en términos descriptivos, al hacer oficial lo que ha existido durante siglos: una constelación de culturas y derechos preexistentes a la emergencia de la sociedad dominante, aunque por lo general dicho reconocimiento haya sido limitado, después de todo, según las pautas normativas de la cultura jurídica dominante.

En definitiva, el pluralismo jurídico ha experimentado diferentes tratamientos jurídico-políticos en el curso de la historia, empezando con la segregación que supuso la colonia; la asimilación e integración en la época independiente, y el modelo pluralista de los actuales Estados multinacionales y multiculturales

(Yrigoyen, 2002). Por esta razón, podemos decir con Sally Engle Merry, que en todo este proceso de transformación de la sociedad ha habido dos interpretaciones generales del pluralismo. Por un lado, el “pluralismo jurídico clásico”, que da cuenta de la coexistencia de sistemas jurídicos en sociedades que fueron colonizadas, donde se impuso el derecho del colonizador; y por el otro, el “nuevo pluralismo jurídico” que responde a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas como consecuencia de la fragmentación de los estados nacionales en la era postcolonial y postindustrial; así como la concurrencia que se produce entre reglas locales, comunitarias, regionales, nacionales, trasnacionales e internacionales o estatutos jurídicos de minorías reconocidas (Merry, 1988: 869-896).

### 3. La eclosión teórica y práctica del pluralismo jurídico

El surgimiento del pluralismo jurídico en el contexto europeo tiene una connotación más teórica que práctica, cuyo origen puede rastrearse en el contexto del movimiento “antiformalista” con la Jurisprudencia de Intereses, la Escuela de Derecho Libre, el movimiento del Realismo Jurídico, el movimiento del Uso Alternativo del Derecho o la *Critical Legal Studies* (Arnaud y Fariñas, 2006: 78-109). Todos ellos nacieron como reacción frente al exceso del formalismo, legalismo y logicismo del positivismo jurídico dominante a finales del siglo XIX y principios del XX, bien aceptando el paradigma del derecho positivo, pero denunciando el déficit del mismo en lo que atañe a la creación, interpretación y aplicación del derecho, o bien poniendo en duda el carácter monista del derecho estatal, como es el caso del movimiento de Derecho Libre, guiado por el austriaco Eugen Ehrlich al centrarse ya no en la adjudicación judicial, legitimando con ello el sistema jurídico estatal mediante una alternativa metodológica en la interpretación y aplicación del Derecho, sino cuestionando la unicidad del derecho estatal, es decir, el carácter monista en que se fundamenta el monopolio jurídico del derecho estatal. En este sentido, afirmará Ehrlich que al lado del derecho oficial o estatal existen otros “derechos” o “sistemas jurídicos” que tienen su fuente de producción en los hechos de la sociedad, en la realidad de los colectivos sociales, y que, conviven con el derecho oficial en una suerte de “derecho vivo”, “derecho social” o derecho alternativo (Ehrlich, 1989).

190

Esta aproximación entre sociedad y derecho se advierte también en la posición antiestatalista del derecho de Santi Romano, a través de la Teoría de la Institución. Es en la institución o en la organización social donde tiene origen el derecho; siendo el Estado una institución jurídica más, existente en la realidad social, aunque se haya impuesto al calificar de antijurídicas aquellas normas que proceden de organizaciones o instituciones que siempre han existido con vida propia. Por eso, el conjunto de organizaciones sociales o instituciones existentes constituyen necesariamente una pluralidad de ordenamientos jurídicos (Romano, 1963). Al lado de esta concepción ampliada del derecho, irreductible a la identificación entre Derecho y Estado (Kelsen, 2000), se sumarían diversos estudios empíricos del pluralismo jurídico, al analizar diferentes esferas jurídicas vigentes en la sociedad a partir de estudios sociológicos y etnográficos: (Malinowski, 1976; Moore, 1973; Griffiths, 1986; Avendaño de Durand, 1982).

A diferencia del pluralismo jurídico europeo, un rasgo distintivo del pluralismo jurídico latinoamericano es que tiene su origen en la *praxis* del movimiento alternativista presente en países como Argentina, Colombia, México, Ecuador, Perú, etc., aunque el movimiento más importante se remonta al contexto brasileño, siendo sus precursores el llamado “movimiento de los jueces gauchos”, quienes rompieron con la tradición formalista del positivismo jurídico, al impulsar un uso alternativo del derecho a favor de los sectores más desprotegidos (Souza, 2001).

VOCES

El punto de partida de los alternativistas se halla en la acusación de la crisis del paradigma del monismo jurídico, y a la ineficacia del positivismo y formalismo jurídico para dar cuenta de las distintas lógicas de autorregulación extra-estatal formuladas por los nuevos sujetos emergentes, dejando el Estado de ser la única fuente de producción y regulación jurídica (Sánchez Rubio, 2002). Los contextos de opresión, de desigualdad y exclusión social caracterizada por la ausencia del Estado, constituyen muchas veces, fuentes de creación o recreación de la alternatividad jurídica, en la línea de satisfacer “necesidades humanas fundamentales” (Wolkmer, 2006: 213). Este es el escenario donde se afianzan los nuevos actores sociales portadores del nuevo pluralismo jurídico, tales como las rondas campesinas, las favelas, el movimiento sin tierra, las callampas en Chile, las ciudades perdidas en México, las villas miseria en Argentina, etc.

La estrategia más recurrente para producir distintas formas de alternatividad jurídica, a juicio de Wolkmer (2006: 247-260), discurre por dos vías principales: 1) prácticas legales institucionales de producción alternativa dentro del derecho oficial; y 2) prácticas o mecanismos jurídicos no institucionales fuera del sistema jurídico estatal. El primer caso consiste en procedimientos alternativos institucionalizados que potencialmente pueden ser utilizados, explotados y apropiados por los nuevos sujetos sociales para reivindicar derechos adquiridos y reconocidos por el derecho oficial, y que pueden a su vez ser: a) prácticas “reconocidas oficialmente” como la conciliación, la mediación, el arbitraje, los juzgados especiales o justicia de paz; y b) el uso alternativo del derecho, al forzar el marco formalista del derecho estatal hacia una interpretación judicial favorable a los sectores más pobres y oprimidos (hoy podría ser el garantismo). En cambio, el segundo supuesto rompe con el paradigma jurídico monista para dar cauce al derecho alternativo. A tales efectos se recurre a prácticas no institucionalizadas de producción jurídica y solución de conflictos paralelas al derecho estatal. Esta ha sido la experiencia de los nuevos movimientos sociales latinoamericanos que, con sus prácticas autogestionarias alternativas han fomentado una cultura jurídica pluralista, constitutiva del pluralismo jurídico.

#### 4. Consideraciones finales

La estructura jerárquica y piramidal que caracteriza a los sistemas clásicos y el principio según la cual toda soberanía pertenece exclusivamente al Estado, cede cada vez más ante la emergencia de entidades colectivas que propugnan la fragmentación de la soberanía estatal en la producción y aplicación de normas de autorregulación paralelas al derecho estatal. Esta proliferación de entidades regidas por sus propios parámetros normativos no sólo conlleva lógicas diferentes o contrarias al derecho estatal, sino incluso, tienen la capacidad de imponerse al propio sistema jurídico estatal como el caso de las grandes corporaciones económicas afirmadas en la nueva *lex mercatoria*.

Evidentemente, el derecho desarrollado por las corporaciones transnacionales o las entidades subnacionales no siempre comporta una barrera infranqueable al derecho estatal ni sugiere el rechazo total de la gramática jurídica positivista, pues está previsto que una característica asociada al pluralismo jurídico es precisamente la interlegalidad, en cuanto que los sistemas jurídicos entran en diálogo y establecen diferentes puntos de contacto, de intercambio e imbricaciones en distintas esferas normativas (De Sousa Santos, 2003: 250-252). Por tal razón, la interlegalidad es una experiencia presente en aquellos contextos de interacción entre el derecho estatal y el no estatal, lo que demuestra que los sistemas jurídicos no están cerrados a la “contaminación” de otras influencias normativas. Si bien esta “porosidad legal” presenta mayor influencia en el ámbito procedural (juicios, testigos, pruebas, audiencias, resoluciones escritas, etc.); sin embargo, no parece

modificar sustancialmente la concepción de justicia según el significado normativo y valorativo compartido en contextos locales o comunitarios (Adonon, 2009:51-72).

Es sabido que los sistemas jurídicos coexistentes establecen relaciones que algunas veces se desarrollan armónicamente y otras de manera conflictiva. La tensión se presenta sobre todo, cuando la práctica de un determinado sistema jurídico se desenvuelve bajo una lógica radicalmente distinta al funcionamiento del derecho estatal. Estas discordancias son gestionadas normalmente al pasar los diferentes sistemas jurídicos no estatales el filtro de las categorías conceptuales suministradas por la ciencia jurídica occidental, con lo cual se incurre ineludiblemente en una deformación del concepto de derecho según el punto de vista interno de sus propios actores colectivos. La consecuencia de esta estrategia de imponer la gramática jurídica estatal en la lectura de los sistemas jurídicos extraestatales es que a final de cuentas, se termina por criminalizar cualquier ejercicio de la justicia alternativa.

Si bien la formalización del reconocimiento estatal al pluralismo jurídico es un paso importante a fin de armonizar la interlegalidad entre tradiciones jurídicas diferentes, ésta apenas representa un punto de partida cuya garantía exige transformaciones sustanciales, y un ejercicio de “desprendimiento mental” del imaginario cultural y jurídico occidental como presupuesto para comprender la alteridad jurídica en sede intercultural. De esta manera se permitiría que las experiencias jurídicas no modernas puedan expresarse de acuerdo a su lógica interna, sin antes ser sometidas al tamiz de categorías y conceptos que definen previamente lo normal/anormal, jurídico/no jurídico, legal/illegal o lo racional/irracional.

En conclusión, el pluralismo jurídico es una perspectiva que amplía las fronteras conceptuales del Derecho más allá de la concebida por la ciencia jurídica tradicional, y subraya que la manifestación de lo jurídico no se agota en el derecho estatal ni todas las culturas jurídicas existentes se reducen a la tradición jurídica occidental, siendo ésta más bien, una más de una pluralidad de expresiones existentes socialmente, aún cuando haya logrado globalizarse e imponerse sobre los demás sistemas jurídicos concurrentes.

## Bibliografía

ADONON VIVEROS, A. (2009), “Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México”, *Nueva Antropología*, Vol. XXII, Nº 71, pp. 51-72.

ARNAUD, A.J. y FARIÑAS M.J. (2006), *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid.

AVENDAÑO DE DURAND, C.C. (1982), *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el valle de Tlacolula*, Fonapas-Oaxaca, México, D.F.

BOBBIO, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.

CABEDO MALLOL V. (2012), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Icaria, Barcelona.

CLAVERO, B. (1994), *Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América*, Siglo XXI, México, D.F.

CLAVERO, B. (2006), “Derechos indígenas y Constituciones Latinoamericanas”, en BERRAONDO M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao.

CORREAS, O. (2003), *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, D.F.

CORREAS, O. (2007), *Derecho indígena mexicano I*, UNAM, Ediciones Coyoacán, México, D.F.

DE SOUSA SANTOS, B. (1998), *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia - ILSA, Bogotá.

DE SOUSA SANTOS, B. (2003), *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Bruower, Bilbao.

DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá.

EHRLICH, E. (1989), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humboldt, Berlín.

FARIÑAS M.J. (2006), *Los Derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*, Dykinson, Madrid.

GÓMEZ, M. (2002), "Derecho indígena y constitucionalidad", en KROTZ, E. (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-UAM, Barcelona.

GRIFFITHS, J. (1986), "What is legal pluralism?", *Journal of legal pluralism*, Núm. 24, pp. 1-55.

KELSEN, H. (2000), *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México D. F.

LAOS FERNANDEZ, A., RODRÍGUEZ GÓMEZ, E. y PAREDES DIEZ CANSECO, P. (2009), *Rondando por nuestra ley: la exitosa experiencia de incidencia política y cabildeo de la Ley de Rondas Campesinas*, SER-Projur, Lima.

MALINOWSKI, B. (1991), *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona.

MERRY, S.E. (1988), "Legal pluralism", *Law and Society Review*, Vol. 22, Núm. 5, pp. 869-896.

MOORE, S.F. (1973), "Law and social change: the semi-autonomous field as an appropriate subject of study law", *Law and Society Review*, Vol. 7, Núm. 4, pp. 719-746.

OLGIATI, V. (2006), "El nuevo pluralismo jurídico y la lex mercatoria en la dinámica constitucional europea", en SILVA J.A. (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, UNAM, México D.F.

POSPISIL, L. (1972), *Anthropology of law. A comparative theory*, Yale University Press, New Haven.

ROBLES MORCHÓN, G. (2007), *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho*, Thomson-Civitas, Navarra.

RODRÍGUEZ AGUILAR, C. (2007), *Justicia comunitaria y las Rondas Campesinas en el sur andino*, SER, Lima.

ROMANO, S. (1963), *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

SÁNCHEZ RUBIO, D. (2002), "Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad", en DE LA TORRE RANGEL, J.A. (ed.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México D.F.

SORIANO, R. (1997), *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona.

SOUZA, M.L. (2001), *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales, Bogotá.

VILLORO, L. (1998), *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós, México, D.F.

WOLKMER, A. C. (2006), *Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, Mad, Sevilla.

YRIGOYEN, R. (1999), *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala.

## Códigos deontológicos de la abogacía

**Ricardo Cueva Fernández**

Universidad Carlos III de Madrid

[rcueva@der-pu.uc3m.es](mailto:rcueva@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

Los profesionales del Derecho gozan de ciertas facultades que a su vez tienen correspondencia con el cumplimiento de específicos deberes ligados a un fin social. Entre ellos destacan los abogados, que disponen de una deontología que abarca todo un conjunto de normas sociales, morales y jurídicas. Tales normas configuran excepciones a la aplicación de otras que no son de carácter específicamente profesional y están justificadas desde el momento en que reúnan conductas cuya realización resulte requisito indispensable para el ejercicio del derecho de defensa.

### Palabras clave

Profesiones jurídicas, deontología, abogados, códigos, sanción, derechos.

194

## Codes of ethics for lawyers

### Abstract

Legal professionals have certain duties, according to the specific performance of their social function. Among them the lawyers have a deontology that includes social, moral and legal rules. These norms constitute exceptions to the application of other non-professional rules and are justified by supporting behaviors whose fulfillment becomes a prerequisite for the exercise of the right of defense.

### Keywords

Legal professions, deontology, lawyers, codes, sanction, rights.

La ley se configura como un elemento básico de la convivencia social y el contexto de su aplicación resulta de suma importancia. En este último aspecto, las profesiones jurídicas mantienen una especial relevancia que hace que desempeñen una función social imprescindible para el ciudadano y el correcto funcionamiento del sistema jurídico. Cuestiones como la validez, eficacia y legitimidad del sistema entroncan directamente con la existencia de profesionales del Derecho dispuestos a cumplir adecuadamente con un núcleo de obligaciones que satisfagan valores como la seguridad jurídica o la protección de los derechos fundamentales. Las profesiones jurídicas pueden servir para dar fe pública, asesorar, defender procesalmente las pretensiones del patrocinado, sostener el interés público o el de la víctima, o incluso aplicar la propia norma dictando una sentencia y por tanto una norma de carácter especial: *lo que permite definir a una profesión es la prestación habitual de algún servicio de carácter técnico* (Hierro, 2010: 87). Cumplen con una función social que es precisamente la más importante en una sociedad regulada por el imperio de la ley, personificando sus titulares el núcleo duro del Estado de Derecho.

Aunque su actividad parece tener de fondo ciertas facultades que el profesional mantiene como privilegios especiales para ejercer su función de manera más *adecuada*, la deontología propiamente dicha hace hincapié en sus *deberes*. De hecho, emerge como explicación de ciertas inmunidades. En este aspecto, además, las obligaciones que son tratadas más a menudo son las de abogados y jueces. Ambas figuras tienen extensión universal, cosa que no ocurre con otro tipo de profesiones jurídicas, mucho más relativas a contextos específicos.

### 1. La justificación genérica de la deontología profesional, y en particular, la de los abogados

195

En realidad, un conjunto de normas deontológicas profesionales en general surge siempre de la mano de cierta experiencia acumulada y, por ello, las hace aproximarse a la costumbre. Comparten con determinados usos, asimismo, el hecho de que aquéllos que las adoptan logran mantener el *prestigio* y la *consideración social* de la profesión. En este sentido tienen algo de prudenciales: se basan en el conocimiento adquirido por los hombres de específica pericia sobre determinadas situaciones de la vida forense, que ha originado a lo largo del tiempo algunas normas para su *correcta actuación*. Pero aquí acaban las concomitancias con usos y ética, desde el momento en que se establece su sanción obligatoria por el ordenamiento. Los dos elementos anteriores son de procedencia netamente corporativa, y en algún instante han de ponerse en conexión con el resto de normas de toda la sociedad y con algún fin o valor que las someta a evaluación más allá de los límites del grupo profesional.

Para ello, en el caso de las profesiones jurídicas se acude a relacionarlas con la norma suprema en casi todos los Estados democráticos, la Constitución, y en el supuesto particular de los abogados, con el *derecho a la defensa*. Aunque en los códigos deontológicos se contemple su posible choque con otros derechos de terceros o bienes jurídicos que puedan aflorar en ciertas circunstancias, la especial relevancia de un precepto como nuestro art. 24 de la CE resulta ineludible en este ámbito. De esta forma, una vieja plataforma gremial que también ha existido en campos como el sanitario u otros, se convierte en una corporación de Derecho Público (STC 89/1989, FJ 6º) autorizada para, mediante los oportunos mecanismos decisorios internos, disciplinar el comportamiento de sus miembros. Así lo refleja, junto con el art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento Disciplinario del Consejo General de la Abogacía Española (2009), de contenido muy similar, el art. 546.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985: *la responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete*

*declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo el procedimiento sancionador.* Y ello además sin jurisdicción exclusiva, dada la posibilidad de apelar aquellas sanciones en el orden contencioso-administrativo (véase el art. 17.1 del Reglamento citado: *las resoluciones de los órganos competentes que pongan fin al procedimiento serán recurribles conforme a la legislación vigente*, y también el art. 98 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre del 2002, CDAE).

Tiene razón Aulius Aarnio (2001) cuando asevera que los abogados no tienen una ética especial, si a lo que se refiere es a que lo que solemos entender como virtudes son predicables o no de cualquier persona, al margen de su profesión. Y en esto resulta acertada su crítica de la literatura habitual en esta área. Pero no cuando apunta a la inexistencia de una deontología propia, que abarcaría un "conjunto de normas sociales, morales y jurídicas" de carácter no técnico (Lega, 1983: 23). En realidad, la situación peculiar de las normas deontológicas puede explicarse desde el momento en que configuran excepciones a la aplicación de otras que no son de carácter específicamente profesional (Hierro, 2010: 87). Ahora bien, sólo prevalecerán frente a normas de Derecho positivo divergentes en la medida y supuestos en que sea reconocida su superioridad por el ordenamiento jurídico general. Estarían justificadas desde el momento en que reunieran conductas cuya realización resultara requisito indispensable para el desempeño de una función profesional y que no violaran un bien de mayor envergadura que el procurado por tal cometido. Es decir, siempre y cuando el ya indicado derecho de defensa no debiera de estar subordinado en cierta situación a otras consideraciones, y que, dada la constitucionalización de aquél y sus aledaños (derecho a la intimidad y a no declarar contra sí mismo, secreto profesional) han de quedar muy restringidas.

Asimismo, y frente al enfoque que pudiera considerar como demasiado vagos o de textura no propiamente normativa los deberes codificados de la abogacía, la STC 219/89, referida a su vez a la STC 69/1989, indicó en su FJ 5º que la regulación mediante conceptos jurídicos indeterminados no vulneraba la exigencia de *lex certa*, siempre que: 1) resultara razonablemente factible su concreción en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y 2) permitiera prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características primordiales de las conductas constitutivas de la infracción. En ese mismo Fundamento, además, la STC 219/89, justificaba esta orientación por razones de *especial sujeción* de los abogados a sus colegios profesionales. Tales corporaciones, junto con aspectos relativos al trato del profesional con los tribunales o compañeros, con la otra parte, el cliente o el propio colegio (arts. 34-43 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, EGAE), regulan asimismo su actuación en demarcaciones distintas a la de su ámbito geográfico original. También establecen cierta regulación sobre la publicidad permisible (art. 7 CDAE), las responsabilidades en el caso de los despachos colectivos (art. 27.2 EGAE) y el aseguramiento civil por negligencias profesionales (art. 21 CDAE).

## 2. Los deberes del abogado.

Con respecto a los deberes codificados del abogado cabe fijar una tipología que se corresponda con los distintos momentos de su actuación. Así, lo que sin duda surge en primer término es una relación de confianza con quien acude a él. Una vinculación que suministra automáticamente el correspondiente deber de *secreto profesional*. Y ello porque, incluso si el abogado decidiera rechazar el caso o la acción propuesta por quien recurriera a sus servicios, su obligación no cesaría en ningún momento, como sostiene implícitamente el art. 5.2 CDAE, al incluir todas "las

confidencias y propuestas del cliente". Los únicos supuestos en el que tal cosa no ocurriría, y esto incluso en los casos en que el letrado conociera después de tales hechos, sería en aquellos "excepcionales de suma gravedad" y en los que el mantenimiento de la confidencialidad "pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias". En tales situaciones, "el Decano del Colegio aconsejará al abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto". De lo contrario, el secreto habría de mantenerse, y además, de forma indefinida. Pues aunque transcurrieran meses, años o décadas desde el cese del proceso en cuestión o de los efectos de cierta actuación legal, el abogado debería conservar el secreto profesional de que se tratase (aptdo. 2.3 del Cap. 2 perteneciente al Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea de 28 de octubre de 1988, art. 25.2. del EGAE, y art. 5.7 CDAE).

Pero, otorgada la confianza por el cliente, puede el profesional, como se ha indicado, rechazar su patrocinio por unas u otras razones (art. 26.1 EGAE: "los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar el asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente", y 13.3 CDAE, en el mismo sentido). Tal posibilidad se ve amparada por el principio de *independencia* que preside su desempeño forense. El que deba auxiliar fielmente al asistido no implica que haya de permanecer *adosado* a él. Entre otros motivos, porque de lo contrario peligraría su *pericia*, es decir, su habilidad para distanciarse lo suficiente de la situación como para desenvolver sus habilidades con *eficacia*. Se supone que de otra forma su mejor conocimiento técnico quedaría viciado por las pretensiones del patrocinado que permanecieran *ciegas* frente a un ámbito que sólo puede conocerse a través del continuado aprendizaje del Derecho y sobre su aplicación en escenarios *verosímiles*. Ni que decir tiene que esto se aproxima a un cierto entendimiento *probabilístico* de la profesión y que estaría en consonancia con el art. 13.9.a) del CDAE, según el cual el abogado tiene la obligación, ante requerimiento de su patrocinado, de expresar por escrito su opinión "sobre las probabilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto". El cliente desea un resultado y el abogado le asesora o defiende considerando tal objetivo, aunque *nunca pueda asegurárselo*. Y por motivo de las fluctuaciones y cambios que se puedan producir en los procesos, actuaciones o procedimientos, e incluso en la voluntad del patrocinado, esa meta puede variar o transformarse y también así emerger el rechazo a conservar la intervención profesional, bien sea de una parte, por insostenibilidad de las pretensiones (contemplada en el art. 13.3 CDAE), bien de otra, por disconformidad del asesorado o defendido con su propio defensor.

Ahora bien, en el caso del abogado, no debe olvidarse otro deber concordante, que es el de no dejar abandonado a su cliente a merced de sus propios medios, que suponemos escasos en conocimiento técnico. En consecuencia, debe quedar claro el momento en que este pasa de un profesional a otro, y por tanto, sin período alguno intermedio. Existe así el sistema de la "venia", por el cual el abogado da consentimiento a que otro colega le sustituya, pero el requerido no puede denegarla, y además está obligado a "devolver la documentación en su poder y facilitar al nuevo letrado la información necesaria para continuar su defensa" (art. 26.3 EGAE, completado por el art. 9.1 del CDAE, que de hecho prácticamente sólo exige la comunicación del sustituto). Tales premisas obedecen, una vez más, a salvaguardar el derecho de defensa arriba mencionado. Y exigen que el letrado del turno de oficio tenga muy difícil la posibilidad de rechazar un asunto, dado que aquí el peso de su función social, que requiere la promoción adecuada del derecho a la defensa, en combinación con la voluntariedad de inscripción a la asistencia jurídica gratuita, determina un rotundo mandato en tal sentido. Así lo corrobora el art. 31 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando señala que "sólo en el orden penal

podrán los abogados designados excusarse de la defensa. Para ello deberá concurrir un motivo personal y justo, que será apreciado por los Decanos de los Colegios". Los arts. 33-35 de la misma Ley establecen además el procedimiento para los supuestos en que el letrado designado de oficio entienda que la pretensión de su defendido es insostenible. De tal regulación se desprende que las dificultades para que esta postura tenga éxito son escasas, al intervenir en aquél tanto el Colegio correspondiente como el Ministerio Fiscal.

Asimismo, puede ocurrir que el abogado tenga la tentación de encaminar a su cliente hacia un objetivo que éste realmente no persigue, es más, que incluso rechaza con intensidad. En este supuesto el abogado querría mantenerse presuntamente al servicio de su patrocinado, sólo bajo una apariencia puramente externa, pero en realidad actuaría de manera *desleal*, traicionando sus auténticos intereses. Se trata de los casos en que existe un conflicto entre los pertenecientes a uno y a otro. Las principales precauciones para impedir que ello acaezca (art. 13.4 CDAE) resultan contempladas en los arts. 22 a 24 EGAE, relativas al desempeño de funciones o empleos públicos (art. 22.2.a), el de otras profesiones cercanas (procurador, graduado social, etc., art. 22.2.b), la auditoría de cuentas (22.3) y el parentesco con personal de los órganos jurisdiccionales (24). Pero también hay una general prohibición expresada en el art. 13.4 CDAE, y según la cual el abogado no puede defender intereses contrapuestos o contrarios a los suyos propios. No es necesario insistir en ello de nuevo, pero resulta claro que, una vez más, la custodia del derecho de defensa es preeminente aquí. Y excluye también el supuesto de que el abogado también quisiera dirigir a su cliente de forma engañosa. El art. 13.9.e) CDAE viene a decir que el letrado debe *informar* a aquél de *la evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentales, recursos contra las mismas, posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio*. Esta cláusula, más la regulación ya indicada sobre la venia y la posibilidad de exigir al profesional opinión u honorarios indicados por escrito (art. 13.9. b CDAE), parecen contribuir al reforzamiento de la posición del ciudadano que demanda los servicios profesionales de que se trate. Si bien siempre existirá el problema de la interpretación: ¿hasta qué punto está diciendo la verdad el letrado? Aquí es donde sería coherente la defensa de cierta libertad de mercado en el seno de la profesión, que permitiría escoger y dilucidar al cliente sin cortapisas ilegítimas, y así deben sostenerse, y sólo en tanto en cuanto amparen tal motivo, las reformas normativas que se han realizado a partir de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras del suelo y de Colegios profesionales.

El art. 5 de esta Ley modificó el art. 2.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de la siguiente forma: *el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal*. Esto supuso que los criterios para la fijación de honorarios se convirtieran en meramente orientativos. Además, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre del 2002 suspendió la vigencia del art. 16 CDAE, referido a la prohibición de *cuota litis*. Este precepto imposibilitaba que se cobraran honorarios en forma de puro porcentaje de la ganancia obtenida tras el pleito o actuación correspondiente, pues el Tribunal de Defensa de la Competencia lo había declarado inválido el 26 de septiembre del 2002. Hasta ahora una sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>) de 4 de noviembre del 2008 impide acudir al régimen anterior, si bien subsiste el art. 44.3 EGAE que prohíbe en cualquier caso *la cuota litis en sentido estricto*.

## Bibliografía

AARNIO, A. (2001), "Lawyers Professional Ethics -Do They Exist?", *Ratio Juris*, Vol. 14, Núm. 1, pp. 1-9.

ALBANÉS MEMBRILLO, A. (1999), "La responsabilidad civil del abogado", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 11, pp. 75-103.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (2006), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (2008), "Ética y deontología de las profesiones jurídicas", *Derechos y Libertades*, Núm. 19, pp. 67-84.

CASADO, M. (1998), "Ética, Derecho y deontología profesional", *Derecho y Salud*, Vol. 6, Núm. 1, 1998, pp. 30-35.

CASERO MEJÍAS, M. (1995), "Aspectos éticos de las profesiones jurídicas: el Registrados de la Propiedad y el Mercantil", en SANTAELLA LÓPEZ, M., *Textos y materiales para el debate deontológico*, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

DE LA TORRE DÍAZ, F.J. (2000), *Ética y deontología jurídica*, Dykinson, Madrid.

DEL ROSAL, R. (2002), *Normas deontológicas de la abogacía española*, Civitas, Madrid.

FREEDMAN, B. (1981), "What really makes professional morality different: response to Martin", *Ethics*, Vol. 91, Núm. 4, pp. 626-30.

GARRIDO SUÁREZ, H.M. (2011), *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*. Edisofer, Madrid.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., y RUIZ GARCÍA, C.A. (2009), "Honorarios y abogados, competencia y pacto de *quota litis*. Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008/2800; MP Eduardo Espín Templado)", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 1, pp. 2-12.

GÓMEZ PÉREZ, R. (1988), *Deontología jurídica*, Eunsa, Pamplona.

GRANDE YÁÑEZ, M. (2006), *Ética de las profesiones jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao.

HERNÁNDEZ MARQUÉS, H. (1999), "Colegios profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 11, pp. 25-52.

HIERRO, L. (2010), "Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica", *Teoría & Derecho*, Núm. 8, pp. 80-98.

HIERRO, L. (1997), "Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto", *Sistema*, Núm. 137, pp. 27-44.

IGLESIAS, T. (1991), "El discutible valor jurídico de las normas deontológicas", *Jueces para la Democracia*, Núm. 12, pp. 53-61.

LA TORRE, M. (2007), "'Juristas, malos cristianos'. Abogacía y ética jurídica", *Derechos y Libertades*, Núm. 17, pp. 71-108.

LEGA, C. (1983 [1976]), *La deontología de la profesión de abogado*, Civitas, Madrid.

MALEM, J. (2006), "Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

MALEM, J. (2010), *La profesionalidad judicial*, Fontamara, México D.F.

MARTÍNEZ VAL, J.M. (1993), *Abogacía y abogados*, Bosch, Barcelona.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, A. (2008), *Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor.

PARDO GATO, J.R. (2007), "Las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios de abogados: su revisión judicial", *AFDUDC*, Núm. 11, pp. 641-679.

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N. (1999), "Reflexiones actualizadas de la ética profesional de la abogacía", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 11, pp. 7-23.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2010), "Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 20, pp. 92-118.

SALAS, M.E. (2007), "¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los consultores de la ética y la deontología jurídica", *Doxa*, Núm. 30, pp. 581-600.

SANTAELLA LÓPEZ, M. (1995), *Textos y materiales para el debate deontológico*, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

VV.AA. (2003), *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, Universidad Católica San Antonio, Murcia.

## Gobierno abierto

Álvaro Ramírez-Alujas

*Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid*  
[alvaro.ramirez.alujas@qigapp.org](mailto:alvaro.ramirez.alujas@qigapp.org)

### Resumen

El gobierno abierto constituye un nuevo paradigma que basado en los principios de la transparencia y apertura, participación y colaboración, intenta responder al agotamiento de los modelos tradicionales de gobernanza en un mundo que está cambiando radical y vertiginosamente. El trabajo desarrolla una aproximación sintética al debate sobre el origen, alcances y perspectivas del concepto, y da cuenta de sus principales elementos constitutivos. Por otro lado, discute la idea de entenderlo como una plataforma (gobernanza abierta) para la participación y la colaboración ciudadana que favorezca la co-creación, el co-diseño y la co-gestión de servicios públicos, en un contexto donde la confianza, la co-responsabilidad y el compromiso cívico son elementos clave para el proceso de cambio que experimentan los gobiernos y las administraciones públicas de cara a los desafíos que le impone la sociedad en el nuevo milenio.

### Palabras clave

Gobierno abierto, transparencia, participación, colaboración, gestión pública, gobernanza.

## Open Government

### Abstract

This work analyzes the concept of corruption from different perspectives: law, economy, political science, ethics and sociology. It summarizes the different approaches and creates a typology. Finally, it gives an overview of the most important research challenges in this field.

Open government is a new paradigm based on the principles of transparency and openness, participation and collaboration, that attempts to respond to the depletion of traditional models of governance in a world that is changing radically and rapidly. The paper develops a synthetic approach to the debate on the origin, scope and prospects of the concept and realizes its main components. On the other hand, it discusses the idea of understanding as a platform (*open governance*) for citizen participation and collaboration that encourages co-creation, co-design and co-management of public services, in a context where trust, co-responsibility and civic engagement are key to the process of change experienced by governments and public administrations faced the challenges imposed by society in the new millennium.

### Keywords

Open government, transparency, participation, collaboration, public management, governance.

## 1. Introducción

En los últimos años se ha reposicionado en la agenda el concepto de gobierno abierto y se ha estimulado un profundo debate sobre sus alcances y perspectivas de la mano de un movimiento global que, desde la práctica concreta desarrollada por organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y otros actores, se posiciona como un modelo emergente sobre la práctica política, la gestión pública y el fortalecimiento democrático. Poco a poco se ha ido transformando en una especie de filosofía sobre cómo gobernar en el siglo XXI y qué papel juegan los diversos actores sociales en un escenario cuya complejidad es cada vez más inabordable desde una perspectiva solamente anclada en las capacidades y recursos estatales (Ramírez-Alujas, 2012).

En este trabajo intentaremos ofrecer una breve síntesis que permita entender el origen del concepto, sus implicancias y alcances desde el ámbito de la (relativamente escasa) reflexión académica disponible sobre el tema, para luego contrastarlo con los seminales esfuerzos que le han valido su reposicionamiento en la agenda global, situación que no ha estado exenta de dificultades por la ambigüedad, solapamiento y confusión con otros términos o tendencias en boga, en particular lo relativo a datos abiertos o gobierno electrónico (Yu y Robinson, 2012). Adicionalmente, se discute sobre sus límites y potencialidades, y se plantean ciertas cuestiones relevantes acerca de su viabilidad y proyección futura como una respuesta plausible (entre muchas otras) para reconstruir y fortalecer los gobiernos y las Administraciones públicas en el nuevo milenio, bajo la idea de una nueva arquitectura que va más allá de lo estatal: la gobernanza abierta y colaborativa.

## 2. Gobierno abierto: El punto de partida

202

En la actualidad, cuando hablamos de gobierno abierto hacemos referencia a la expresión de ciertos principios que se manifiestan en: a) mejorar los niveles de *transparencia y acceso a la información mediante la apertura de datos públicos* (para ejercer control social y rendición de cuentas) y *la reutilización de la información del sector público* (para promover la innovación y el desarrollo económico); b) facilitar la *participación de la ciudadanía en el diseño e implementación de las políticas públicas* (e incidir en la toma de decisiones); y c) favorecer la generación de *espacios de colaboración entre los diversos actores*, particularmente entre las administraciones públicas, la sociedad civil y el sector privado, para *co-diseñar y/o co-producir valor público* (Ramírez-Alujas, 2010). Dichos esfuerzos se enmarcan en el propósito de fortalecer los sistemas democráticos, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, potenciar la participación y el compromiso cívico, y mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los gobiernos y sus administraciones públicas, bajo principios de equidad, integridad y transparencia. Todo ello a través de la generación de nuevos espacios para la innovación institucional, el desarrollo de mecanismos ligados a la co-creación en la provisión de servicios públicos y al trabajo colaborativo, y la puesta en marcha de nuevos entramados organizativos y sistemas de gestión orientados a fomentar la apertura y una nueva forma de gobernar en el contexto de la sociedad red (Ramírez-Alujas y Dassen, 2012).

En este escenario, el papel de Internet, las tecnologías y la cultura digital han sido claves en la actual combinación de elementos que refundan la idea de gobierno abierto. Por un lado, porque el entorno digital en nuestros días constituye la infraestructura de base que facilita y hace posible un acceso más fluido a la información y la gestión del conocimiento; y por el otro, por los valores subyacentes en los patrones de interacción que promueve la cultura digital: prácticas abiertas,

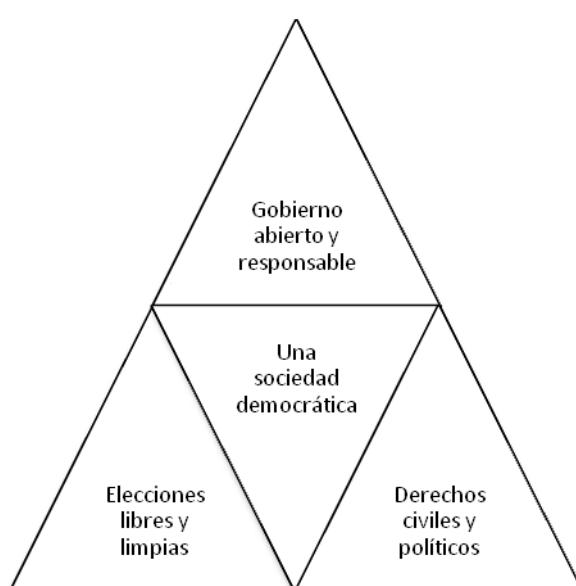
transparentes, participativas y colaborativas (Tapscott y Williams, 2011). Todo ello es condición fundamental para la construcción de gobiernos abiertos, pero resultan del todo insuficientes si en paralelo no se logran introducir dichos valores, prácticas y modelos de trabajo en el andamiaje que constituye la cultura política y administrativa (burocracias públicas) de las instituciones que configuran y sostienen el actual sistema democrático (con sus virtudes y limitaciones), en distintas partes del mundo. Allí vemos, hoy en día, las resistencias y obstáculos más visibles a la consolidación de este nuevo paradigma.

Lo anterior, requiere de marcos institucionales y bases legales adecuadas al nuevo contexto, sistemas de gestión más sofisticados y un profundo cambio en la cultura de las organizaciones públicas para hacer de la promesa del gobierno abierto una realidad. Ese es el desafío en el que muchos países se encuentran actualmente y da cuenta de la oportunidad histórica que ofrece como respuesta a la complejidad e incertidumbre reinante en un mundo que intenta superar las profundas heridas, rupturas y costes que la crisis financiera, política y moral ha dejado como herencia: Una brutal transición institucional en la búsqueda de nuevos modelos de gobernanza fundados en la recuperación de la confianza y legitimidad de la acción política, con los ciudadanos como protagonistas al considerarlos el eje prioritario del quehacer público.

### 3. Gobierno abierto: Esbozo y breve síntesis sobre los orígenes del debate

En el ámbito de la teoría política y el debate académico, el concepto de gobierno abierto no representa novedad alguna. Al intentar explicar los elementos constitutivos que sustentan una democracia representativa, Beetham y Boyle ya lo consideraban uno de los pilares fundamentales al plantear la necesidad de contar con: a) un proceso electoral libre y limpio; b) un *gobierno abierto, transparente y responsable*; c) la garantía de unos derechos y libertades civiles y políticas; y d) una sociedad democrática o “civil” (Beetham y Boyle, 1996: 64). Dicho marco de referencia es presentado como una pirámide democrática en la que cada elemento es necesario para el funcionamiento de todo el conjunto (Figura 1).

**Figura 1**  
**La Pirámide Democrática**



Fuente: Beetham y Boyle (1996).

En particular y bajo este marco de referencia, podemos comprender, en parte, los orígenes que históricamente han sustentado la necesidad por llevar el gobierno abierto a la práctica. Al respecto, un gobierno abierto, transparente y responsable tendría cuatro características principales<sup>1</sup> que lo distinguen (Beetham y Boyle, 1996: 65):

1. La comunicación por el propio gobierno de información objetiva sobre sus políticas: en qué hechos se basan, sus consecuencias en la práctica, sus costes, etc.;
2. El acceso de los ciudadanos y de la prensa a los documentos gubernamentales, tanto directa como indirectamente a través del parlamento;
3. La apertura de las reuniones al público y a la prensa (actas de organismos públicos); y
4. La consulta sistemática por el gobierno a los principales interesados en la formulación y ejecución de determinada decisión política y la publicación de las informaciones y opiniones recogidas al respecto.

Dicha visión en la literatura se complementa con la aparición del concepto en las agendas y debates oficiales durante la segunda parte del siglo XX. Por un lado, las presiones por lograr la apertura del gobierno y mejorar el acceso a la información se reflejaron en diversos movimientos ciudadanos. Por ejemplo, en el caso norteamericano, en 1956, los principales partidos políticos se comprometieron en consolidar un acceso abierto a la información pública que derivó años más tarde en su *Freedom of Information Act – FOIA* (Ley de Acceso a la Información) de 1966. Ya se afirmaba entonces que “nada podría ser más irracional que dar a la ciudadanía el poder, y al mismo tiempo privarles del acceso a la información sin la cual existe el riesgo de abuso de poder” (Parks, 1957: 7).

Tal y como lo plantean Chapman y Hunt para explicar la evolución que ha tenido el debate en el Reino Unido (desde fines de los años setenta), el gobierno abierto en su concepción seminal hace referencia a diversas cuestiones relacionadas con el secreto de gobierno e iniciativas para “*abrir las ventanas*” del sector público hacia el escrutinio ciudadano en aras de reducir la opacidad burocrática (Chapman y Hunt, 1987). Sin embargo, a lo largo de los años dicha primera aproximación fue depurándose para ir definiendo la capacidad que los ciudadanos poseen en una democracia para exigir un gobierno plenamente responsable por sus acciones (u omisiones) y para evaluar la validez de las medidas que adopta. Ello también se refiere a los derechos de los ciudadanos frente a la información que de ellos disponen las organizaciones públicas y su adecuado manejo. Así, por casi más de dos décadas, hablar de gobierno abierto significó debatir acerca del acceso y la libertad de información, la protección de datos, la reforma de las leyes sobre secretos oficiales y la necesidad, en una democracia sana, de poder obtener información sobre las actividades del gobierno y sobre su disponibilidad para la opinión pública y el ciudadano común (Chapman y Hunt, 1987). Inclusive en los años 90 del siglo XX, se publicó una “carta de derechos ciudadanos” sobre gobierno abierto<sup>2</sup> que plasmaba gran parte de estos principios

<sup>1</sup> Los autores reconocen la necesidad de contar con leyes de acceso o libertad de información como elemento fundamental (“La democracia es en principio contraria al secreto en cualquier servicio gubernamental”) pero al mismo tiempo son cautelosos al plantear que el concepto de gobierno abierto es mucho más que ello: incluye la posibilidad de exigir de los ministros que justifiquen y debatan sus políticas en público y la medida en que el gobierno tiene la obligación de consultar al público para la formulación y ejecución de su política. La “apertura” consiste en la buena disposición tanto a escuchar como a facilitar el acceso a informaciones exactas (Beetham y Boyle, 1996: 66-67).

<sup>2</sup> En ella se planteaba expresamente que: [...] *Un gobierno abierto es parte de una democracia efectiva. Los ciudadanos deben tener acceso adecuado a la información y el análisis en que se basan los asuntos de gobierno. Ministros y funcionarios públicos tienen el deber de explicar sus políticas, decisiones y acciones al público [...]. Traducción propia. (Open Government Citizen's Charter White Paper (1993: I).*

como obligaciones para los servicios públicos (Her Majesty's Stationery Office - HMSO, 1993). Más recientemente, se ha propuesto distinguir entre la idea de transparencia, vinculada a la posibilidad de hacer exigible la rendición de cuentas a la autoridad pública, y la apertura, cuyo objetivo va más allá y supone que las personas tengan la oportunidad de participar en el proceso político utilizando la información a la cual acceden para ese propósito, influyendo en la toma de decisiones y en la formulación de políticas públicas (Chapman y Hunt, 2006).

Adicionalmente, la promoción de leyes sobre el derecho de acceso a la información pública<sup>3</sup> y la implementación de diversos dispositivos institucionales para potenciar los niveles de transparencia, probidad y participación ciudadana en los asuntos públicos han ido ganando terreno en la agenda política en todo el mundo, a partir de una oleada de legislaciones que se orientan a regular su aplicación. A la fecha, son 93 los países que cuentan con este tipo de normas, toda vez que organismos internacionales han contribuido a este proceso reiterando que el acceso a la información constituye un derecho humano y que debe ser promovido, protegido y garantizado por los gobiernos, por su contribución al fortalecimiento de la democracia y el desarrollo de una ciudadanía informada y responsable, e indispensable para el control ciudadano de los actos públicos, la rendición de cuentas y el ejercicio de otros derechos económicos, sociales y culturales (Oszlak, 2012: 9). Como vemos, para hablar seriamente de gobierno abierto es indispensable considerar estas premisas<sup>4</sup>. No obstante, ello es condición necesaria pero no suficiente para consolidar estas iniciativas como veremos más adelante, sobre todo en el ámbito de la participación, los espacios para la acción ciudadana y la posibilidad de influir en la toma de decisiones sobre asuntos públicos.

#### 4. La visión y evolución del gobierno abierto en la perspectiva de la OCDE: Concepto, evolución y evidencia reciente

En su informe del año 2003, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ya adelantaba una noción preliminar sobre el concepto de gobierno abierto, concebido como plataforma de base para implantar sólidos marcos jurídicos, institucionales y políticos que rijan el acceso a la información, la consulta y la participación pública lo que contribuiría a mejorar el diseño y formulación de las políticas públicas, luchar contra la corrupción e incrementar la confianza de la sociedad en el sector público. En su concepción y propósito original, aludía a la necesidad del gobierno y la administración pública para conectar de manera más fluida con la sociedad civil en el marco de lograr una mayor implicación ciudadana en la elaboración de las políticas y la promoción del buen gobierno: *informar, consultar y hacer participar a los ciudadanos constituyen los pilares de todo buen gobierno, los medios adecuados de fomentar la apertura, y*

<sup>3</sup> Un gobierno abierto es ampliamente visto como una característica clave de la práctica democrática contemporánea y ha estado a menudo vinculado a la aprobación de marcos legales sobre libertad de información, prensa, entre otros. Considerando lo expuesto, en su acepción original está directamente relacionado con el concepto FOI (*Freedom of Information*): Normas que garantizan el acceso a los datos en poder del Estado. En ellas se establece un proceso legal para ejercer el *derecho a saber* por el que se podrán hacer las solicitudes de información en poder del Gobierno, para ser recibidas gratuitamente o a un costo mínimo, salvo excepciones estándar. Desde que los Estados Unidos aprobara la Ley de Libertad de Información (*Free of Information Act - FOIA*) en 1966, y más allá de la existencia de una ley de prensa de similares características en Suecia desde 1766, se han multiplicado rápidamente los esfuerzos en otros lugares del mundo para promover marcos y normativas similares (Ramírez-Alujas, 2010).

<sup>4</sup> La transparencia es el principio orientador de esta apertura unilateral a la que se comprometen los gobiernos. Reconoce el derecho a la información que puedan solicitar los ciudadanos, pero también insta a los gobiernos a poner a su disposición aquellas informaciones que den cuenta de sus actividades y resultados, en base a los principios de relevancia, exigibilidad, accesibilidad, oportunidad, veracidad, comprensibilidad, sencillez, y máxima divulgación (Oszlak, 2012: 11).

*una buena inversión para mejorar la elaboración de las políticas públicas* (OCDE, 2003). Más tarde, se plantearía que un gobierno abierto se refiere a la *transparencia de las acciones del gobierno, la accesibilidad en los servicios públicos e información, y la capacidad de respuesta del gobierno a las nuevas ideas, demandas y necesidades* (OCDE, 2006).

Bajo dicho marco de referencia, un gobierno abierto sería aquel en el que las empresas, organizaciones de la sociedad civil (OSC) y los ciudadanos pueden *saber cosas* -obtener información relevante y comprensible-; *conseguir cosas* -obtener servicios y realizar transacciones desde y con el gobierno-, y *crear cosas* -participar en el proceso de toma de decisiones<sup>5</sup>. Del mismo modo, los principios de *buen gobierno* -la transparencia y la rendición de cuentas; la justicia y la equidad, la eficiencia y la eficacia, el respeto del imperio de la ley, y los altos estándares de comportamiento ético- representan la base sobre la cual construir un gobierno abierto (OCDE, 2006).

Más recientemente, dicho concepto ha retomado un papel protagónico en las agendas de distintos gobiernos y administraciones públicas en el mundo, proceso que ha ido de la mano de los avances tecnológicos, el uso de las redes sociales y la Web 2.0, y de un pujante debate global acerca de las bases que sustentan el actual modelo de Estado en el contexto democrático de cara al nuevo milenio. La evidencia disponible indica que durante los últimos diez años, los países de la OCDE se han centrado en la construcción de las instituciones y mecanismos de gobierno abierto (inclusive sin declararlo explícitamente) para crear una base sólida que sustente la aplicación e implementación de las políticas públicas de manera adecuada y acorde a las nuevas realidades expresadas en el tránsito a un modelo democrático más abierto, inclusivo, garantista y efectivo.

En la actualidad existen marcos jurídicos relativos a la idea de gobierno abierto en gran parte de los países miembros de la OCDE, y en ellos se considera: (1) La legislación sobre el acceso a la información y libertad de prensa; (2) La legislación sobre privacidad y protección de datos; (3) Las leyes sobre procedimientos administrativos; (4) La legislación sobre Defensores del Pueblo (Ombudsman); y (5) Las leyes sobre las entidades fiscalizadoras superiores (Tabla 1). Sin embargo, ha existido una atención limitada para analizar la eficacia de estos marcos en su aplicación y qué resultados se han logrado en términos de una mayor transparencia y accesibilidad, y una mayor posibilidad de que los ciudadanos contribuyan al diseño de políticas y la prestación de servicios. Por ejemplo, la apertura y acceso a bases de datos del gobierno (*open data*) ofrece un gran potencial para la participación y la innovación. Sin embargo, esto requiere no sólo de ajustes de las normas y los marcos de referencia, sino también de medidas y políticas para fortalecer las capacidades individuales y colectivas e incentivar la colaboración (OCDE, 2010) y un profundo cambio cultural en las administraciones públicas.

<sup>5</sup> Referencia directa a los 3 componentes: transparencia y acceso a la información, colaboración y participación (*know things, get things y create things*).

**Tabla 1**  
**Vista general de la legislación vigente y de las instituciones creadas para un  
gobierno abierto**

País	Libertad de Información	Privacidad/Protección de datos	Procedimientos administrativos	Defensor del pueblo/comisionado	Institución suprema de auditoría
Australia	●	●	●	●	●
Austria	●	●	●	●	●
Bélgica	●	●	○	●	●
Canadá	●	●	○	●	●
Rep. Checa	●	●	●	●	●
Dinamarca	●	●	●	●	●
Finlandia	●	●	●	●	●
Francia	●	●	●	●	●
Alemania	●	●	●	●	●
Grecia	●	●	●	●	●
Hungría	●	●	●	●	●
Islandia	●	●	●	●	●
Irlanda	●	●	○	●	●
Italia	●	●	●	●	●
Japón	●	●	●	●	●
Corea	●	●	●	●	●
Luxemburgo	○	●	●	●	●
México	●	○	●	●	●
Países Bajos	●	●	●	●	●
Nueva Zelanda	●	●	●	●	●
Noruega	●	●	●	●	●
Polonia	●	●	●	●	●
Portugal	●	●	●	●	●
Rep. Eslovaca	●	●	○	●	●
España	●	●	●	●	●
Suecia	●	●	●	●	●
Suiza	●	●	●	○	●
Turquía	●	○	○	○	●
Reino Unido	●	●	●	●	●
Estados Unidos	●	●	●	○	●
Unión Europea	●	●	○	●	●

- Legislación en vigor
- Legislación no en vigor

Fuente: Adaptado a partir de *“Building an open and innovative government for better policies and service delivery”* (OCDE, 2010).

Considerando lo anterior, la OCDE (2010) ha intentado promover la idea de gobierno abierto al sintetizar los beneficios de llevarlo a la práctica ya que permitirían:

1. *(R)establecer una mayor confianza en el gobierno.* La confianza es un resultado del promover el gobierno abierto que puede reforzar su desempeño en otros aspectos: Si los ciudadanos confían en el gobierno y en sus políticas específicas, pueden estar más dispuestos a contribuir (mediante tasas e impuestos, por ejemplo) para apoyar y financiar esas políticas.
2. *Garantizar mejores resultados al menor coste.* El co-diseño y ejecución de políticas, programas y (provisión de) servicios con, para y a través de los ciudadanos, empresas y sociedad civil ofrece el potencial para explotar un depósito más amplio de ideas y recursos.
3. *Elevar los niveles de cumplimiento.* Hacer que los ciudadanos sean parte del proceso les ayuda a comprender los retos de la gestión pública, los empodera y

puede ayudar a asegurar que las decisiones adoptadas sean percibidas como legítimas (hace más clara y confiable la relación contractual entre gobernantes y gobernados).

4. *Asegurar la equidad de acceso a la formulación de políticas públicas* mediante la reducción del umbral (barreras) que limita la participación de las personas en los procesos de decisión (lo que fortalece la cohesión y estabilidad social, la igualdad de oportunidades, el compromiso cívico, etc.).

5. *Fomentar la innovación y nuevas actividades económicas.* El compromiso de la ciudadanía y del gobierno abierto son cada vez más reconocidos como motor de la innovación y la creación de valor en el sector público, privado y social.

6. *Mejorar la eficacia mediante el aprovechamiento de los conocimientos y los recursos de los ciudadanos que de otra forma se enfrentan a barreras para participar.* La participación ciudadana puede garantizar que las políticas sean más específicas y atiendan a sus necesidades, eliminando fugas y despilfarro de recursos (y fomentando un gasto público inteligente).

Por tanto, y bajo esta perspectiva, este tipo de políticas debieran concretarse a partir del impulso de acciones de apertura que faciliten la construcción de:

- Un *gobierno transparente y accesible* (que las acciones de los responsables públicos e instituciones estén bajo el escrutinio público y puedan ser impugnadas, y la capacidad para los ciudadanos de acceder a información comprensible, obtener servicios y realizar transacciones en cualquier momento y lugar);
- Un *gobierno responsable y que rinde cuentas* (por sus acciones y omisiones); y
- Un *gobierno sensible y receptivo* (a las posibilidades de consulta, participación e interacción permanente con los ciudadanos y sus demandas).

Tal como se usa aquí, el concepto de “apertura” (*openness*) engloba y, a la vez, va más allá del uso que comúnmente se hace del término “transparencia”. Se presenta en dos aspectos que lo matizan, a saber, la “accesibilidad” (*accessibility*) y la “capacidad de respuesta responsable (receptividad)” (*responsiveness*), con el fin de capturar otras cualidades de la interfaz entre el gobierno y la comunidad en general a la que sirve (OCDE/INAP, 2006). Aunque en este nivel la definición puede ser simple, su aplicación constituye un reto importante para los países de la OCDE, porque se sostiene que el gobierno abierto no es algo que simplemente pueda ser insertado en los sistemas existentes sino que para ser eficaz, requiere de un cambio fundamental al interior del sistema de gobierno. Lo anterior, va de la mano con las dos razones que se esgrimen para avanzar en este camino: a) El deseo fundamental para apuntalar la legitimidad y la credibilidad de la democracia como una forma de gobierno; y b) El interés en lograr alcanzar objetivos igualmente importantes de la política como el crecimiento económico y la cohesión social.

Visto de este modo, el gobierno abierto fortalece la democracia al permitir el escrutinio público, proporcionando un baluarte contra la acumulación excesiva de riqueza o el poder en manos de unos pocos y por brindar mayores oportunidades para la participación de la ciudadanía. Muchas de las políticas impulsadas para una mayor apertura reconocen explícitamente la contribución que éstas medidas tienen en la mejora de la gobernanza democrática. Algunos países incluso han ido más lejos aún al reconocer que tener gobiernos más abiertos es condición necesaria

pero no suficiente para fortalecer el buen gobierno, y que el logro de este objetivo exige también medidas paralelas para aumentar la capacidad (potencial) que la sociedad civil tiene para aprovechar este nuevo contexto y ser un protagonista activo en este desafío.

En síntesis, para la OCDE el término ha evolucionado desde una mirada basada en las tres dimensiones relevantes mencionadas que apelan a contar con una Administración Pública *transparente, accesible y receptiva - con capacidad de respuesta y responsable* (OCDE, 2006) a un enfoque donde se le considera como *plataforma para resolver cómo el gobierno puede trabajar con la sociedad y los individuos para co-crear valor público* (OCDE, 2010). En este punto, se han tratado de promover modelos a través de los cuales se puedan facilitar los procesos de innovación institucional y, al mismo tiempo, promover la adecuación al interior de los servicios públicos para aprovechar las capacidades, energías y capital social disponible y distribuido en la sociedad.

## 5. Los ingredientes clave del gobierno abierto en la actualidad: La apertura como fundamento de una nueva arquitectura cívica y un emergente modelo para gestionar los asuntos públicos

Como hemos visto, el debate sobre la idea de gobierno abierto ha estado presente hace ya bastante tiempo. Sin embargo, el reposicionamiento que ha alcanzado en los últimos años se debe, entre otras cosas, a los esfuerzos que Estados Unidos ha impulsado bajo la Administración del Presidente Obama: La promulgación del *Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto* del 21 de enero de 2009, marca un hito refundacional que le dio un nuevo empuje al movimiento, de la mano del uso intensivo de la tecnología como instrumento catalizador de las acciones por promover apertura en los gobiernos de cara a los desafíos del nuevo milenio. Los tres pilares básicos (Obama, 2009) que sustentan esta (nueva) aproximación son:

1. *Transparencia (Saber)*. Un gobierno transparente proporciona información sobre lo que está haciendo, sobre sus planes de actuación, sus fuentes de datos y sobre lo que puede ser considerado responsable frente a la sociedad. Ello fomenta y promueve la rendición de cuentas de la administración ante la ciudadanía y un permanente control social;

2. *Participación (Tomar parte)*. Un gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía a participar activamente en la formulación de políticas públicas y facilitar el camino para que las administraciones públicas se beneficien del conocimiento, ideas y experiencia de los ciudadanos. Promueve la creación de nuevos espacios de encuentro que favorezcan el protagonismo e implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos;

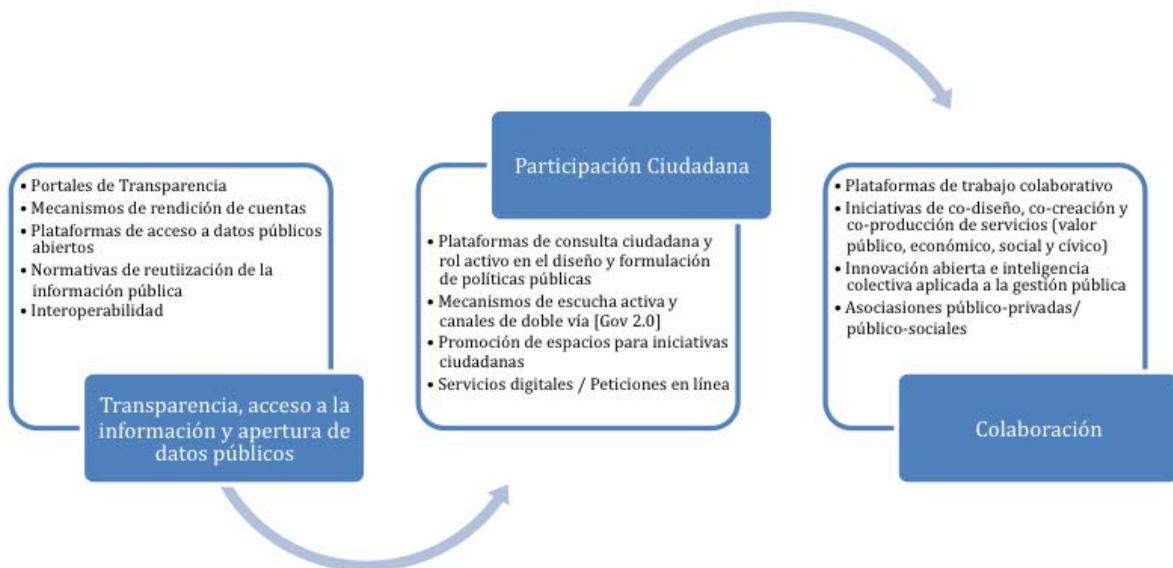
3. *Colaboración (Contribuir)*. Un gobierno colaborativo compromete e implica a los ciudadanos y demás agentes sociales en el esfuerzo por trabajar conjuntamente para resolver los problemas nacionales. Ello supone la cooperación y el trabajo coordinado no sólo con la ciudadanía, sino con las empresas, asociaciones y demás agentes, y permite el esfuerzo conjunto dentro de las propias administraciones, entre ellas y sus funcionarios transversalmente.

Dicho de otro modo, un gobierno abierto es un modelo de gobierno que abre sus puertas al mundo, co-innova con todos, especialmente con los ciudadanos; comparte recursos que anteriormente estaban celosamente guardados, y aprovecha el poder de la colaboración masiva, la transparencia en todas sus operaciones, y no

se comporta como un departamento o jurisdicción aislada, sino como una estructura nueva, como una organización verdaderamente integrada y que trabaja en red (Lathrop y Ruma, 2010).

Este marco de referencia ha servido de ejemplo para que distintos países hayan comenzado a adoptar parámetros y estrategias similares en el camino para construir un modelo de gobierno abierto adaptado a las particulares realidades presentes en cada sociedad (Figura 2).

**Figura 2**  
**Los principios del Gobierno Abierto en acción**



Fuente: Ramírez-Alujas y Dassen (2012:46).

En términos prácticos y para concretar dichos principios, las estrategias de gobierno abierto se han venido cristalizando a través de dos ejes fundamentales que son el común denominador en la base de los esfuerzos por promover su aplicación:

a) La *apertura de datos públicos (open data)* que supone publicar información del sector público en formatos estándar, abiertos e interoperables, facilitando su acceso y permitiendo su reutilización. Ello promueve, por un lado, la innovación usando (o reutilizando) los datos públicos como catalizador de nuevas aplicaciones y servicios y, por tanto, transforma a los gobiernos de *proveedores de servicios a gestores de plataformas* (permitiendo que otras entidades y/o usuarios, utilizando los datos públicos liberados, puedan crear nuevas prestaciones en la Web, generar nuevas actividades económicas y agregar valor público y cívico). Por otro lado, la publicación proactiva de datos relevantes y de interés sobre gestión presupuestaria, procesos de compras y adquisiciones, contratos, declaración de bienes e intereses de las autoridades, entre otros, permiten incrementar la transparencia, la rendición de cuentas y el escrutinio público permanente; y

b) La *apertura de procesos (open process)* y el uso de *redes sociales y plataformas para la participación ciudadana* (también llamado *Gobierno 2.0*), que persigue facilitar la comunicación e interacción, aprovechar el conocimiento y la experiencia de los ciudadanos para ayudar en el diseño y ejecución de políticas y

provisión de servicios públicos, y la colaboración (en red) dentro y entre las administraciones públicas y más allá<sup>6</sup>.

Las aplicaciones construidas a partir del uso de datos públicos tienen un impacto directo e inmediato en la vida de los ciudadanos. De allí que el concepto de *gobierno como plataforma*, usado para describir la idea de crear un ecosistema de proveedores, desarrolladores y *hackers* cívicos<sup>7</sup> que resuelven muchos de los problemas del gobierno desde fuera de él, esté en el centro de estas iniciativas<sup>8</sup> (Nath, 2011).

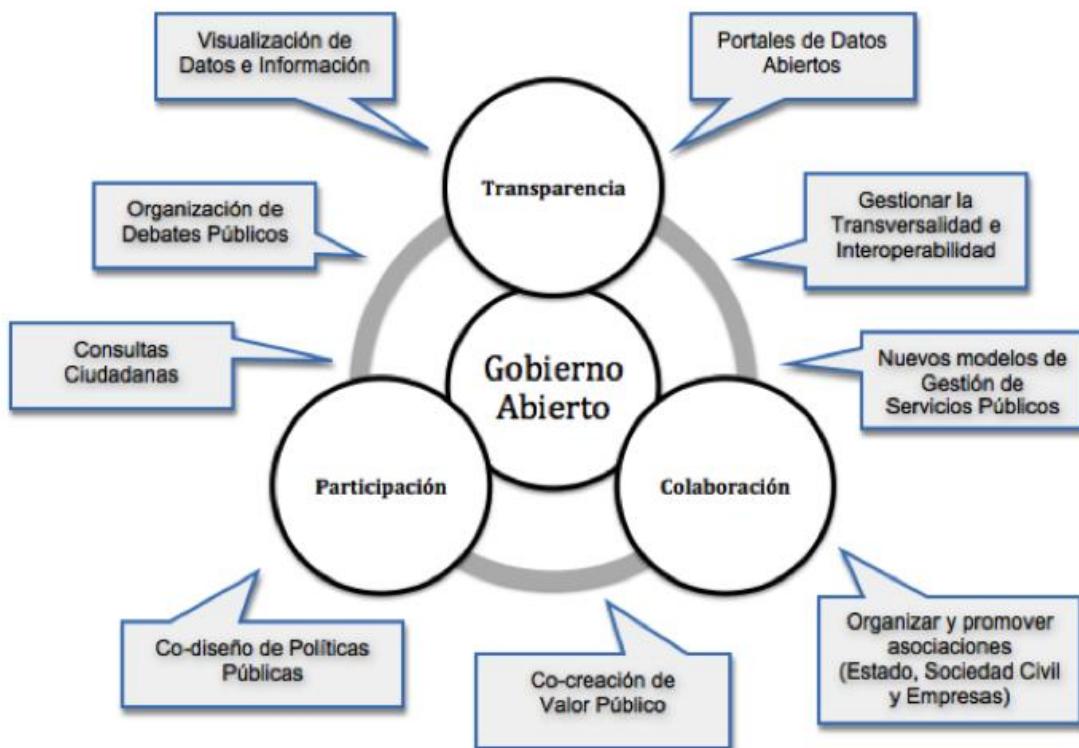
Dichos elementos quedan expresados en un cierto “ecosistema” de componentes que son, los que hoy en día, sustentan el ideario, estrategias e iniciativas concretas en materia de gobierno abierto en todo el mundo (Figura 3).

<sup>6</sup> El concepto de apertura de procesos (*open process*) apela a la idea de compartir y distribuir la responsabilidad por encontrar soluciones adecuadas a los problemas públicos desde una perspectiva que considere los enfoques de innovación abierta, *crowdsourcing* (inteligencia colectiva) y aplicación del modelo de co-creación, co-diseño y co-producción de valor público, social y/o cívico. Al respecto conviene señalar que el concepto de *crowdsourcing* es una contracción y neologismo de “masa” o “multitud” (*crowd*) y “externalización” (*outsourcing*), acuñado por Jeff Howe en junio de 2006 en un artículo para la revista *Wired* (*The Rise of Crowdsourcing*). En principio, supone el acto de externalizar las tareas vinculadas a resolver un problema complejo o generar ideas frescas, tradicionalmente realizado por empleados “dentro” de una organización, a un grupo indefinido de personas “fuera” o a la comunidad (“multitud”), a través de una convocatoria abierta. Por otro lado, el paradigma de la innovación abierta (Chesbrough, 2009), originalmente propone la colaboración, la co-creación con diferentes grupos de interés y la implicación en un esfuerzo interorganizativo y sinérgico, de otras organizaciones con misiones similares, comprometidas con el territorio o incluso con finalidades mixtas lucrativas y no lucrativas en el proceso que permita integrar el conocimiento interno y el externo. La innovación requiere creatividad, pensamiento divergente, perspectiva sistémica y trabajo en equipo o en colaboración (Ramírez-Alujas, 2011).

<sup>7</sup> Entendemos la idea de “hacker” cívico como alguien que trabaja en algo que le apasiona y comparte sus conocimientos con otros, colaborando en la creación de nuevos mundos, una suerte de individualismo comunitario, en particular, programadores y diseñadores de sistemas que comparten un espacio donde trabajan activamente para contribuir al bien común, por el simple placer de hacerlo. Gran parte del movimiento ligado al uso y reutilización de datos públicos abiertos (*open data*) agrupa a comunidades de hackers (que además, apoyan el proceso de apropiación social o comunitaria de las tecnologías y redes digitales).

<sup>8</sup> Al final, el enfoque de datos públicos abiertos pasa por reconocer que el gobierno no es más que un administrador de información pública con la responsabilidad de hacer que ella esté disponible libremente. De allí que existan 8 principios universales que deben considerarse para la apertura y uso de datos públicos: deben ser completos, primarios, oportunos/actualizados, accesibles, procesables (automáticamente), no discriminatorios, en formatos no propietarios y no sujetos a licencias o derechos de propiedad (uso libre).

**Figura 3**  
**Ecosistema de desarrollo de Gobierno Abierto**



Fuente: Ramírez-Alujas y Dassen (2012: 46).

Para contrastar estas ideas y poder valorar el potencial de las iniciativas de gobierno abierto, podemos revisar brevemente los posibles beneficios (ORSI, 2010) -en clave tecnológica- que aporta el incorporar en las administraciones públicas (a todo nivel) este emergente paradigma (Cuadro 1).

**Cuadro 1**  
**Beneficios del Gobierno Abierto**

- *Los ciudadanos sienten que su Administración es más cercana*, puesto que es capaz de dar respuestas a las necesidades y problemas que plantean;
- *Hay una mayor implicación de los ciudadanos en la actividad de la Administración*, ya que se les habilitan canales para ello y se escucha lo que tienen que decir;
- *La Administración también se beneficia de la generosidad de los ciudadanos*, que participan activamente en la mejora del servicio público, no sólo con sugerencias, propuestas, etc., sino también con contenidos generados por ellos mismos o ideas e iniciativas creadas y promovidas por ellos o nuevas prestaciones (aplicaciones) desarrolladas a partir de los datos públicos liberados;
- *Se involucra a otros agentes externos* para reunir ideas y encontrar soluciones a un menor coste;
- *Aumenta la calidad, efectividad y rapidez de respuesta* que el gobierno/administración da a sus ciudadanos;
- *Si una Administración ofrece sus datos públicos, permite a terceros extraer valor de toda esta información y crear servicios innovadores para el beneficio de los ciudadanos*, generando en muchos casos valor comercial a partir de estos servicios y, por ende, dinamizando la economía;
- *Al exponer sus datos públicos a los ciudadanos, se aumenta la calidad e integridad de los datos de la Administración* (y se amplía la transparencia), ya que pueden ser contrastados de forma directa por los ciudadanos o por otras organizaciones;
- *Se reducen costes en las Administraciones*<sup>9</sup>. En muchas ocasiones, la Administración desarrollaba aplicaciones en Internet muy costosas que daban un servicio al ciudadano. Ofreciendo de forma abierta sus datos públicos a través de Internet, son terceros (los denominados *infomediarios*), otras empresas, las que desarrollarán estas aplicaciones;
- *Incrementa la transparencia entre los diferentes niveles y departamentos de la Administración*, por lo que mejora el funcionamiento interno de la misma;
- *Disminuye la carga de trabajo de los empleados públicos, al mejorar la colaboración entre ellos*. Las herramientas de colaboración (Wiki, blogs, foros, redes sociales, etc.) permiten que los empleados trabajen mejor entre ellos, conozcan cómo trabajan sus colegas de otras Administraciones, mejoran el servicio proporcionado en base a experiencias aprendidas, favorece romper los silos de gestión y generar transversalidad, etc.; y
- *Permite a los responsables políticos estar más vinculados y cercanos a las preocupaciones e intereses de sus ciudadanos*.

Fuente: Adaptado a partir de ORSI (2010).

Finalmente, y dado lo expuesto, no se debe confundir (ni reducir de manera simplista) la nueva idea de gobierno abierto al mero uso de las tecnologías o al concepto de *gobierno electrónico* o *e-Administración*. Mientras las estrategias de gobierno electrónico descansan en el uso y aplicación casi mecánica de las herramientas tecnológicas en los servicios públicos para mejorar procesos y servicios desde una perspectiva instrumental y orientada a la eficiencia, desde adentro hacia fuera, unilateral y generalmente “cerrada” (donde el ciudadano sigue siendo un usuario/beneficiario final y un espectador pasivo de lo que le ofrece el

<sup>9</sup> Particularmente, al reducirse los costes de transacción e información, es posible neutralizar las asimetrías y se promueven nuevas formas de interacción entre los actores, se otorga y comparte más poder y se cuestiona el rol que ejercen los intermediarios tradicionales (prensa, medios de comunicación de masas y partidos políticos, por ejemplo). Por otro lado, al disminuir los costes de coordinación por el uso intensivo de las tecnologías y redes sociales, se facilita la articulación sustantiva de esfuerzos conjuntos y ello sirve de plataforma de base para estimular iniciativas concretas ligadas al desafío de impulsar la interoperabilidad en el sector público, entre otras ventajas.

aparato administrativo); el gobierno abierto, en cambio, opera desde una dimensión mucho más amplia (en la forma y el fondo) que si bien se apoya en esfuerzos de tipo tecnológico, aspira a una transformación paradigmática fundada en la apertura, la participación y la colaboración más allá de las fronteras de lo estatal.

Tal y como afirma Tapscott y Williams (2011: 386): *La primera oleada de estrategias digitales para el gobierno electrónico arrojó beneficios importantes. Mejoró la accesibilidad de los ciudadanos a la información y los servicios públicos, al igual que la eficiencia administrativa y operacional. No obstante, muchas de estas iniciativas se limitaron a automatizar procesos obsoletos y trasladar a la red los servicios administrativos ya existentes [...] La próxima oleada de innovación nos brinda la oportunidad única de revisar el funcionamiento de la administración, las aportaciones y los procedimientos del sector público y, en última instancia, el modo en que los gobiernos interactúan y se comprometen con sus ciudadanos*<sup>10</sup>.

## 6. Conclusiones: El tránsito hacia un modelo de gobernanza abierta y colaborativa

Las políticas de gobierno abierto deben ser consideradas como un entramado complejo de cambios que operan de manera transversal en el andamiaje institucional y en la arquitectura organizativa del sector público, entendiendo que son el sustento de un nuevo tejido de prácticas, valores y cultura que favorece la configuración de una plataforma o ecosistema sobre el cual construir un nuevo modelo de *gobernanza abierta y colaborativa*, para, con y a través de los ciudadanos. En tal sentido y para que sus frutos sean efectivos, es necesario concebirlo como una *política de Estado* que supere la lógica temporal de los gobiernos de turno y que se instale como sostén de los permanentes esfuerzos por modernizar la gestión pública más allá de las doctrinas y enfoques convencionales ensayados en años recientes. Ello, al menos, debiera enfocarse bajo criterios de continuidad, sustentabilidad, transversalidad, esfuerzos de largo plazo y visión de conjunto. Y obviamente, un *férreo compromiso y voluntad política* no solo de quienes gobiernan sino de todos los actores políticos pues, en última instancia, hablamos de un giro radical en las “reglas del juego” y en el “contrato social” sobre el que se han construido y legitimado nuestras modernas democracias hasta ahora (Ramírez-Alujas, 2012).

214

El fenómeno de la apertura y el ejercicio de la transparencia no sólo es un antídoto contra las conductas indebidas y reduce el cómodo blindaje que durante años ha protegido comportamientos opacos y relaciones espurias en el espacio político. Es una oportunidad para generar valor en forma de credibilidad, confianza, respeto y compromiso, todos ellos ingredientes fundamentales que sostienen el corazón de la arquitectura democrática, y son la base de la cohesión social en torno a un proyecto común. Y es en ese espacio, como punto de partida, desde donde los ciudadanos podrán contar con las herramientas necesarias para ejercer su legítimo derecho a participar, contribuir y colaborar en la consecución del bien colectivo.

En el actual contexto de la cultura digital, las tecnologías y redes sociales permiten muchas cosas: reducir de manera radical los costes de transacción, coordinación y comunicación; actuar en tiempo real y con una sincronía sorprendente frente a situaciones excepcionales, desastres o sucesos nuevos, como

<sup>10</sup> En palabras de Don Tapscott y Williams (2011) y frente al total agotamiento de instituciones creadas bajo una realidad totalmente diferente a la que experimentamos en el siglo XXI, se debe operar bajo cinco principios emergentes que suponen un esfuerzo transversal de todos los actores y que aluden a: 1) La colaboración (en oposición a la jerarquía); 2) La apertura y transparencia; 3) La interdependencia; 4) El compartir la propiedad intelectual; y 5) La integridad.

una inteligencia colectiva y “conectiva”; compartir información, generar conocimiento y colaborar en red; etc. (Castells, 2009). Todo ello se sustenta en al menos dos fenómenos: a) La abundancia de información que reduce, al menos nominalmente, las posibilidades de manipulación, censura, asimetrías o monopolios que hasta hace poco estaban en manos de un reducido número de intermediarios cuyo rol se debilita en el nuevo escenario (medios de comunicación, partidos políticos, entre otros); y b) Las posibilidades de participación y generación de nuevo conocimiento, productos y servicios (individual, colectiva, organizadamente), que surgen de la dinámica interacción que las personas desarrollan a través de conectarse y operar en red (aprovechando el llamado *excedente cognitivo*<sup>11</sup>). Todo ello posibilita otra forma de gobernar y construir sociedad, y como hemos señalado antes, ya no es una tarea privativa, exclusiva y excluyente del Estado y sus tradicionales (y en algunos casos, obsoletas, anacrónicas y deficitarias) instituciones.

Además, el creciente interés por este nuevo paradigma y el movimiento global que lo sustenta se ha consolidado mucho más desde el lanzamiento y puesta en marcha de la Alianza para el Gobierno Abierto (*Open Government Partnership*)<sup>12</sup>, iniciativa multilateral cuyos esfuerzos se orientan a propiciar compromisos concretos desde los gobiernos de todo el mundo para promover la apertura y transparencia, aumentar la participación ciudadana en el debate, la formulación de políticas y en la decisión de los asuntos públicos, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para robustecer la gobernanza democrática y la calidad de los servicios públicos. A la fecha, y desde su creación en septiembre de 2011, son ya 60 los países que se han incorporado a la alianza, a través de la formulación e implementación de planes de acción de gobierno abierto cuyos compromisos deben estar alineados en torno a un conjunto de 5 desafíos estratégicos: a) Mejoramiento de los servicios públicos; b) Incremento de la integridad pública; c) Gestión efectiva y eficiente de los recursos públicos; d) Creación de comunidades más seguras y e) Incremento de la responsabilidad corporativa y la rendición de cuentas institucional y del sector privado.

Finalmente, este paradigma emergente constituye una suerte de nuevo *software* de código abierto que deberá pasar la prueba de compatibilidad respecto del *hardware* institucional con el que actualmente operan los gobiernos y sus aparatos administrativos. Este es un desafío de proporciones y de ello dependerá si en el futuro inmediato podemos hablar de un verdadero y radical cambio desde un nivel básico (de uno a uno, de uno a muchos) donde el gobierno “provee”, “presta” y “comparte” (datos, información, servicios, conocimiento, poder) hacia un nivel más complejo (muchos a muchos) donde los ciudadanos y el gobierno “co-diseñan”, “co-crean”, “co-producen”, bajo un variado y adaptable conjunto de emergentes prácticas inspiradas en la apertura, la transparencia, la participación y la colaboración, que son la base para un nuevo “contrato social” que fortalezca y perfeccione el funcionamiento de los sistemas democráticos, los gobiernos y las Administraciones públicas en el siglo XXI.

## Bibliografía

BEETHAM, D. y BOYLE K. (1996), *Cuestiones sobre la democracia: Conceptos, elementos y principios básicos*, Los libros de la Catarata – UNESCO, Madrid.

<sup>11</sup> El “excedente cognitivo” se basa en la idea de que todos tenemos tiempo libre que podemos utilizar colectivamente para poder hacer cosas que serían imposibles a nivel individual, una suerte de superávit de capacidades y conocimientos que podemos disponer para crear cosas (activo social), y dicha capacidad se ve amplificada por el uso intensivo de las redes sociales (Shirky, 2012: 21).

<sup>12</sup> Para mayor detalle se puede consultar la web: <http://www.opengovpartnership.org/>. Revisada el 12 de agosto de 2013.

CASTELLS, M. (2009), *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid.

CHAPMAN, R.A. y HUNT M. (1987), *Open Government. A study of the prospects of open government within the limitations of the British political system*, Routledge, Londres.

CHAPMAN, R.A. y HUNT M. (2006), *Open Government in a Theoretical and Practical Context*, Ashgate, Aldershot.

CHESBROUGH, H.W. (2009), *Innovación abierta: nuevos imperativos para la creación y el aprovechamiento de la tecnología*, Plataforma editorial, Madrid.

HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE (1993), *Open Government Citizen's Charter White Paper*, Cm 2290, The National Archives, Londres.

LATHROP, D. y RUMA, L. (ed.) (2010), *Open Government. Transparency, Collaboration, and Participation in Practice*, O'Reilly Media, Washington.

NATH, J. (2011), "Reimagining government in the digital age", *National Civic Review*, Vol. 100, Núm. 3, pp. 19-23.

OBAMA, B. (2009), *Memorandum on Transparency and Open Government*, Executive Office of the President of United States of America, Washington DC.

OCDE (2010), *OECD Guiding Principles for Open and Inclusive Policy Making. Background document for expert meeting on "Building an open and innovative government for better policies and service delivery"*, París, 8- 9 de junio de 2010.

OCDE (2006), *La modernización del Estado: el camino a seguir*, INAP-MAP, Madrid.

OCDE (2003), *Open Government: Fostering Dialogue with Civil Society*, OCDE, París.

ORSI (2010), *Open Government. 10 ideas para hacer tu ayuntamiento abierto*, Observatorio Regional de la Sociedad de la Información de Castilla y León (ORSI), Valladolid.

OSZLAK, O. (2012), *Gobierno abierto: Promesas, supuestos, desafíos. Trabajo presentado en la VIII Conferencia Anual INPAE 2012: "Gobierno Abierto: Por una gestión pública más transparente, participativa y colaborativa"*, San Juan de Puerto Rico, 25 de abril de 2012 (mimeo).

PARKS, W. (1957), "The Open Government Principle: Applying the Right to Know Under the Constitution", *The George Washington Law Review*, Vol. 26, Núm 1, pp. 1-22.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. (2010), "Innovación en la Gestión Pública y Open Government (Gobierno Abierto): Una vieja nueva idea", *Revista Buen Gobierno*, Núm. 9, pp. 94-133.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. (2011), "Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales", *Revista Enfoques*, Núm. 15, pp. 99-125.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. y DASSEN, N. (2012), "Gobierno abierto: la ruta hacia una nueva agenda de reforma del Estado y modernización de la administración pública en América Latina y el Caribe", en DASSEN, N. y CRUZ VEYRA, J. (eds.), *Gobierno Abierto y Transparencia Focalizada. Tendencias y desafíos para América Latina y el Caribe*, Banco Inter-American de Desarrollo, Washington D.C.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. (2012), "Gobierno abierto es la respuesta: ¿Cuál era la pregunta?", *Revista Más Poder Local*, Núm. 12, pp. 14-22.

SHIRKY, C. (2012), *Excedente cognitivo: Creatividad y Generosidad en la era conectada*, Deusto, Barcelona.

TAPSCOTT, D. y WILLIAMS, A.D. (2011). *Macrowikinomics. Nuevas fórmulas para impulsar la economía mundial*, Paidós, Barcelona.

YU, H. y ROBINSON, D.G. (2012), "The New Ambiguity of 'Open Government'", *UCLA Law Review*, Núm. 59, pp. 179-208.

## Clientelismo y democracia

**Alejandro Soltonovich**

Universidad de Buenos Aires

[asoltonovich@yahoo.com.ar](mailto:asoltonovich@yahoo.com.ar)

### Resumen

Esta comunicación intenta componer una crítica del concepto de clientelismo, especialmente respecto de sus asociaciones con la democracia formal, el populismo y las políticas públicas. Se parte de la base de entender el clientelismo como una forma particular de relaciones sociales básicas en las cuales la autoridad y la reciprocidad son más importantes que la igualdad formal de sus integrantes, lo cual complementa, incluso con contradicciones aparentes, el funcionamiento del sistema democrático. De allí emerge una reconsideración de la idea de populismo y de su carácter de tipo jurídico-político para la elaboración de políticas públicas y también de crítica ideológica a las perspectivas que rodean el concepto.

### Palabras clave

Clientelismo, populismo, democracia, políticas públicas.

217

## Patronage and Democracy

### Abstract

This paper tries to compose a review of the concept of patronage, especially for its associations with formal democracy, populism and public policy. It assumes to understand patronage as a particular form of basic social relations in which the authority and reciprocity are more important than formal equality of its members, which complements, even with apparent contradictions, the democratic system. From there it emerges a reconsideration of the idea of populism and its character of legal-political type for the public policy development, and the critical ideological perspectives surrounding the concept.

### Keywords

Patronage, populism, democracy, public policies.

El concepto de *clientelismo*, cuando es aplicado al análisis de formaciones políticas complejas, en especial las formalmente democráticas, suele verse cargado de un contenido peyorativo vinculado a cuatro aspectos principales: el abuso de poder o autoridad (no es lo mismo, como veremos), el nepotismo (en el sentido amplio de la preferencia de la lealtad o dependencia personales antes que la capacidad, propia de un sistema basado formalmente en el mérito), la falta de transparencia y la trasgresión potencial de reglas o procedimientos pre establecidos (O'Donnell, 1997). De manera más general, el término es aplicado como característica general del sistema jurídico-político al que se haga referencia para denotar la falta de desarrollo democrático, de tal manera que un sistema político en donde predomine el clientelismo por sobre la aplicación de las reglas y protocolos verá necesariamente mermada su calidad democrática, mientras que un sistema democráticamente bien desarrollado tenderá a ver disminuida la porción de prácticas clientelares que en él pudieran encontrarse. En términos históricos (e ideológicos), además, el clientelismo ha sido implementado para jerarquizar diferentes regímenes formalmente democráticos y establecer diferencias "empíricas" que un mero repaso de la letra de códigos básicos o constituciones pudiera no revelar. Un régimen etiquetado como *clientelista* tiene grandes posibilidades de ver mermada su legitimidad externa y de alguna manera parecen más legítimas ciertas injerencias externas, lo cual agrega nuevos peligros: la intervención de potencias extranjeras de manera más visible pero, de manera más discreta, la infiltración de prácticas económicas de explotación y expoliación que el propio clientelismo contribuye a sostener y multiplicar.

Es probable que pueda decirse que un sistema político complejo en el cual predominen las relaciones signadas por el *clientelismo* tiene una escasa calidad democrática. Ello no obstante, y sin querer hacer apología del populismo, es posible desarrollar algunas consideraciones sobre este fenómeno que excedan su simple reprobación o su consideración como mero resabio de instancias inmaduras del desarrollo de un sistema formalmente democrático.

218

En primer lugar, se debe destacar un hecho importante que a menudo los teóricos de la democracia tienden a olvidar: a pesar de que los sistemas democráticos contemporáneos son estructuras notablemente complejas que no pueden funcionar sin reglas y protocolos que regulen sus sistemas internos (lo cual repercute en su acción externa), tanto el sistema de partidos como la estructuración y funcionamiento de las instituciones y organizaciones públicas suponen la existencia de innumerables relaciones interpersonales, que son reguladas por mecanismos de integración social directos y básicos (Touraine, 1994; Bovero, 2002). En este aspecto, las reglas y procedimientos siempre se disponen en relaciones con normas sociales externas, que son aquellos hechos sociales que articulan la microfísica social y que las reglas no alcanzan a formar. Por ejemplo, los sistemas internos de adscripción de nuevos referentes en los partidos políticos están, por mucho que se intente domesticar los poderes personales de tipo carismático, muy vinculados a características de distribución del poder y la autoridad dentro de las estructuras partidarias que poco tienen que ver con las reglas y protocolos que formalizan la "democracia interna", mientras que, de la misma manera, en las instituciones y organizaciones estatales existen tradiciones de funcionamiento interno que no reflejan el ideal establecido por la norma, sino la realidad del contexto social. En última instancia, la razón de esto es que es ese contexto el que debe normalizarse y regularse, ya que en él se desarrollan las actividades humanas que determinan la supervivencia y la reproducción de las relaciones de producción, materiales y simbólicas. En este sentido, la solidaridad orgánica que parece consolidar las organizaciones complejas requiere sin embargo

de un cúmulo importante de relaciones de quasi-parentesco, en las cuales la solidaridad mecánica es todavía predominante (Durkheim, 1987). En estos casos, la *apariencia externa* de cumplimiento y transparencia de los protocolos democráticos para los actos eleccionarios parece probar, por *extensión* del pensamiento ideológico, el carácter democrático de las restantes instancias de selección de los componentes de las élites políticas que constituyen la parte central de la distribución del poder en el sistema de partidos. No obstante, casi nada hay más equívoco e incorrecto en las democracias contemporáneas que esta extensión.

En segundo lugar, la reprobación ética o moral del *clientelismo* como componente de un sistema político no implica su ineficacia como dispositivo de distribución del trabajo social ni de la división del trabajo que resulta de ella (Parsons, 1984). Mientras el sistema consiga re-estabilizarse ante una crisis, al adaptarse a nuevos sucesos y, en general, reproducirse, al funcionamiento general, del tipo que implica el predominio de la razón instrumental, poco le importará la calidad democrática, porque el sistema no sólo se integra de manera ética o jurídica, sino también en torno a un tipo particular de organización económica como la capitalista (o capitalista de estado) de cuyos mercados de mercancías y trabajo puede decirse muchas cosas, pero no que sean democráticos, y otro tanto ocurre con el poder burocrático-legal asentado en todos los mecanismos estatales de gestión (Habermas, 2000).

Debido al primer aspecto es necesario analizar con más detalle las características internas del clientelismo como sistema de autoridad (en la medida en que distribuye el poder y las acciones sociales) y, debido al segundo aspecto, es necesario comprender sus efectos no sólo en términos de aprobación ética de ciertas prácticas políticas, sino también en términos de funcionalidad organizacional.

En principio, debe descartarse de plano la idea de que el clientelismo constituye un tipo de relación política irracional, aun cuando sea evidente que contradice principios básicos de la organización democrática formal. Muy por el contrario, se observa muy pronto que la relación política de tipo clientelar es sumamente sólida en todos los estados complejos conocidos y responde a dos principios sociológicos clásicos y bien definidos. En primer lugar, la ya citada relación de parentesco, que sitúa a dos sujetos en una relación de solidaridad mecánica cuyas bases de cohesión e integración son directas y firmes. En segundo lugar, al tipo de autoridad carismático que, si bien tiende a disminuir en contextos complejos en donde predomina el tipo burocrático-legal, no termina de desaparecer en ningún contexto de integración vertical del poder social, en el cual la división piramidal de las funciones productivas y comunicativas dan a casi cualquier organización compleja la apariencia de cumplimiento de la “ley de hierro de las oligarquías” (Bolívar Meza, 2002), que no se trata de una ley estructural, sino más bien de un principio funcional sumamente útil, al cual ni los sistemas públicos de mayor alcance pueden renunciar para su integración y cohesión.

Considerados estos dos elementos, la relación clientelar puede situarse en un modelo muy conocido de relación social en la cual existe una distribución del poder absolutamente asimétrica pero que, sin embargo, obliga a ambas partes. Se trata de la relación de vasallaje, que no sólo sostuvo las relaciones feudales en Occidente, sino a casi todos los estados complejos (o bloques históricos) hasta la modernidad. La conjeta que subyace a este discurso al respecto debe hacerse explícita: la relación de vasallaje responde a un tipo básico de configuración de las relaciones sociales al cual las sociedades contemporáneas no pueden renunciar, a pesar de la evidente contradicción con el principio de igualdad formal. La relación de entrega y contra-entrega típica del vínculo de vasallaje encubre una solución

funcional que da mucha firmeza a los sistemas reales de integración social: el vasallo entrega al señor el poder y no se lo disputa, y el señor ofrece a cambio la eficacia de que el sistema continuará permitiendo la reproducción material y simbólica de la sociedad de referencia, garantizando la subsistencia de ambas partes y, a la vez, ratificando la utilidad social de la relación de vasallaje (Valdeavellano, 2009). Esta configuración puede variar históricamente en el nombre (que abarcaría algunas formas principales de clientelismo), pero difícilmente lo hará en la forma mientras el sistema en su conjunto mantenga relaciones interpersonales directas. En otros términos, la solidaridad orgánica y el régimen de dominación burocrático-legal pueden avanzar hasta la cohesión de las relaciones interpersonales, en donde encontrarán un límite de regulación social que la relación de vasallaje tenderá a ocupar porque es, sencillamente, más eficaz y más fácil de reproducir.

Los problemas reales aparecen en la democracia capitalista no en la situación de asimetría de poder y establecimiento de relaciones de autoridad que vulneran la igualdad formal (eso, en realidad, le importa a muy contadas personas), sino en que estas relaciones de vasallaje se articulan en torno a un marco fijo para la relación social, mientras que el contexto supone una gran versatilidad, e incluso una marcada labilidad, de las propias relaciones sociales. Cuando las políticas públicas deben cambiar abruptamente, las series de relaciones sociales clientelares se vuelven demasiado rígidas para las necesidades de adaptación del sistema en su conjunto pero, en circunstancias de relativa tranquilidad, las asimetrías de poder son toleradas más que amigablemente en casi todos los ámbitos sociales, en especial en los jurídico-políticos que, de hecho, no podrían funcionar sin esta integración vertical que concentra el poder en las instancias superiores y garantiza el funcionamiento piramidal y descendente de la autoridad, lo cual explica sociológicamente, de paso, el sistema kelseniano de ordenación de las normas (Kelsen, 1981). Por su parte, las relaciones de autoridad se encuentran directamente formalizadas por los protocolos de sanción de los comportamientos, de modo que sobre este punto queda por el momento poco espacio para la discusión. Si es cierto que algunos elementos, como el nepotismo, pueden en alguna medida controlarse, la necesidad de integrar relaciones de solidaridad mecánica sólidas tenderán a inducir un tráfico de influencias que no escapa a la mirada de ningún observador perspicaz de la vida política, incluyendo aquí a todas las organizaciones sociales, públicas o privadas y sin atender a la presunta calidad democrática del sistema de referencia.

220

Un caso distinto aparece cuando el *clientelismo* se aplica como una política de estado, vale decir, cuando es el *gobierno*, a partir de los más altos cargos de su parte política (que en el caso de la democracia formal es variable) el que induce la creación de relaciones de vasallaje y tráfico de influencias. Nuevamente, la piedra de toque de este recurso de tipo corporativista no se encontrará en las razones morales que puedan existir para rechazarlo, sino en sus condiciones de eficacia comprobada. Una observación de largo rango de muchas sociedades contemporáneas induce a creer que el clientelismo es, por una parte, una práctica nada exclusiva de las democracias “poco desarrolladas” y, por otra parte, una necesidad de integración antes que una mala *praxis* política en muchos estamentos sociales. La acusación que vincula al clientelismo con el populismo (que es utilizado a menudo como un eufemismo para designar a un comportamiento político demagógico) no parece inexacta pero, nuevamente, al cargar el término de un tono firmemente moral olvida medir su eficacia efectiva, que suele ser muy grande en determinados períodos, especialmente en aquellos momentos en los que el capitalismo experimenta mutaciones en el régimen de acumulación de capital, es decir, en el modo en el que reorganiza sus relaciones de producción fundamentales.

Desde una perspectiva pragmática, e incluso utilitarista, es inexacta la pretensión de que el clientelismo o el populismo (que es el nombre que se daría al clientelismo cuando se traduce en una política pública de amplio alcance) sean necesariamente reprobables. Para captar esta descripción es necesario abandonar la perspectiva de lo formal. La mera existencia de reglas y protocolos que combatan el clientelismo no implica la inexistencia de prácticas que se sustenten en este modo de relación de autoridad. Es evidente que esta perspectiva introduce un elemento muy molesto para la filosofía democrática, pues supone afirmar que hay aspectos siempre librados a cierta cuota de arbitrariedad. La duda siempre presente (ya desde las agudas críticas al parlamentarismo y la democracia desarrolladas por Schmitt (1990, 1991) a la viabilidad de la democracia real, en consideración de la necesidad de un poder último en la toma de decisiones, en el momento de la excepción, se re-presentan aquí, pero en un sentido diferente. La arbitrariedad en Schmitt se afirmaba en la instancia en la cual la normalización de la sociedad no daba respuesta al caso excepcional, al momento político que exigía la arbitrariedad como respuesta funcional. Por el contrario, el clientelismo y la relación de vasallaje que encierra supone que la arbitrariedad se encuentra, en alguna medida, presente en todo el sistema y, mientras persistan las relaciones interpersonales, en todo sistema socio-político.

De esta circunstancia no debe colegirse que no exista más remedio que resignarse a su existencia, sino sólo que se trata de un fenómeno al cual debe prestarse una atención diferente en el desarrollo de la vida social y política y, sobre todo, cuya utilización debe hacerse con cuidado. Porque en ocasiones la acusación agregada de clientelismo-populismo favorece estrategias de desestabilización política que en nada ayudan al asentamiento de los protocolos democráticos y, al mismo tiempo, nada hay más fácil que tachar de no-democráticas a las instancias que concentran el poder político, sencillamente porque la relación de autoridad que gestionará el uso social de ese poder será intrínsecamente *no-democrática* lo cual, paradójicamente, no implica que sea *anti-democrática*.

En todo caso, se diría que la percepción de un determinado funcionamiento político y su evaluación de calidad no debería basarse exclusivamente en la presencia o ausencia de estos elementos, pues algunos otros podrían también considerarse: el bienestar relativo de la población, por ejemplo. Porque de nada sirve acalorarse y gritar que el bienestar sin libertad (valor asociado a veces demasiado libremente –valga la redundancia– al concepto de democracia) de nada sirve, pues tampoco es útil un sistema acabadamente democrático que hunda a la población en la miseria, situación para la cual suelen concurrir muchos otros factores.

Un último elemento se debe al menos consignar aquí: si bien es fácil verificar que el clientelismo habilita vías rápidas de corrupción política, ello no implica necesariamente que un aparato político de orientación populista sea más corrupto que otro que no lo sea. Probablemente ocurrirá que la extensión de las relaciones de autoridad y la debilidad de la constitución formal de algunas de ellas hagan más fácil la detección de la corrupción, pero no necesariamente será mayor en términos de la utilización de los mecanismos y aparatos públicos para la privatización de la riqueza socialmente producida.

Porque de esto se trata, en última instancia, el problema de la corrupción: lo público pasa a manos privadas por canales informales y delictivos. Sin embargo, quizás ingenuamente, es posible preguntarse qué diferencia hay cuando lo público pasa a manos privadas “con todas las de la ley”. Hay una importantísima corriente ideológica que defiende a rajatabla esta doctrina, cuyas consecuencias sociales y

masivas rara vez dejan de hacerse notar y que precisamente se ubica en la costa opuesta a lo que suele denominarse *populismo*. Se aduce que la aplicación de esta doctrina favorece la creación de empleo y que derrama la riqueza social (aunque la mayor parte de ella se queda en unos pocos platos) hasta los confines de la sociedad. Esta teoría del derrame nunca se ha demostrado suficientemente, mientras es más fácil mostrar como gobiernos tachados de *populistas* han conseguido paliar mejor circunstancias como el hambre y la exclusión social.

## Bibliografía

BEETHAM, D. (1991), *The legitimization of power*, MacMillan, Hong Kong.

BOLÍVAR MEZA, R. (2002), "La teoría de las élites en Pareto, Mosca y Michels", *Revista Iztapalapa*, Año 23, Núm. 52, pp. 386-407.

BOVERO, M. (2002), *Una gramática de la democracia*, Trotta, Madrid

DURKHEIM, E. (1987), *La división del trabajo social*. Akal, Madrid.

HABERMAS, J. (2000), *Factualidad y validez*, Trotta, Madrid.

KELSEN, H. (1981), *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

O'DONNELL, G. (1997), *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires.

PARSONS, T. (1984), *El sistema social*, Alianza, Madrid.

SCHMITT, C. (1990), *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid.

SCHMITT, C. (1991), *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid.

SCHUMPETER, J.A. (2009[1952]), *Capitalism, socialism and democracy*, George Allen & Unwin, Londres.

VALDEAVELLANO, L.G. (2009), *Señores y burgueses en la edad media hispana*, Real academia de la historia, Madrid.

TOURAINE, A. (1994), *Qu'est-ce que la démocratie?*, Fayard, París.

## Prueba ilícita

**Javier Mijangos**

Suprema Corte de Justicia de México  
[jmijangosg@mail.scjn.gob.mx](mailto:jmijangosg@mail.scjn.gob.mx)

### Resumen

El trabajo analiza la evolución que ha tenido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América la doctrina de la *Exclusionary Rule* en virtud de la cual se imposibilita que la fiscalía introduzca en un juicio material probatorio que haya sido obtenido por agentes de policía u otros agentes gubernamentales sin atender a las normas procesales constitucionales y se evalúan las ventajas e inconvenientes de esta institución. Finaliza desarrollando un análisis comparativo con la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de prueba ilícita.

### Palabras clave

Garantías procesales, principio de legalidad en la acción policial, 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> Enmiendas

223

## Exclusionary Rule

### Abstract

This work analyses the evolution of the *Exclusionary Rule doctrine in the US Supreme Court's case law*. This doctrine prevents prosecutor to present in trial evidences illegally obtained by police or other government agencies and the paper evaluates its advantages and disadvantages. Finally, it develops a comparative analysis of this doctrine and Spanish Constitutional Court case law.

### Keywords

Procedural guarantees, deterrent effect against illegal police activity, 4<sup>th</sup> and 5<sup>th</sup> Amendments.

## 1. Introducción y concepto de la *exclusionary rule*

Uno de los mayores cuestionamientos por parte de la sociedad civil sobre la legitimidad de los ordenamientos jurídicos actuales, y principalmente sobre la justicia penal, es la existencia de normas jurídicas cuya aplicación indiscriminada produce injusticias. Son innumerables las reseñas que pueblan día a día los periódicos sobre casos en los que un presunto delincuente es dejado en libertad, a pesar de la existencia de pruebas incriminatorias en su contra, en virtud de que la policía no siguió determinadas reglas al momento de detenerle o de efectuar un registro. Estos casos remiten a lo que en la literatura jurídica hispanoamericana se conoce como la prueba ilícita.

De manera general podemos señalar que existen dos formas de abordar la ilicitud de una prueba. En la tradición jurídica europea esta cuestión está centrada en la rigurosa aplicación del principio de legalidad como una exigencia del propio sistema. En cambio, en los Estados Unidos de América, las reglas sobre admisibilidad de una prueba están determinadas por la conjunción de un doble objetivo: la búsqueda de la verdad y la imposición de límites en la conducta de los miembros de las fuerzas policiales. Alrededor de estas cuestiones se ha ido formando un rico y complejísimo cuerpo jurisprudencial que se ha convertido en referente de un gran número de sistemas jurídicos. Las próximas líneas las dedicaremos al estudio de la doctrina conocida como la *exclusionary rule*.

La *exclusionary rule* es un remedio judicial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos (SCEU), que imposibilita que la fiscalía introduzca en un juicio material probatorio que haya sido obtenido por agentes de policía u otros agentes gubernamentales sin atender a las normas procesales constitucionales. Este remedio se aplica principalmente respecto a registros y confiscaciones que violenten lo establecido en la Cuarta Enmienda de la Constitución<sup>1</sup>.

224

Los creadores de la Cuarta Enmienda tenían la clara intención de crear una garantía que fuese ejercida ante los tribunales federales, a fin de evitar que los derechos constitucionales se convirtiesen en meras normas programáticas sujetas a la discreción de las autoridades. Sin embargo, la SCEU tardó más de un siglo en adoptar la llamada *exclusionary rule*.

Esta tardanza se debe en gran medida a la ausencia de un Código Federal de Procedimientos Penales durante el siglo XIX y al reducido número de litigios que se dieron sobre esta cuestión a nivel federal. En los tribunales estatales, sin embargo, los litigios sobre esta problemática se presentaron con mayor frecuencia conforme llegaba a su fin el siglo XIX. Antes de 1914, veinticinco estados se habían planteado la posibilidad de establecer una *exclusionary rule* a fin de rechazar en juicio el material probatorio que la policía hubiese obtenido ilegalmente, aunque solo el estado de Iowa la consagró en su legislación local. Esta situación se debía en gran medida a que en la época se consideraba que un agente de policía que realizaba una conducta ilegal actuaba como un mero particular y no como un agente del Estado.

<sup>1</sup> La Cuarta Enmienda fue ratificada el 15 de diciembre de 1791 y establece *el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias. Será inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o confiscadas*.

Gradualmente esta concepción fue cambiando y los agentes del orden comenzaron a ser sancionados por realizar sus actividades fuera del marco constitucional. Para el año 1914, las leyes penales federales se habían expandido enormemente y los juicios federales ya no eran una rareza. En ese mismo año la SCEU, en el caso *Weeks v. United States*<sup>2</sup>, sostuvo que la Cuarta Enmienda era aplicable a las autoridades federales y que, para lograr su cumplimiento, cualquier prueba obtenida por agentes federales en un registro o confiscación ilegal no podía aportarse ni ser valorada por un juez federal a fin de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados. Sin embargo, la Corte también sostuvo que la Cuarta Enmienda no era aplicable a los estados y, por tanto, las pruebas obtenidas ilegalmente por alguna autoridad local y que fueran entregadas a las autoridades federales, serían admisibles en los juicios federales. Esta doctrina pasó a la historia con el nombre de *silver platter*.

En esta época, los tribunales estatales eran libres para aceptar o rechazar la doctrina sentada por la SCEU respecto a la *exclusionary rule*. Así, entre 1914 y 1949, solo 16 entidades federativas habían adoptado dicha regla, mientras que 31 de ellos la habían rechazado.

A final de los cuarenta, en plena batalla constitucional para hacer efectivo el *Bill of Rights* en los Estados a través de la cláusula del debido proceso prevista en la Decimocuarta Enmienda, la SCEU se alejaría en parte de la doctrina sentada en *Weeks*. En 1949, en la sentencia del caso *Wolf v. Colorado*<sup>3</sup>, se establece que el derecho a la intimidad –objeto de la Cuarta Enmienda– es aplicable en los ordenamientos locales. Sin embargo, y sólo por el momento, la SCEU mantiene que la *exclusionary rule* no resulta obligatoria en los procedimientos penales de los Estados. Finalmente, en el caso *Mapp v. Ohio*<sup>4</sup> de 1961, la SCEU cierra el ciclo iniciado en *Weeks* al sostener que cualquier prueba obtenida en violación de los derechos previstos en la Cuarta Enmienda, no será admisible en ningún juicio estatal en contra de aquel particular que hubiese sufrido un registro o confiscación ilegal.

## 2. Naturaleza y propósito de la *exclusionary rule*

Es importante no perder de vista que, pese a la ausencia de una definición constitucional de la *exclusionary rule*, ésta ha sido considerada por la propia Corte como un instrumento indispensable para que las garantías constitucionales no se vean reducidas a un mero “conjunto de palabras”<sup>5</sup>. Asimismo, esta regla se aplica no sólo respecto a registros y confiscaciones contrarios a las Cuarta Enmienda, sino también respecto a violaciones de otros derechos constitucionales. Por ejemplo, tan sólo cinco años después de *Mapp*, en la mítica sentencia del caso *Miranda v. Arizona*<sup>6</sup>, la SCEU amplió la misma regla de exclusión a las violaciones al derecho a no declarar contra sí mismo contenido en la Quinta Enmienda.

La *exclusionary rule* no es un derecho constitucional del particular que la invoca, ya que su finalidad principal es la protección de los intereses de la sociedad. En palabras de la SCEU, esta regla tiene como finalidad prevenir más que reparar<sup>7</sup>. El objeto principal de la *exclusionary rule* es disuadir a los cuerpos policiales de actuar al margen de las normas constitucionales, sancionándoles con la exclusión

<sup>2</sup> 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed.2d 652 (1914).

<sup>3</sup> 338 U.S. 25, 69 S. Ct. 1359, 93 L.Ed.2d 1782 (1949).

<sup>4</sup> 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

<sup>5</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 648, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

<sup>6</sup> 384 U.S. 436 (1966).

<sup>7</sup> *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 217, 80 S.Ct. 1437, 4 L.Ed.2s 1669, 1667 (1960).

en juicio de las pruebas obtenidas inconstitucionalmente, y eliminado en consecuencia el incentivo que pudiesen tener dichos cuerpos de actuar al margen de la ley ( *deterrent effect*)<sup>8</sup>. En cualquier caso, es importante tener en cuenta que desde la primera jurisprudencia, la SCEU ha sostenido que la *exclusionary rule* conlleva un alto coste social, ya que al impedirse la presentación de pruebas en un juicio se niega la función primordial de los tribunales: la búsqueda de la verdad. Es por esto que la *exclusionary rule* únicamente se aplica una vez que el tribunal ha concluido que los beneficios obtenidos en disuadir la conducta futura de los agentes de la policía son mayores que los costes sociales que conlleva esta regla. La *exclusionary rule* no es de aplicación inmediata a todos los procedimientos ni en todos los supuestos.

### 3. Efectos de la *exclusionary rule*

La doctrina de la *exclusionary rule* se extiende no sólo a aquellas pruebas que hayan sido obtenidas como *resultado directo* de la actividad inconstitucional de la policía, sino también a aquel material probatorio que se derive *indirectamente* de tal actividad. Esta regla ha sido denominada por la SCEU como la *derivative evidence rule*, pero es conocida popularmente como la doctrina de “los frutos del árbol podrido” (*fruit of the poisonous tree*)<sup>9</sup>.

La SCEU ha sostenido que la imposibilidad de utilizar la evidencia probatoria derivada de un registro ilegal incluye tanto pruebas físicas como testimoniales<sup>10</sup>. Así, las comunicaciones interceptadas electrónicamente<sup>11</sup>, las huellas digitales<sup>12</sup>, la señalización de un objeto o una persona por parte de un perro<sup>13</sup>, la identificación de un acusado en una rueda de reconocimiento<sup>14</sup>, o la confesión escrita u oral de un detenido<sup>15</sup>, que hayan sido obtenidas a través de un registro y/o confiscación contrario a la Cuarta Enmienda no serán admisibles en juicio.

226

Sin embargo, la SCEU ha sostenido que la *fruits doctrine* no es aplicable si la relación causa – efecto entre la actividad ilegal y la obtención de la prueba se ha diluido de tal forma que la *mancha* de inconstitucionalidad ha terminado por *disiparse*<sup>16</sup>. A partir de este argumento la SCEU ha construido una serie de excepciones a la aplicación de la *exclusionary rule* que, en opinión de algunos, ha terminado por reducir a esta figura a su mínima expresión.

<sup>8</sup> En los años que siguieron a la extensión de la *exclusionary rule* a las entidades federativas, la SCEU fundamentó a veces esta figura en la “integridad judicial” (*judicial integrity*). Es decir, los tribunales no podían convertirse en cómplices de las acciones ilegales de la policía. Este argumento, a pesar de que se ha ido debilitando con los años, sobrevive todavía como corolario del principio de imparcialidad en el que está basada la figura de la *exclusionary rule*. Véase al respecto *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 88 S.Ct.1868, 20 L.Ed 2d 889, 901 (1968).

<sup>9</sup> Véase *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>10</sup> *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 487-88 (1963). Esta regla es de aplicación aún cuando el material probatorio haya sido obtenido en la propiedad de un tercero distinto al acusado (*Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, 176-77 (1969)).

<sup>11</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S 347, 88 (1967).

<sup>12</sup> *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811, 105 (1985).

<sup>13</sup> *United States v. Place*, 462 U.S. 696, 103 (1983).

<sup>14</sup> *United States v. Crews*, 445 U.S. 463, 100 (1980). En este caso, la prueba será admisible si el acusado ha pasado a disposición judicial antes de realizarse el reconocimiento (véase *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 92 (1972)).

<sup>15</sup> *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491, 103 (1983).

<sup>16</sup> Véase *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 487-88 (1963).

#### 4. Excepciones a la *exclusionary rule*

Antes de la década de los sesenta, la SCEU raramente intervenía en las reglas del sistema penal de los Estados Unidos. Esta tradición cambió una vez que el juez Earl Warren tomó los mandos del máximo tribunal. La *Warren Court* (1953-1969) promovió una verdadera revolución en el sistema de garantías penales de los detenidos, algunas veces en detrimento de las legítimas preocupaciones de los miembros de las corporaciones policiales. Sin embargo, una vez que cambió la composición de la Corte, con Burger y Renquist como sus mayores exponentes (de 1970 a nuestros días), una buena parte de la jurisprudencia previamente establecida por la SCEU fue revisada y modificada. Por ejemplo, en el caso que estamos estudiando, se ha ido configurando un complejo grupo de excepciones a la *exclusionary rule*. Básicamente: la buena fe, el descubrimiento inevitable, la doctrina del rompimiento causal (*purged taint*), la fuente independiente, la doctrina de la evidencia a la vista (*plain view*), el registro fortuito y el consentimiento.

La excepción de la buena fe permite que las pruebas sean admitidas en juicio si la policía cometió un error al realizar el registro o la confiscación. La policía puede alegar esta excepción si demuestra que actuó de forma honesta, razonable y bien intencionada. Esta excepción se suele aplicar: a) cuando el error fue cometido por el juez<sup>17</sup>; b) cuando el error fue cometido por un empleado del tribunal<sup>18</sup>; c) cuando la policía cree erróneamente que la información dada al juez que emite la orden de registro era correcta<sup>19</sup>; d) cuando la policía cree razonablemente que la persona que le otorgó el permiso para realizar el registro tenía la autoridad para dar ese consentimiento<sup>20</sup>; y e) cuando la acción de la policía está fundamentada en una ley que con posterioridad es declarada inconstitucional<sup>21</sup>.

227

La excepción del descubrimiento inevitable puede ser utilizada por la policía si demuestra que la prueba en cuestión hubiese sido inevitablemente descubierta por medios legales, a pesar de que el registro se haya llevado a cabo de forma inconstitucional. En consecuencia, no sería necesaria una orden de registro que justificara dicha intrusión. Esta excepción está restringida a aquellos casos en donde la evidencia es un cuerpo o un arma abandonada<sup>22</sup>.

Bajo la excepción del rompimiento causal (*purgad taint*), una acción libre y posterior por parte del acusado rompe la cadena causal entre la prueba descubierta y la acción inconstitucional de la policía<sup>23</sup>.

La excepción de la fuente independiente puede ser utilizada por la policía si demuestra que la prueba fue obtenida a través de una fuente que no tenga conexión alguna con el registro o la confiscación ilegal. Es importante recordar que la *exclusionary rule* únicamente se aplica respecto a las acciones de la policía y no respecto a las de los particulares<sup>24</sup>.

En la excepción de la evidencia a la vista (*plain view*) se sostiene que la policía no necesita una orden de registro para confiscar objetos que se encuentren dentro de su campo visual o en lugares abiertos al público. Esta excepción se suele

<sup>17</sup> United States v. Leon, 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677, 699 (1984).

<sup>18</sup> Arizona v. Evans, 514 U.S. 1, 115 S.Ct. 1185, 131 L.Ed.2d 34 (1995).

<sup>19</sup> Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79, 107 S.Ct. 1013, 94 L.Ed.2d 72 (1987).

<sup>20</sup> Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177, 110 S.Ct. 2793, 111 L.Ed.2d 148 (1990).

<sup>21</sup> Illinois v. Krull, 480 U.S. 340, 107 S.Ct. 1160, 94 L.Ed.2d 364 (1987).

<sup>22</sup> Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

<sup>23</sup> Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 487-88 (1963).

<sup>24</sup> United States v. Crews, 455 U.S. 463, 100 S.Ct. 1244, 63 L.Ed.2d 537 (1980).

aplicar en situaciones de emergencia, delitos flagrantes, incendios o accidentes, y sólo si el agente de policía se encuentra legalmente en el lugar del registro. Bajo esta doctrina, la policía no puede cambiar de lugar objetos a fin de tener una mejor visión del lugar objeto del registro<sup>25</sup>.

La excepción del registro fortuito es una práctica común de la policía. En los Estados Unidos los agentes de policía están legalmente autorizados para marcar momentáneamente el alto a un sospechoso y cachearlo a fin de asegurar su propia protección. Además, antes de que los sospechosos sean llevados a las dependencias policiales, estos pueden ser objeto de un registro, ya sea con o sin una orden judicial. Para que la detención sea válida la policía tiene que demostrar que existía causa probable de la posible comisión de un delito<sup>26</sup>.

Un registro con consentimiento normalmente se realiza cuando la policía no tiene una orden judicial, pero ha obtenido el consentimiento del sospechoso para realizar un registro en sus propiedades o en su persona. A fin de que no se aplique la *exclusionary rule*, el sospechoso no debe estar sujeto a amenaza alguna por parte de la policía y debe ser consciente de las consecuencias jurídicas que implica su consentimiento<sup>27</sup>.

## 5. Limitaciones en el campo de aplicación de la *exclusionary rule*

Debido a los altos costes sociales que conlleva la supresión de pruebas de un delito, la *exclusionary rule* sólo se aplicará en aquellos casos en los que el efecto disuasorio de los actos futuros de la policía haya sido claramente determinado por un juez. Así, la jurisprudencia de la SCEU nos demuestra que la *exclusionary rule* encuentra su campo de aplicación natural en los procedimientos penales, ya sean del orden federal o local. En cambio, existe un buen número de procedimientos en los cuales se ha excluido expresamente la aplicación de esta regla, debido a que a juicio del máximo tribunal no se logra el tan pretendido efecto disuasorio<sup>28</sup>.

228

Así, en los procedimientos ante el *Grand Jury* resulta admisible la presentación de pruebas obtenidas inconstitucionalmente<sup>29</sup>. Lo mismo sucede en los procedimientos civiles<sup>30</sup>, los procedimientos de deportación<sup>31</sup>, los procedimientos relativos a la libertad condicional<sup>32</sup>, el procedimiento federal de *habeas corpus*<sup>33</sup>, o por violaciones cometidas en contra de lo dispuesto por el artículo 36 de la

<sup>25</sup> *Harris v. United States*, 390 U.S. 234 (1968).

<sup>26</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>27</sup> *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

<sup>28</sup> Véase *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 693, 85 S.Ct. 1246, 14 L.Ed.2d 170 (1965).

<sup>29</sup> *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 94 S.Ct. 613, 38 L.Ed.2d 561 (1974). En los Estados Unidos la acusación formal por la comisión de un delito (*felony*) puede iniciarse por dos vías: una es la “acusación del Gran Jurado” (*grand jury indictment*), y la otra es lo que técnicamente se conoce como *information*. En el orden federal la presencia del *Grand Jury* es necesaria en los casos de delitos que ameriten la pena capital. En los órdenes locales, el *Grand Jury* está compuesto normalmente por no menos de 23 personas y su función es la de atender a la evidencia presentada por la fiscalía y determinar si existe causa probable de que el acusado haya cometido el delito. En esta fase el acusado no tiene derecho a presentar pruebas ni a tener la presencia de su abogado, ya que estrictamente esta es una fase de la investigación y no del juicio.

<sup>30</sup> *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 96 S.Ct. 3021, 49 L.Ed.2d 1046 (1976).

<sup>31</sup> *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 104 S.Ct. 3479, 82 L.Ed.2d 778 (1984).

<sup>32</sup> *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 357, 118 S.Ct. 2014, 141 L.Ed.2d 344 (1988).

<sup>33</sup> *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S.Ct. 3037, 49 L.Ed.2d 1067, 1080 (1976).

V  
O  
C  
E  
S

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>34</sup>. Por último, es importante señalar que los derechos contenidos en la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución resultan oponibles únicamente frente a los poderes públicos, de ahí que las pruebas obtenidas por un particular puedan ser presentadas en juicio, con independencia de que no cumplan con los requisitos constitucionalmente establecidos para los registros y confiscaciones policiales<sup>35</sup>. Esto resulta muy relevante en los Estados Unidos, ya que una gran parte del trabajo de investigación policiaca es realizado por cuerpos de seguridad privados. En cualquier caso, la *exclusionary rule* entrará en escena si la actividad de estos cuerpos se realiza de forma conjunta con agentes policiales.

## 6. Ventajas, desventajas y alternativas a la *exclusionary rule*

A pesar de que la *exclusionary rule* no está expresamente contenida en la Constitución, se ha convertido en el referente principal del trabajo diario de los cuerpos de policía en los Estados Unidos. Varios estudios demuestran que esta regla ha mejorado enormemente la calidad del sistema de justicia criminal. La *exclusionary rule* es el principal motivo por el cual los gobiernos locales y federales invierten recursos en entrenamiento y cursos de capacitación para las fuerzas del orden. Asimismo reduce el riesgo y los costes de que una condena sea revocada en apelación, y asegura a la opinión pública que la policía realiza sus actividades respetando las garantías procesales.

229

Sin embargo, esta regla también tiene un buen número de desventajas, quizá la más importante es que los sospechosos sean liberados debido a un mero “tecnicismo”. Los cuerpos de policía consideran que la *exclusionary rule* protege a los delincuentes y paraliza los esfuerzos que se realizan en la lucha contra el crimen. Desde el ámbito académico se señala que uno de los problemas de esta regla es que no sanciona directamente al agente de policía que incumple con los mandatos constitucionales, no disuade tampoco la actividad futura de la policía, y hace que la sociedad pierda respeto hacia el sistema de justicia penal y las garantías procesales.

En cualquier caso, a pesar de la crítica académica y popular, la *exclusionary rule* ha sobrevivido casi un siglo debido a que la mayoría de la SCEU sigue creyendo que nada funciona mejor que el efecto disuasorio que conlleva esta regla. ¿Cuáles son las alternativas? Normalmente se barajan las siguientes: la presión de la opinión pública, el ejercicio de acciones penales en contra de la policía, los procedimientos disciplinarios internos, y las reclamaciones pecuniarias por daños y perjuicios<sup>36</sup>.

Confiar en la opinión pública para corregir y remediar el actuar de los agentes del orden resulta problemático por varias razones. La primera es que la opinión pública no es consciente de la mayoría de los casos en los que la actividad policial se desarrolla fuera de los cauces constitucionales. Los registros y confiscaciones que se suceden a diario no suelen ser, salvo contadísimas excepciones, de interés periodístico. Otra razón es que aquellos pocos casos que

<sup>34</sup> Sanchez-Llamas v. Oregon, 126 S.Ct. 2669 (2007). El artículo 36 de la Convención de Viena regula las comunicaciones entre un individuo y los agentes consulares del país al que pertenezca el individuo cuando éste se encuentra detenido por las autoridades de un país extranjero.

<sup>35</sup> Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

<sup>36</sup> Véanse por todos, los votos de Frankfurter y Murphy en *Wolf v. Colorado*, así como *Monell v. Department of Social Services of the City of New York* [436 U.S. 658, 694 (1978)]; *Owen v. City of Independence* [445 U.S. 622, 638 (1980)]; y *Bivens v. Six Unknown Named Agents* [403 U.S. 388, 411, 422 (1971)].

trascienden el anonimato, suelen referirse a hechos en los que el acusado es presentado a la opinión pública como un “delincuente”. Ante encabezados periodísticos tales como “declaran ilegal la confesión del asesino” o “traficante de drogas logra que se excluya como prueba el alijo encontrado en su casa”, la opinión pública responde con muy poca simpatía al reclamo del respeto a sus derechos constitucionales. Las preocupaciones a corto plazo sobre la inseguridad pública suelen triunfar sobre el efecto que tienen en la sociedad las actuaciones policías que se realizan al margen de la ley.

Respecto al ejercicio de acciones penales en contra de la policía, la mayoría de los fiscales se niegan a iniciar acciones penales en contra de aquellos que finalmente son parte esencial del equipo de investigación con el que trabajan día a día. Aunado a esto, en el Derecho Penal estadounidense los fiscales gozan de una amplia discreción para determinar el ejercicio de la acción penal, por lo que salvo en los casos de flagrante violación de los derechos constitucionales, deciden no perseguir estos hechos.

En lo que hace a las sanciones disciplinarias, éstas sufren de los mismos problemas que cualquier otro procedimiento disciplinario al interior de una profesión: la dificultad de ser juzgado por uno de sus pares.

Por último, es importante señalar que en el sistema jurídico estadounidense, los particulares cuentan con acciones procesales dirigidas a la reclamación pecuniaria de daños en el caso de que algún agente del Estado haya violado sus derechos constitucionales. Dichas acciones existen tanto a nivel federal como estatal. Sin embargo, por varias razones, las demandas de este tipo no se configuran como un remedio adecuado para los abusos policiales. La primera razón es que el éxito de este tipo de demandas es mínimo, aún cuando la policía haya actuado ilegalmente. El argumento central en la defensa de los policías suele ser que si bien es cierto que realizaron un registro ilegal, actuaron bajo una objetiva y razonable “buena fe”. En segundo término, aún cuando existan todos los elementos para que la demanda salga adelante, este tipo de acciones no suelen ser de las preferidas de los abogados penalistas, ya que ante los bajos salarios que cobran los policías la compensación pecuniaria suele ser insignificante. En este sentido, y a fin de obtener una mayor compensación, se suele alegar la responsabilidad del órgano estatal al que está asignado el agente. Sin embargo, los requisitos para condenar subsidiariamente al Estado son muy estrictos, ya que es necesario probar “la existencia de una política o costumbre” que haya contribuido a la violación de derechos del demandante. En suma, aunque existen acciones procesales cuya finalidad es remediar los abusos policiales, las sentencias condenatorias suelen ser esporádicas y muy determinadas por la idiosincrasia del jurado en turno.

230

## 7. El estado de la cuestión en el sistema jurídico español

La doctrina de la prueba ilícita aparece tratada por primera vez en la jurisprudencia española en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que se estableció que “la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del artículo 24.2 de la Constitución”. Las SSTC 81/1998, de 2 de abril y 239/1999, de 20 de diciembre, señalan que la exclusión de la prueba ilícita es una regla jurídica objetiva, que si bien no está recogida en precepto constitucional alguno (aunque sí legal, el artículo 11.1 de la LOPJ), ni en rigor deriva del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su

debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional si transcurren al margen o sin respetar los derechos fundamentales, o si amparan sus menoscabos. Y esta exigencia derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que en los restantes, ya que dicho proceso es el cauce normal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del *ius punendi* del Estado.

Es importante mencionar que en el sistema español se ha formado un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que es posible concebir otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba del artículo 24.2 CE (STS de 27 de enero de 2010 [RJ 2010, 3008]). En esta lógica, la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria implica que el hecho que se trata de acreditar con la diligencia puede quedar acreditado por otros medios, si éstos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos. (SSTS de 30 diciembre de 2009 (RJ 2010, 437) y 10 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1939).

Al igual que en el sistema estadounidense, los tribunales españoles han señalado que la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales no produce efecto alguno y su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Asimismo, resulta interesante señalar que los efectos anulatorios se producen aunque la violación de derechos fundamentales los haya producido un particular y no la autoridad (STS de 10 de febrero de 1995 (RJ 1995, 814).

231

Por último, es relevante señalar que en España se ha adoptado la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, acuñada por el Tribunal Constitucional; doctrina que sintetizan las SSTS de 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 437) y 2 de junio de 2010 (RJ 2010, 3489), al señalar que no basta con que el material probatorio derivado de la fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico. Para que se produzca la transmisión inhabilitante debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando conexión de antijuridicidad, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

## Genocidio

José Luis Pérez Triviño

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

[jose.perez@upf.edu](mailto:jose.perez@upf.edu)

### Resumen

El vocablo "genocidio" fue creado *ex novo* por el jurista polaco de origen judío Rafael Lemkin, entendiendo por tal la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Este neologismo surge de la palabra griega "genos", que significa raza, tribu, y el vocablo latino "cide", matar. Sin embargo, la palabra genocidio está cargada de valor, y a menudo es usada incorrectamente cuando se aplica a ciertos hechos trágicos de la historia. No es extraño confundir genocidio con calamidades, crímenes de guerra o asesinatos en gran escala. Por otro lado, es un término cuyos elementos definitorios son difíciles de precisar, lo cual ha provocado intensas polémicas. El propósito de este trabajo ha sido exponer el proceso de definición que se llevó a cabo en la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio de 1948, así como los rasgos que más discusión y debate han provocado: los grupos víctimas y la caracterización de la intención. El autor analiza en especial la caracterización de los grupos de víctimas de genocidio, la exclusión de los grupos políticos y las dos concepciones que estas últimas décadas se han enfrentado en la caracterización de la intención en el genocidio, la basada en la intención especial y la basada en el conocimiento, decantándose por la primera.

232

### Palabras clave

Genocidio, grupos políticos, dolo, intención, participación en genocidio.

## Genocide

### Abstract

The word "genocide" was created *ex novo* by the Polish jurist of Jewish origin Rafael Lemkin, understanding by such the destruction of a nation or of an ethnic group. This neologism arises of the Greek word "genos", that means race, tribe and, the Latin word "cide", to kill. However the word genocide is value loaded concept, and often it is used wrongly when it applies to some tragic facts of the history. It is not odd to confuse genocide with calamities, crimes of war or murders in big scale. On the other hand, it is a term whose definitional elements are difficult to ascertain. For that reason it has caused intense controversy. The purpose of this work has been to expose the definitional process during the enactment of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide (1948), as the elements that more discussion and debate have arised: the victim groups and the characterisation of the intention. The author examines specially the characterisation of the group victims of genocide, the exclusion of the political groups and the two conceptions that lately have offered a different characterisation of intention in genocide: the special intention and the conception based on knowledge. The author has tried to offer some reasons to adhere to the first conception.

### Keywords

Genocide, political groups, dolus, intention, participation in genocide.

La palabra genocidio está cargada de valor y a menudo es usada con significados dispares cuando se aplica a ciertos hechos trágicos de la historia. Es notable la variedad de usos, no siempre coincidentes, entre expertos provenientes del ámbito de la historia, sociología o del Derecho (Marco, 2012: 2). No es extraño confundir genocidio con calamidades, crímenes de guerra o asesinatos en gran escala. Por otro lado, es un término cuyos elementos definitorios son difíciles de precisar, lo cual ha provocado intensas polémicas entre aquellos que tratan de mantener un significado restringido y los que pugnan por ampliar su referencia para dar cabida a un mayor número de matanzas. La cuestión ha devenido más complicada aún, al tener los Estados la obligación de trasponer a su ordenamiento la tipificación del delito, pero sin que nada impida que en esa trasposición un Estado pueda modificar la definición, ampliando el listado de comportamientos sancionables, o el número de grupos que pueden ser víctimas del delito. De esta manera, España modificó el artículo 607 de su Código Penal para incluir también a los grupos determinados "por la discapacidad de sus integrantes" entre quienes pueden ser víctimas de genocidio. Por su parte el legislador francés amplió la tipificación en el artículo 211 de su Código Penal, añadiendo una cláusula de cierre que incluye a cualquier otro *grupo determinado a partir de cualquier otro criterio arbitrario*.

En lo que sigue analizaré el sentido de genocidio a partir de su caracterización originaria debida al jurista polaco Rafael Lemkin (1), para después (2) concretar el significado a la luz de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio (1948) finalizando con (3) el análisis crítico de dos de sus elementos aquellos que más debate han suscitado: los grupos víctima y la intención en la perpetración. Respecto de éste último elemento realizaré un análisis más exhaustivo de las concepciones teóricas que pueden tener más repercusión respecto de la ampliación de los sujetos potencialmente acusados de dicho delito.

233

## 1. El origen del término y su significado

El vocablo "genocidio" fue creado *ex novo* por el jurista polaco de origen judío Rafael Lemkin, en su obra de 1944 *Axis Rule in Occupied Europe* donde entiende por "genocidio" la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Este neologismo surge de la palabra griega *genos*, que significa raza, tribu, y el vocablo latino *cide*, matar. Por supuesto, el hecho de que dicho término se creara en esa fecha no significa que en el pasado no hubiera habido genocidios. Su incorporación en textos jurídicos internacionales, y en particular, en el Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948, como delito de Derecho Internacional, reflejaba la intención de la comunidad internacional de enfrentarse a catástrofes humanas que, como el Holocausto, habían golpeado la conciencia social mundial, y de ahí que fuera calificado como la "más grave violación de los derechos humanos que es posible realizar".

En el esquema primigenio del jurista polaco, lo que caracteriza al genocidio no es tanto la destrucción más o menos extensa de un grupo de personas (que también se puede dar en los delitos de guerra o crímenes contra la humanidad), como la existencia de un plan coordinado de acciones, una intencionalidad compartida entre los perpetradores, cuyo objetivo es destruir las manifestaciones esenciales de vida de los grupos sociales (ya sean naciones, grupos religiosos, étnicos o raciales) (Ambos, 2009: 28). En la perspectiva de Lemkin, el genocidio es un plan de acción llevado a cabo por un grupo con el objetivo de eliminar las instituciones políticas y sociales, la cultura, la lengua, los sentimientos nacionales, la religión y la existencia económica de los grupos víctimas. El genocidio se dirige contra el grupo nacional (religioso, étnico, racial, etc.) como entidad, y las acciones

que entraña se dirigen contra los individuos, no en su condición de tales, sino como miembros del grupo con esas características. El genocidio es así la antítesis de la concepción tradicional de la guerra, pues ésta se dirige contra los soberanos y los ejércitos, no contra los ciudadanos. La finalidad del genocidio es, entonces, la destrucción de determinados grupos humanos que constituyen el ámbito en el que desarrolla su vida el individuo, en prácticamente todas las facetas sociales y culturales de su existencia. En el genocidio el bien jurídico es de naturaleza supraindividual: su titular no es la persona física sino el grupo como tal colectividad.

Otro rasgo característico que distingue al delito de genocidio es que con él no se pretende castigar los atentados contra bienes jurídicos fundamentales cometidos por motivos racistas, xenófobos, etc., pues para tal castigo ya están los crímenes contra la humanidad. Para calificar un acto de genocidio no es necesario, pues, descubrir el móvil o motivación psicológica que guió al autor del delito. Lo relevante es probar que la intención de cometer las muertes, de producir los daños físicos o psíquicos o de evitar los nacimientos era la destrucción del grupo víctima (Schabas, 2000: 214).

## 2. La Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial y tomar conciencia de la magnitud de los crímenes nazis, las potencias vencedoras tomaron la decisión de establecer los medios necesarios para evitar su repetición. Es en este contexto en el que se promulga en 1948 en el seno de la ONU la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio, aunque como se mencionara más adelante, su eficacia práctica distó mucho de los iniciales propósitos que guiaron su nacimiento. Por otro lado, hay que recordar que la caracterización principal del delito de genocidio propuesta por el Convenio se mantiene en los textos normativos publicados posteriormente como el Estatuto de Roma, por el cual se crea la Corte Penal Internacional. Tampoco hubo modificaciones sustanciales cuando se crearon los tribunales *ad hoc* para juzgar los delitos internacionales cometidos en Ruanda y en la ex Yugoslavia, aunque, como se verá más adelante, las sentencias dictadas profundizarían y matizarían el alcance del delito de genocidio.

234

La Convención trató de restringir el sentido que le había dado Lemkin en aras de caracterizar el grupo víctima según rasgos más estables de los que había utilizado el jurista polaco. Así, por ejemplo, se eliminó la referencia a grupos culturales. La definición de genocidio se establece en el artículo 2: una serie de actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Hay dos aspectos centrales en esta definición de genocidio: la serie de acciones materiales (el *actus reus*) y la intención con que son realizadas (el *mens rea*).

Las conductas materiales que constituyen el delito de genocidio son:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Junto a las conductas materiales que caracterizan ciertas acciones como genocidas, la Convención establece que deben haber sido realizadas con una intención específica: la de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Pero para la consumación del delito, para poder afirmar que se ha realizado un delito de genocidio, no es imprescindible que el autor logre aquel resultado final con cuya intención actúa, es decir, no es necesario que logre la efectiva destrucción del grupo, sino que basta con que logre uno de los resultados enumerados, por ejemplo, la muerte o las lesiones de un miembro del grupo, siempre que haya sido con la intención de destruir al grupo (Van Der Vyver, 2004: 58).

De hecho, tomado en su sentido estricto, el concepto lleva a concluir que ha habido pocos genocidios en la historia, especialmente en la historia más alejada de nuestro tiempo, ya que no todas las matanzas tenían el propósito de exterminar a una nación, etnia o grupo religioso. Las conquistas de los romanos, árabes, turcos, españoles, franceses o ingleses no perseguían, en la mayor parte de los casos, eliminar a las poblaciones que conquistaban.

### 3. Críticas a la definición de genocidio

Entre otros análisis críticos de la caracterización de genocidio, hay dos aspectos centrales en su configuración en la Convención de 1948 que han generado una intensa discusión: a) la caracterización de los grupos y en concreto, la exclusión de otros grupos, especialmente, los políticos como grupos víctimas; b) la noción de intención.

#### *La caracterización de los grupos*

235

No toda colectividad está protegida por la definición de genocidio; éste solo puede cometerse en contra de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Más allá de la propia definición de “nacional”, “étnico”, “racial” y “religioso”, que ya plantea problemas más que notables, otra dificultad sustancial con la que se han enfrentado los tribunales es establecer los criterios de pertenencia de los individuos a esos grupos. En este sentido, hay dos perspectivas en conflicto y que conducen a consecuencias distintas: la que sostiene que el estándar para definir al grupo debería ser el criterio utilizado por el victimario, mientras que otra posición sostiene que sería mejor utilizar un criterio objetivo.

El otro gran problema de la definición de genocidio es el relativo a la exclusión de los grupos políticos. En tal sentido, por ejemplo, el asesinato de oponentes políticos, por muy numeroso que sea y aunque concurren los demás elementos, no constituye genocidio. Una de las razones contrarias a la inclusión de los grupos políticos en la definición de genocidio, es que éstos carecen de la estabilidad, firmeza o permanencia que otros grupos ofrecen (los nacionales, étnicos, raciales o religiosos).

Junto a las razones conceptuales mencionadas se produjeron circunstancias políticas en el proceso de redacción de la Convención, y es que la inclusión de estos grupos en la definición del delito de genocidio habría conducido a algunos Estados a oponerse a la ratificación de la Convención, dado que podrían ser acusados por haber destruido a grupos políticos en el interior de su propio país. Piénsese que pocos años atrás la URSS había iniciado una purga política de enormes dimensiones que condujo a cientos de miles de personas a campos de trabajo.

Por último, también se aludió a razones estratégicas de carácter jurídico, pues tal inclusión abriría la puerta a la adición de otros grupos, como los de carácter económico o profesionales, y dejaría el precepto en una zona de indeterminación contraria al principio de seguridad jurídica.

A pesar de los argumentos citados, son muchos los autores que reclaman la incorporación de los grupos políticos, pues en definitiva ¿qué diferencia hay con los grupos religiosos? ¿No son dos tipos de ideologías o creencias que modelan la identidad de los individuos? Por otro lado, si los principales actos de genocidio del pasado pudieron ser por razones religiosas, los contemporáneos lo son por razones políticas. Y dejarlos fuera, tal y como se mostró en el caso Pinochet (Castresana, 2000), supondría dejar impunes a los culpables de algunas de las principales matanzas contemporáneas.

Es más, algunos autores han defendido que la caracterización del genocidio no debería girar en torno a la categoría de grupos identificados por ciertos rasgos (nacionalidad, religión, ideología política, raza, etnia, etc.), sino que la determinación de la existencia o no de un genocidio debería tener como fundamento el hecho de que las víctimas fueran simplemente un grupo numeroso.

### ***La intención***

Uno de los rasgos de la definición jurídica de genocidio es que el autor del delito debe haber actuado con la intención específica de destruir al grupo. Una razón de este énfasis en el propósito del agente radica en el proceso de gestación de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio (1948). En efecto, los redactores pretendieron que el delito de genocidio se configurase de una manera específica, como un delito de especial gravedad que trataba de recoger el peor crimen que pudiera cometer un individuo o grupo (May, 2010). Para ello, destacaron que la víctima del delito no era un sujeto particularizado sino que la acción criminal debería reflejar el ánimo de destruir a un grupo humano en todas sus manifestaciones (sociales, culturales, religiosas, etc). De hecho, esta intención especial es la que se erigiría como uno de los principales elementos que permite distinguir el genocidio de otros crímenes contra la humanidad, contribuyendo así a resaltar su especial gravedad.

236

También fue un objetivo de los legisladores que no fuera un delito vacío o meramente simbólico. A pesar de esa voluntad inicial, hay que recordar en este sentido que desde que se promulgó la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio y hasta hace relativamente muy poco tiempo, no ha habido condenas de genocidio, teniendo en cuenta que se han producido diversas matanzas perfectamente susceptibles de ser calificadas de genocidio.

Esa tensión existente entre, por un lado, reservar la calificación de genocidio a supuestos muy concretos y graves y, por otro lado, el propósito de no dejar impunes a los eventuales autores de actos calificables de genocidio, se refleja en la discusión contemporánea acerca de la intención en la caracterización del genocidio. El problema es que los tratados internacionales no definen el grado o cualidad de dicha intención. De ahí que hayan surgido distintas interpretaciones que restringen o amplían el sentido de intención, lo cual repercute en el número potencial de responsables de un acto genocida. Es en este sentido que se puede hablar de dos interpretaciones acerca de la intención: a) la intención como intención especial y, b) la intención basada en el conocimiento y en el dolo eventual, siendo la primera más restrictiva que las segundas (Greenawalt, 1999: 2265; Gil, 1999: 259). En efecto, la consecuencia práctica más inmediata de la decantación por una concepción u otra

es la ampliación (o reducción) del posible número de individuos que podrían ser acusados de genocidio.

Según la primera interpretación, la intención en su sentido restringido, la "intención de destruir", incluye un requisito subjetivo adicional que complementa la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito (la causación de la muerte, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, etc.) y el propio conocimiento por parte del sujeto de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos en contra de un grupo (art. 30.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). Lo distintivo del delito de genocidio es que la intención se focaliza en el grupo, y ésta es la razón que actúa como determinante de la acción del individuo al cometer el *actus reus*. El propósito del perpetrador respecto del grupo es central en la caracterización de la intención especial, dado que incide en el elemento volitivo de pretender causar una cierta consecuencia, de desear su realización (Clark, 2001: 334; Kress, 2005: 563). Así por ejemplo, la Corte Penal Internacional también se refiere a la "especial o específica intención" como una "forma extrema de actos intencionales y deliberados, planeados para destruir al grupo o a parte del grupo". El enfoque de la jurisprudencia se basa en la idea, sugerida originariamente en la sentencia Akayesu, de que la "intención de destruir" implica una especial o específica intención que, en lo fundamental, expresa un elemento volitivo en su forma más intensa y está asada en el propósito. En este sentido, la Corte Penal Internacional de Justicia también se refiere a la "especial o específica intención" como una "forma extrema de actos intencionales y deliberados, planeados para destruir al grupo o a parte del grupo"<sup>1</sup> (Ambos, 2009:30). Según la segunda interpretación, la intención como conocimiento, en aquellos casos donde un perpetrador ha realizado uno de los actos genocidas (uno de los supuestos del *actus reus*), bastará para entender cumplido el requisito de la *mens rea* que se pruebe que el autor sabía de la existencia de una campaña contra los miembros de un grupo protegido cuyo fin era su eliminación. En otras palabras, el juicio disvalorativo recae sobre el individuo que (habiendo realizado el *actus reus* en alguna de sus modalidades) conocía que el propósito de la campaña era destruir al grupo, es decir, que se podía producir dicha consecuencia, y aquí caben tanto las concepciones que hablan de conocimiento (Greenawalt) como de *dolus eventualis* (Gil Gil).

Pueden señalarse tres argumentos principales en favor de esta segunda concepción. En primer lugar, un punto de apoyo de esta interpretación se encuentra en una cierta lectura del término "intención" según la doctrina penalista en los diferentes países y culturas jurídicas. En efecto, tras el vocablo "intención" pueden atribuirse a un sujeto distintas actitudes mentales, desde el simple conocimiento de los efectos de las acciones, hasta la más extrema cuyo contenido es la volición de unos determinados resultados. Así por ejemplo, Ambos señala que "en Derecho alemán y español, el dolo directo de primer grado ("dolus specialis", "intención", "A sicht") se interpreta en general como expresión de un elemento volitivo fuerte (determinación, deseo) y un elemento cognitivo dé il (conocimiento, conciencia)" (Ambos, 2009: 33). En segundo lugar, puede afirmarse que el proceso de redacción de la Convención de 1948 tampoco ofrece una decantación clara y unívoca hacia la interpretación de la intención como "intención especial". En tercer lugar, habría que

<sup>1</sup> Prosecutor v. Blagojevic & Jokic: *not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group*. ICJ, *Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, pár. 188 (citing Prosecutor v. Kupreškic et al., Trial Judgement, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, pár. 636).

tomar en consideración una serie de implicaciones procesales y prácticas que apoyan esta interpretación "cognoscitiva" de la intención, pues haría que fuera más fácil la prueba del *mens rea* que aquella que se basa en la prueba de las intenciones.

A pesar del éxito de las concepciones extensivas de la intención durante los últimos años, señalaré dos objeciones que se les pueden dirigir. En primer lugar, pueden llegar a presentar consecuencias práctico-normativas contraintuitivas y, en segundo lugar, no ofrecen tantas ventajas en el terreno de la prueba.

En primer lugar, la concepción cognoscitivista del genocidio tiene que aceptar que según sus propias premisas podría derivarse que fueran acusados de genocidio partícipes subordinados y que intuitivamente sería difícil concluir que fueran autores de un genocidio. Dicho de otra manera, la concepción cognoscitivista amplía en demasiado el círculo de autores, pues incluiría entre los responsables de genocidio a grupos como los mandos intermedios de una estructura militar, los cuales generalmente obedecen órdenes sin compartir necesariamente las intenciones de los mandos superiores. En cambio, la teoría de la intención especial sería más acorde con otras intuiciones básicas que señalarían que tales individuos no eran genocidas a pesar de haber participado directamente en los *actus reus*, de ser conscientes del contexto genocida y de que con sus acciones colaboraban en su realización. Pero les faltaba la intención de llevar a cabo el delito específico de genocidio, de querer eliminar a las víctimas como integrantes de un cierto grupo.

En segundo lugar, frente a la idea de que las intenciones son más difíciles de probar que las creencias, es preciso señalar que también éstas son estados mentales (no hechos externos) y como tales se enfrentan a problemas similares a los que se enfrenta la intención. Las creencias, al igual que las intenciones, tienen un modo subjetivo de existencia y tenemos acceso a ellas por medio de la conciencia, es decir, un tipo de comprensión al margen de la evidencia empírica (o de inferencias a partir de ella). Por ello, los estados mentales, al no ser observables, no son susceptibles de prueba directa, sino de prueba indirecta o de indicios. Por otro lado, en la atribución de creencias pueden darse otros problemas específicos (la debilidad de la voluntad, el autoengaño, los posibles efectos aberrantes de la interacción entre deseos y creencias, etc.). Estos efectos son conocidos como "las perversiones de la racionalidad".

238

Así pues, los estados mentales, sean creencias o voliciones, deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se adscriben y de las circunstancias del contexto, por lo que no cabe concluir de forma tan rotunda que la identificación de las creencias sea cualitativamente más fácil que la prueba de la intención. En cualquier caso, se ha intentado fijar criterios para deducir la existencia de tal intención especial (Akhavan, 2005: 992). En Akayesu<sup>2</sup> y en Musema<sup>3</sup>, especialmente se esta leció que: "La Cámara considera que es posible deducir la intención genocida inherente en un acto particular desde el contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, si estos actos fueron cometidos por el mismo perpetrador o por otros. Otros factores, tales como la escala de las atrocidades, su naturaleza general, en una región o un país, o además, el hecho de dirigirse deliberada o sistemáticamente a las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo particular, a la vez que se excluye a los miembros de otros grupos, puede permitir a la Cámara inferir la intención genocida de un acto particular".

<sup>2</sup> Judgement Akayesu, Trial Judgement, (ICTR, 96-4-T) 1998, pár. 518.

<sup>3</sup> Judgement Musema, Trial Judgement, (ICTR, 96-13-A) 2000, pár. 166.

En definitiva, la concepción cognoscitivista no ofrece tantas ventajas en la esfera de la prueba, pues tanto la prueba de la intención como la del conocimiento presentan dificultades similares a la hora de establecer su existencia, extensión y contenido. Por otro lado, la interpretación basada en la intención especial es más razonable porque parece ajustarse mejor a la voluntad de los redactores de la Convención de 1948 y porque sus consecuencias prácticas impiden una extensión banalizadora de las conductas persegibles bajo este delito. Dicho de otra manera, esta interpretación parece cohonestarse mejor con el propósito de los redactores de la Convención de que este delito se reservara para unas conductas e intenciones especialmente graves y reprobables.

## Bibliografía

AKHAVAN, P. (2005), "The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence", *Journal of International Criminal Justice*, Vol 3, Núm. 4, pp. 989-1006.

AMBOS, K. (2009), "What does 'intent to destroy' in genocide mean?", *International Review of the Red Cross*, Núm. 876, pp. 833-858.

CASTRESANA, C. (2000), "Pinochet: balance provisional", *Jueces para la Democracia*, Núm. 37, pp. 6-13.

CLARK, R. (2001), "The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences", *Criminal Law Forum*, Núm. 12, pp. 1-44.

GIL y GIL, A. (1999), *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos Madrid.

GREENAWALT, A. (1999), "Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation", *Columbia Law Review*, Vol. 99, pp. 2263-2291.

KRESS, C. (2007), "The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide", *European Journal of International Law*, Vol. 18, Núm 4, pp. 619-629.

KRESS, C. (2005), "The Darfur Report and genocidal intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Núm. 3, pp. 562-578.

MARCO, J. (2012), "Genocidio y 'Genocide Studies': definiciones y debates", *Hispania Nova. Revista de historia contemporánea*, Núm. 10, pp. 1-42.

MAY, L. (2010), *Genocide. A normative Account*, Cambridge University Press, Nueva York.

SCHABAS, W. (2000), *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

VAN DER VYVER, J.D. (2004), "International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law", *The University of Miami International and Comparative Law Review*, Núm. 12, pp. 57-149.

## Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP

**Ana Garrocho Salcedo\***

Universidad Carlos III de Madrid

[ana.garrocho@uc3m.es](mailto:ana.garrocho@uc3m.es)

### Resumen

En el ámbito del Derecho penal antidiscriminatorio, las infracciones previstas en los artículos 511 y 512 CP abordan la incriminación de denegaciones arbitrarias con contenido discriminatorio contra ciertos grupos o colectivos sociales históricamente marginados o discriminados. Con este grupo de infracciones el legislador español favorece la protección penal frente a los fenómenos de discriminación, sancionando conductas de no concesión de prestaciones o servicios a los que la colectividad tiene derecho, en principio, sin justificación alguna para la diferencia de trato.

### Palabras clave

Principio de igualdad y no discriminación, Derecho penal, prestaciones normativamente garantizadas, diferenciación justificada.

240

## Offenses of refusing a public or private service for discriminatory reasons

### Abstract

Within the anti-discrimination criminal law, the violations foreseen in Articles 511 and 512 of the Spanish Penal Code address the arbitrary and discriminatory denials against certain groups historically marginalized or discriminated. When considering this type of offenses the Spanish legislator will act in favor of the criminal protection against discrimination phenomena, punishing behaviors of denying benefits or services to which the community has right, in principle, and where no justification for a different treatment exists.

### Keywords

Principle of equality and non-discrimination, Criminal Law, guaranteed benefits, justified differentiation.

\* Profesora ayudante de Derecho penal, Departamento de Derecho penal procesal e Historia del Derecho-UC3M.

## 1. Consideraciones previas acerca del bien jurídico en las infracciones de denegación discriminatoria de una prestación

El art. 14 CE dispone que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Como recordaba la STC 128/1987, de 16 julio- F. 5, el art. 14 CE no agota su contenido en la cláusula de igualdad, sino que también se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación *no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación* (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero *sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE<sup>1</sup>*.

Por otro lado, como advierte la STC 182/2005, de 4 de julio, F. 4, nuestro TC ha admitido que *los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe, puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación*<sup>2</sup>.

241

En cualquier caso, el principio de igualdad *no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*. De ese modo *no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que, a iguales supuestos de hecho, se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable*. Para que la diferencia de trato sea constitucional es necesario (...) que *las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos*. En consecuencia, *el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> En el mismo sentido, véase, SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 2; 145/1991, de 1 de julio, F. 2; 182/2005, de 4 de julio, F. 4; 41/2006, de 13 de febrero, F. 6; 36/2011 de 28 marzo, F. 2

<sup>2</sup> Véase asimismo en el mismo sentido, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, F. 6; 128/1987, de 26 de julio, F. 7; 229/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 126/1997, de 3 de julio, F. 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, F. 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, F. 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ. 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8.

<sup>3</sup> SSTC 61/2013 de 14 marzo, F. 4; 63/2011, de 16 de mayo, F. 3; 117/2011, de 4 de julio, F. 4 y 79/2011, de 6 de junio, F. 3.

A partir de este contexto constitucional, las infracciones consistentes en la denegación de una prestación (pública o privada) por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 del CP se encuentran ubicadas entre los delitos contra la Constitución, concretamente, entre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (Título XXI, capítulo IV, sección 1º CP). El bien jurídico protegido es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, consagrados en el art. 14 de la Constitución Española, en el ámbito de los servicios públicos y en el ámbito privado (Tamarit Sumalla, 2011: 1519).

En materia de bien jurídico debe efectuarse una importante precisión sobre la tipicidad de la conducta vinculada al principio de lesividad. El derecho a recibir un trato de igualdad y de no discriminación está restringido a vulneraciones contra grupos sociales tradicionalmente discriminados o marginados, a los que se dispensa una protección jurídica reforzada. Los delitos de denegación arbitraria de una prestación (pública o privada) por motivos discriminatorios se circunscriben exclusivamente a conductas discriminatorias contra grupos sociales o sus miembros que han sido o son susceptibles de ser discriminados, en razón de la pertenencia del sujeto a una determinada raza, etnia, religión, grupo nacional, ideología, o en función de su género, su orientación sexual, su situación familiar o el padecimiento de una enfermedad o discapacidad<sup>4</sup>. Cualquier otra discriminación de una prestación pública por cualquier otro motivo (así por ejemplo, ser alto o bajo, llevar gafas, ser rubio, moreno, joven o anciano, etc.) podrá ser una discriminación atentatoria contra el principio de igualdad y no discriminación pero, sin embargo, estará excluida consiguientemente del ámbito típico. De ese modo y como manifestase entre nosotros Landa Gorostiza (1999: 147-151), las conductas de discriminación deben vincularse a fenómenos con potencial lesivo hacia un colectivo social marginado o susceptibles de discriminación y no a meras conductas atentatorias del principio de igualdad y no discriminación (14 CE).

242

## 2. La denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito público (art. 511.1 CP)

El delito de denegación discriminatoria de prestaciones públicas (art. 511 CP vigente) proviene del anterior artículo 165, promulgado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, aunque incorpora algunas diferencias con respecto al tipo anterior, fundamentalmente en relación con los concretos motivos discriminatorios y la agravación en función del cargo como funcionario público<sup>5</sup>.

La conducta típica consiste en denegar una prestación pública a la que tenga derecho una persona física o jurídica, por parte de un funcionario o un particular

<sup>4</sup> Esto ha conducido a que autores como Tamarit Sumalla consideren que la conducta lesiva trasciende del sujeto pasivo individual sobre el que recae la acción delictiva discriminatoria y afecte al colectivo de referencia discriminado. Con ello se podría apreciar que la infracción de denegación discriminatoria de una prestación contiene un delito plurifensivo en el que se sancionan, de un lado, los ataques contra el principio de igualdad y no discriminación del concreto individuo objeto de ataque, y adicionalmente, la lesión de dichos principios de la que gozan los colectivos, cuya pertenencia motiva la denegación discriminatoria de una prestación. Véase similar Tamarit Sumalla (*Ibid.*: 1520-1521).

<sup>5</sup> El art 165 ACP disponía lo siguiente: *Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una Asociación, Fundación o Sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada.*

encargado de un servicio público, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad. Se trata así de un delito doloso, de mera actividad, que puede cometerse por acción (denegando) u omisión (no revocando la denegación), en el que se castiga la realización de *conductas discriminatorias* en el acceso al disfrute de un servicio público que le corresponde a alguien en virtud de la normativa administrativa, por alguno de los motivos que, taxativamente, son descritos en el tipo penal<sup>6</sup>. Queda así al margen del ámbito típico cualquiera otra denegación justificada<sup>7</sup> o realizada por cualquier otra razón sin contenido discriminatorio como, por ejemplo, la comodidad (SAP Islas Baleares núm. 256/2000, de 30 de diciembre) o la enemistad. Será igualmente atípica la denegación de cualquier otra prestación que no sea objeto de un servicio público<sup>8</sup>.

En este contexto, resulta interesante traer a colación la problemática suscitada en España con respecto a la prohibición de acudir a centros escolares con velo islámico. En el caso del IES “Camilo José Cela” de Pozuelo de Alarcón (Madrid), el centro elaboró un Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Consejo Escolar, en cuyo art. 32.4 se estableció que *en el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza*, siendo la infracción de dicha prohibición constitutiva de una falta leve (art. 35 del Reglamento citado). A resultas de dicha normativa, se sancionó a una menor de edad por portar velo islámico en la escuela, sanción que fue convalidada posteriormente por una resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid; contra dicha convalidación, el padre de la menor afectada interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado finalmente por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid, en la SJCA 35/2012, de 25 de enero. El Juzgado consideró que no se había lesionado el derecho a la libertad religiosa, ya que la prohibición estaba prevista en el Reglamento interno del Instituto, cuyo centro goza de autonomía organizativa y normativa como centro educativo, en virtud del art. 120.2 de la LO 2/2006, de 3 de mayo. La Comunidad de Madrid trasladó a la menor a otro centro, en las proximidades del anterior, cuya normativa interna carecía de la prohibición mencionada. Puede resultar discutible, sin embargo, que la limitación de un Derecho Fundamental, como en este caso sería la libertad religiosa, pueda ser afectada por un Reglamento de un Centro Educativo, y no por la una Ley Orgánica.

No obstante, sobre este extremo no existe aún pronunciamiento del órgano judicial superior, ni por parte del TC. A este respecto, en principio, la antijuridicidad

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Rodríguez Ramos (1985: 631-641); Cancio Meliá (1997: 1278); Muñoz Conde (2010: 84); Tamarit Sumalla (*Ibíd.*: 1521). Véase asimismo el AAP Sevilla, 7/2004 de 9 enero (FJ 2º) donde se establece la necesidad de probar el elemento subjetivo del tipo, acreditándose que la denegación se ha producido por alguno de los motivos enunciados en el tipo.

<sup>7</sup> Así ocurrió en los hechos que fundamentan el AAP Madrid, 1910/2011, de 3 mayo, cuando la Guardia Civil denegó la entrada a la Basílica del Valle de los Caídos a unas personas que portaban ramos de flores con los colores de la bandera nacional adornados con cintas de los mismos colores. En este caso, se estimó que, de acuerdo al art 16 de la Ley de Memoria histórica (2007) que establece que *El Valle de los Caídos se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos. En ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas o del franquismo*, la prohibición de entrada a la Basílica estaría justificada por razones de orden público y en estricto cumplimiento de la normativa de acceso al lugar de culto. En este punto debe tenerse en cuenta la interpretación constitucional ofrecida, en la medida que pueden existir diferencias de trato que sean constitucionales siempre que se compruebe la existencia de una justificación objetiva razonable para dicha diferenciación y se supere un juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida; Véase al respecto lo dispuesto en la STC 61/2013 de 14 marzo, FJ 4º y doctrina constitucional concordante.

<sup>8</sup> Por todos, Terradillo Basoco (1990: 390).

de la conducta de denegación de la entrada o permanencia en un centro educativo público o concertado (servicio público) con velo islámico está condicionada a la normativa interna del centro, atendiendo al principio de unidad del ordenamiento jurídico, mientras no haya un planteamiento judicial superior en contrario que inhabilitase dicha regulación. En estos casos, se plantea un conflicto de leyes entre la norma penal que prohíbe y una norma no penal que faculta, que se resuelve a favor de la norma no penal en virtud del art 20.7 CP<sup>9</sup>. Por tanto, la denegación de entrada y permanencia en el centro educativo portando un *hiyab* no es típica conforme al art 511 CP, en la medida que la normativa del centro prohíbe dicha entrada.

El objeto material sobre el que recae la conducta típica de denegación ha de ser una *prestación pública*, entendiéndose por tal, cualquier cosa o servicio que alguien debe recibir de la Administración en virtud de una expectativa normativa, articulada expresamente a través de una disposición administrativa<sup>10</sup>. Como indica Fernández Farreres (2003: 12): *desde VILLAR PALASÍ o GARCÍA DE ENTERRÍA, la doctrina española considera que el servicio público ha quedado referido al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado, a fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo nota distintiva (...) la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa*. La titularidad pública, en ocasiones, *ha ido acompañada de la gestión directa por la propia Administración, mientras que en otras ha dado paso a la gestión privada en régimen de concesión (Ibid.: 12)*. Por tanto, cualquier denegación discriminatoria de un servicio público será típica conforme con el art 511 CP, con independencia de que dicho servicio público sea gestionado por un ente público o privado.

En relación con los *sujetos activos*, el tipo contiene un *delito especial*, por lo que los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 CP), o como cómplices (art. 29 CP). En los dos primeros casos (inductores y cooperadores necesarios), la responsabilidad de los partícipes no cualificados puede verse atenuada, facultativamente, por el Juez en virtud de lo dispuesto por el art 65.3 CP.

244

A efectos penales son *funcionarios públicos* no sólo a quienes la ley asigna directamente la condición de funcionario, sino también todos aquellos que, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participen en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP)<sup>11</sup>. Por lo tanto, el particular encargado del servicio público será aquel que no ha sido designado por ley, elección o nombramiento para participar en el ejercicio de funciones públicas, pues si así fuese, dicha persona quedaría englobada en el concepto penal de funcionario público que, como es sabido, es más amplio que el concepto de funcionario empleado en el Derecho administrativo<sup>12</sup>. La relación de este tipo delictivo con el delito de prevaricación administrativa (artículo 404 CP) es de especialidad por lo que

<sup>9</sup> Por todos, Mir Puig (2011: 487-488).

<sup>10</sup> Por todos, Cancio Meliá (*Ibid.*: 1278).

<sup>11</sup> Véase al respecto, por ejemplo, STS núm. 1952/2000 (Sala de lo Penal), de 19 diciembre; STS núm. 866/2003 (Sala de lo Penal), de 16 junio, STS núm. 1952/2000 (Sala de lo Penal), de 19 diciembre; STS núm. 1292/2000 (Sala de lo Penal), de 10 julio; STS núm. 663/2005 (Sala de lo Penal), de 23 mayo.

<sup>12</sup> En el mismo sentido lo advierte Cancio Meliá (*Ibid.*: 1278); también Del Rosal Blasco (2011: 1102).

deberá tratarse dicha relación conforme a la regla del artículo 8.1 CP, quedando desplazado el delito de prevaricación de funcionarios<sup>13</sup>.

En relación con los *sujetos pasivos*, éstos pueden ser personas físicas o personas jurídicas (por ejemplo, asociaciones, fundaciones o sociedades) o cualquiera de sus miembros, tal y como se deduce de la lectura de los incisos primero y segundo del artículo 511 CP.

La penalidad prevista en el art 511 CP (prisión de 6 meses a 2 años) es más elevada que la establecida en el art 512 CP que afecta ámbito privado (inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de 1 a 4 años). A su vez, dicha penalidad se agrava cuando el autor del delito es un funcionario público, pues la norma exige que se imponga la pena en mitad superior, es decir, en esos casos, la pena de prisión oscilará obligatoriamente entre 1 año y tres meses y 2 años.

En aquellos casos en los que la denegación de una prestación pública genere algún tipo de lesión o menoscabo a la salud o algún perjuicio patrimonial podrá establecerse un concurso ideal de delitos entre el tipo del 511 CP y los delitos resultantes de dicha denegación<sup>14</sup>.

### 3. El delito de denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito profesional o empresarial del artículo 512 del CP

La infracción del artículo 512 CP -introducida a través de la promulgación del CP 1995, a propuesta del grupo parlamentario de *Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya*<sup>15</sup>- amplía el delito de denegación discriminatoria de prestaciones al ámbito de la empresa o al ejercicio de la profesión entre particulares. La penalidad prevista es de menor gravedad que la del delito del art. 511 CP, pues sólo se prevé una pena privativa de derechos que consiste en la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por un período de uno a cuatro años.

La conducta típica es prácticamente idéntica a la contenida en la infracción del artículo 511 del CP, por lo que, en relación con la tipicidad objetiva y subjetiva, nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Las diferencias entre las infracciones de los artículos 511 y 512 CP radican en los *sujetos* (activo y pasivo) y en el objeto material<sup>16</sup>. En el delito previsto en el art. 512 CP puede ser sujeto activo cualquier persona que deniegue una prestación en el desempeño de su actividad profesional o empresarial, sin que la prestación a la que se tenga derecho sea de carácter público<sup>17</sup>. Asimismo, el delito de denegación discriminatoria en el sector privado excluye incomprensiblemente a las personas jurídicas como eventuales sujetos pasivos, a pesar de ser perfectamente imaginables situaciones de discriminación contra ellas<sup>18</sup>.

Especial dificultad de este tipo delictivo lo entraña la referencia a una prestación a la que se tenga derecho, sin que haya una concreción normativa de dicho derecho. Parece, pues, que estos supuestos van referidos a situaciones donde, en principio, todo el colectivo social puede ser beneficiario de una prestación,

<sup>13</sup> En el mismo sentido, Cancio Meliá (*Ibíd.*: 1279); Del Rosal Blasco (*Ibíd.*: 1103).

<sup>14</sup> En el mismo sentido, Tamarit Sumalla (*Ibíd.*: 1521).

<sup>15</sup> Sobre ello véase Tamarit Sumalla (*Ibíd.*: 1523).

<sup>16</sup> Por todos, Garrocho Salcedo (2010).

<sup>17</sup> Por todos, Cancio Meliá (*Ibíd.*: 1279).

<sup>18</sup> Véase crítica de Cancio Meliá (*Ibíd.*: 1280).

pero la denegación provenga de un motivo discriminatorio a los que alude el tipo penal. Así, por ejemplo, cuando el dueño de una empresa de venta de coches se niega a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una etnia (STS núm. 1089/1998, de 29 de septiembre) o cuando se impide la entrada a un pub o discoteca por la pertenencia del sujeto a una raza o etnia determinada (SAP Alicante núm. 440/1999, de 11 de junio; SAP Barcelona núm. 613/2002, de 4 de septiembre; SAP Valencia núm. 153/2003, de 3 de junio). Asimismo, dentro del limitado ámbito típico, deben incluirse situaciones en las que una persona tiene derecho a recibir una prestación en virtud de una disposición contractual que vincule a las partes, como por ejemplo el suministro de agua o teléfono contratado con una compañía de suministro de dichos servicios y, sin embargo, dichos servicios son denegados en virtud de los motivos típicamente indicados (Cancio Meliá, 1997: 1280).

Conviene advertir que, en el ámbito profesional y empresarial, el juego de la autonomía de la voluntad o el libre mercado debe ser respetado y, en ese sentido, puede que dicha autonomía de la voluntad defina las condiciones de acceso o disfrute de ciertas prestaciones (piénsese, por ejemplo, en determinados puestos de trabajo que requieren especiales cualificaciones idiomáticas para ser desempeñados, o rasgos físicos determinados). En estos casos, como defiende la Doctrina, no hay discriminación alguna, pues la libertad de contratación o el libre mercado permiten que los empresarios o los profesionales impongan ciertas restricciones en el acceso o disfrute de determinados derechos o prestaciones<sup>19</sup>. A este respecto cabe traer a colación la atipicidad de una conducta de denegación que se produjo en una “clase de mantenimiento” en un gimnasio a una persona con una disminución psíquica, por la incapacidad de esta para el correcto seguimiento de las clases. En este punto, la AP de Madrid consideró que la conducta de la trabajadora del gimnasio no era constitutiva del delito del art. 512 CP, ya que la denegación no se produjo mediando una discriminación en razón de una discapacidad psíquica, sino por la incapacidad o inadecuación personal de la interesada para seguir apropiadamente la clase de gimnasia (SAP Madrid 295/2002, de 12 de julio).

En todo caso, y tal y como lo recuerda la STS 1089/1998, de 29 de septiembre, F. 2, los artículos 511 y 512 del CP no incorporan «tipos penales de autor», inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de «ser» racista, machista, homófobo, etc. Estas infracciones consisten en la realización de *conductas* dolosas de denegación de una prestación a las que otro tiene derecho, por la mera pertenencia de la víctima a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma, es decir, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

A través de la incriminación de las conductas previstas en los tipos de los artículos 511 y 512 CP, el Derecho penal garantiza la protección al derecho a la igualdad y no discriminación de determinados grupos humanos que tradicionalmente han sufrido un trato discriminatorio. Dicha incriminación apuesta por una protección reforzada de estos grupos, cuyos miembros pueden ver truncadas sus legítimas expectativas de adquisición de servicios públicos o privados por motivos ilícitos, carentes de toda justificación objetiva y razonable desde un punto de vista constitucional.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, Carbonell Mateu y Vives Antón (1996: 2006); Reig Reig (1998: 1859); Gordillo Álvarez-Valdez (2008: 704); Tamarit Sumalla (*Ibíd.*: 1525).

## Bibliografía

CANCIO MELIÁ, M. (1997), "Delitos contra la Constitución", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid.

CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T. (1996), "Artículo 512", en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia.

DEL ROSAL BLASCO, B. (2011), "Delitos contra la Constitución. Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.J. (2003), "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la nueva economía", *Justicia Administrativa: Revista de Derecho administrativo*, Núm. 18, pp. 7-21.

GARROCHO SALCEDO, A. (2010), "Delitos contra la Constitución. Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizados por la Constitución - Cap. 39, sección 4", *Memento penal práctico Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre, Madrid.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. (2008), "Delitos contra la Constitución", en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal parte especial*, Colex, Madrid.

LANZA GOROSTIZA, J.M. (1999), *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al 'delito de provocación' del artículo 510 del Código penal*, UPV, Bilbao.

MIR PUIG, S. (2011), *Derecho penal, parte general*, Reppertor, Barcelona.

MUÑOZ CONDE, F. (2010), *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

REIG REIG, J.V. (1998), "Artículo 512", en VV.AA, *Código penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1985), "Discriminación punible", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, Vol. II, Edersa, Madrid.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), "Artículo 511, 512", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Navarra.

TERRADILLOS BASOCO, J. (1990), "Artículo 165", en VV.AA., *Código penal Comentado*, Akal, Madrid.

## Olivecrona: *Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho*

### Positivismo jurídico y realismo en Karl Olivecrona

Óscar Vergara  
Universidad de La Coruña  
[oscar.vergara@udc.es](mailto:oscar.vergara@udc.es)

Dice Bobbio (1993: 143) que el positivismo jurídico puede ser examinado bajo tres aspectos: un determinado enfoque para el estudio del derecho, una determinada teoría del derecho y un cierto componente ideológico. Este triple esquema puede servir para tratar de ofrecer un esbozo del pensamiento de Olivecrona en el marco del realismo jurídico escandinavo así como para tratar de situar la presente traducción en las coordenadas apropiadas.

a) En cuanto al primer aspecto, el positivismo jurídico se caracteriza, según el mismo autor, por constituir una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del derecho. Como dice Austin (2005: 172), la ciencia jurídica tiene por objeto las normas jurídicas positivas con independencia de su bondad o su maldad. Estas normas constituyen un elemento dado de antemano, un dato, que se puede determinar de un modo objetivo. Esto puede hacerse a través de una doble vertiente. Por un lado, es posible identificar el derecho con base en el criterio de validez normativa. Es derecho positivo, bajo este punto de vista, el derecho que ha sido establecido por un órgano al que otra instancia fáctica o normativa ha atribuido competencia formal para ello. Por otro lado, cabe también identificar el derecho poniendo la mira no tanto en la formalidad de la cadena de validez normativa, cuanto, sobre todo, en la fenomenología del comportamiento social, en el que, si es posible advertir una cierta regularidad, ello se entiende que es debido, entre otros factores, a la acción constante del derecho. Ésta es la perspectiva adoptada por Olivecrona. El punto de encuentro para ambas vertientes del positivismo se sitúa en el postulado teórico del no cognitivismo ético.

Como señala Ross (1945: 208), la idea de una cognición normativa es contradictoria. Un estado de cosas, a su juicio, no exige nada, sino que es lo que es. La razón de fondo ya había sido establecida por Hägerström (1964: 54-55), para el cual el contexto espacio-temporal es la referencia última que permite determinar todos los juicios acerca de la realidad. A su juicio, existencia y valor pertenecen a dos mundos diferentes, pero sólo el primero es real (*Ibíd.*: 87). Cualquier juicio acerca de una realidad que no sea compatible con este último contexto es autocontradicitorio, porque está huérfano de la mencionada referencia. Es el caso de los enunciados metafísicos, que los interpreta como absurdas combinaciones de palabras (*Ibíd.*: 60). Su lema —en lo que parafrasea a Catón el Viejo— es: “Praeterea censeo metaphysicam esse delendam”.

En efecto, sentadas las bases ontológicas y epistemológicas de la escuela nórdica por su maestro Hägerström, la metafísica pasa a ser el caballo de batalla de todos sus componentes. Cuando Olivecrona (1939: 27) escribe su primera edición

de *Law as fact*, afirma: *Es de la máxima importancia situar los más elementales y bien conocidos hechos sobre el derecho en su contexto propio [el empírico], sin permitir que las concepciones metafísicas aparezcan continuamente*. Las consecuencias de ello son inmediatas. Como señala Lundstedt (1945: 45), con una investigación puramente factual llegamos a que las afirmaciones del tipo “esto debe hacerse”; “alguien tiene culpa” o “aquellos es justo” carecen de significado.

Por ello, la cuestión del lenguaje jurídico es capital para estos autores, particularmente para Olivecrona (1962: 190). El lenguaje jurídico, afirma éste, parece que refleja la realidad, pero no es así. Decir algo, señala, no es necesariamente afirmar algo. El lenguaje jurídico pretende no tanto describir la realidad, cuanto más bien conformarla, para lo que recurre a un tipo especial de palabras; palabras con una fuerte carga emotiva. La palabra “derecho”, por ejemplo, es una de ellas. Esta palabra no significa nada y, sin embargo, cumple la función de guiar la conducta humana. Actúa como una señal regulativa, tal y como lo hace un semáforo<sup>1</sup>. Ross sostiene que muy bien cabe concebir una sociedad hipotética en que la palabra “derecho” sea sustituida por la palabra “Tú-Tú”, exactamente con los mismos efectos<sup>2</sup>.

b) El lenguaje jurídico tiene, para Olivecrona, carácter instrumental y es completamente solidario con la función estructural del derecho, que consiste en el control social, efecto al que coadyuvan diversos factores, entre los que se encuentran la educación, la moral, el temor a la fuerza y la propaganda<sup>3</sup>. La virtualidad del lenguaje jurídico está en su poder sugestivo. El derecho presenta, por así decirlo, una doble faz en el análisis de Olivecrona. Por un lado, determinados términos jurídicos (el “derecho”, lo “justo”, la “ley”, etc.) están estrechamente ligados, en lo más hondo de la psique humana, a determinados sentimientos. Éstos pueden ser convenientemente canalizados desde el poder utilizándolos como resortes para encauzar y regular la conducta social. Por otro lado, el derecho es consustancial con el ejercicio de la fuerza. En efecto, Olivecrona define el derecho como fuerza organizada<sup>4</sup>, lo que significa que las normas jurídicas consisten en instrucciones dirigidas a las autoridades sobre el modo y la ocasión de ejercer la fuerza<sup>5</sup>. Es esta aplicación regular de la fuerza la que permite el mantenimiento del orden y de la paz sociales. Su uso efectivo es residual, pero el carácter ejemplarizante del castigo actúa a modo de prevención general del desorden. El resto de factores serían absolutamente inoperativos sin el ejercicio regular de la fuerza (Vergara, 2004: 263-264).

No obstante, la cuestión es algo más compleja, porque el derecho, de antiguo, según los realistas escandinavos, aparece historiográficamente vinculado a

<sup>1</sup> La comparación es del propio Olivecrona (*Ibíd.*: 183).

<sup>2</sup> En el caso de Ross, su función es la de ser una herramienta de presentación que sirve para conectar una serie de supuestos de hecho con una serie de directrices para el juez. Véase Ross (1976[1956-1957]: 29). Olivecrona critica esta interpretación de su compañero de escuela en Olivecrona (1971: 180-181). Para ambos se trata de una palabra vacía, pero para Olivecrona tiene una función directiva y no representativa. La ahora citada segunda edición poco tiene que ver con la primera. Se trata más bien de un libro completamente nuevo, como ha señalado Pattaro. Por esta razón, la traducción italiana, a su cargo, se titula de un modo distinto: *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Véase nota 10.

<sup>3</sup> Las referencias son dispersas. Sobre los diversos factores, véase Vergara (2004: 256-263).

<sup>4</sup> Véase Olivecrona (1939: 123; 1940: 119). Esta segunda obra, a pesar de lo cercano de las fechas de edición, no es una traducción de la primera, ya que, aunque las ideas básicas son las mismas, en *Gesetz und Staat* se contienen desarrollos nuevos e independientes; sobre todo en lo que concierne —nótese que se edita en 1940— a la cuestión del derecho y la fuerza. Sobre este último tema resultan bastante elocuentes sus opúsculos *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, y *Europa und Amerika*, Berlín, 1943. Sobre este particular, véase Vergara (*Ibíd.*: 291-301).

<sup>5</sup> Idea similar puede verse en Kelsen (1934: 25). Sobre la originalidad de esta tesis, véase Vergara (2007: 220-231).

la religión y a la magia. Se trata ésta de una tesis muy singular y distintiva de esta escuela. Formulada y estudiada originalmente por Hägerström (1927; 1941; 1965), experimentó interesantes desarrollos en la obra de Olivecrona, vinculada a su teoría sobre el lenguaje jurídico. En efecto, hay una cuestión central en relación a este punto que es, recurriendo al título del famoso libro de J.L. Austin (1962), la siguiente: *cómo hacer cosas con palabras*. Para Austin, con las palabras no sólo decimos algo (la propia expresión de las palabras) o causamos algo (efectos psíquicos y sociales), sino que, además, *hacemos* algo (lo que él denomina efectos “illocucionarios”); p. ej.: al pronunciar, en el contexto adecuado, las palabras “yo bautizo este barco como Queen Mary”, además de decir algo y provocar la emoción de los presentes, lo que hago es *bautizar* un barco, que, desde ese momento, pasa a ostentar aquella denominación bajo el ámbito de una serie de reglas institucionales<sup>6</sup>. De este mismo modo se pueden explicar los efectos jurídicos. El propio Austin menciona el caso de la donación.

Sin embargo, para Olivecrona, los efectos que Austin denomina “perlocucionarios” (psico-sociales) bastan para explicar la situación —aparentemente de carácter “místico”<sup>7</sup>— que se produce cuando parece que, a través de palabras, se hacen cosas. En efecto, las palabras “te regalo este reloj” supuestamente producen unos efectos (jurídicos) que consisten en que, a partir de su correcta pronunciación, quien las enuncia queda vinculado de un modo *místico* con el donatario. Pero, para Olivecrona, estos efectos como tales no existen en el mundo real. Lo único que existe es que determinadas palabras tienen un efecto sugestivo que contribuye a ahormar la conducta de los destinatarios del acto lingüístico según un patrón compatible con el efecto final de control social.

Para explicar este fenómeno, Olivecrona efectúa una serie de suposiciones de carácter antropológico que proyecta sobre el derecho antiguo, con la mira de desentrañar el sentido último del lenguaje jurídico<sup>8</sup>. Un caso paradigmático es el de la institución de derecho romano de la *mancipatio*, en que, según Olivecrona (1938: 3), la correcta pronunciación de determinada fórmula ritual tenía el efecto (mágico) de hacer al esclavo propiedad del comprador. Algo similar ocurría con la investidura regia en el derecho antiguo sueco, en que un rito de carácter mágico tenía la virtualidad de convertir a determinada persona en rey (Olivecrona, 1947). Los ejemplos pueden multiplicarse, pero lo que interesa destacar es que, para el profesor de Lund, no hay efectos mágicos en el derecho, sino la *creencia* en tales efectos mágicos. Esto quiere decir que el derecho no tiene el poder de modificar el orden social de un modo directo, sino indirecto, haciendo creer a sus destinatarios que se han producido determinados efectos suprasensibles; p. ej.: que un esclavo ha pasado a ser propiedad de otra persona o que alguien se ha convertido en rey. Lo único que ha sucedido es, sin embargo, que a partir de las formalidades pertinentes, sugestionado por ellas, el entorno social ha empezado a considerar de un modo distinto al esclavo y al rey y a comportarse de un modo nuevo en relación con estas personas. Algo similar, opina, sucede hoy en día cuando se crean derechos y obligaciones (Olivecrona, 1971: 224). Si bien las creencias en la magia han desaparecido, el efecto sugestivo de los términos jurídicos ha permanecido en el tiempo, como una cáscara hueca<sup>9</sup>. Según Ross (1933: 16), la ciencia jurídica ha heredado un sistema conceptual de orden metafísico que actúa como presupuesto inconsciente. La función de la filosofía, en este sentido, es metodológica. Como

<sup>6</sup> El ejemplo es del propio Austin (1962: 4).

<sup>7</sup> El calificativo aparece ya en Hägerström (1953: 6).

<sup>8</sup> Es fundamental, explica Olivecrona (1956-1957: 11-12), evitar aplicar nuestros propios prejuicios a épocas pretéritas. El contexto histórico ofrece para él suficientes muestras de que los antiguos concebían los conceptos jurídicos de un modo peculiar.

<sup>9</sup> Ross (1961: 18-19) habla de “conceptos fósiles”.

lógica de la ciencia, su objeto es el lenguaje jurídico y su misión consiste en sacar a la luz estos elementos metafísicos y eliminarlos (Ross, 1994: 25-26).

El positivismo jurídico, en opinión de los realistas escandinavos, alberga importantes residuos metafísicos. Olivecrona (1971: 61) caracteriza al positivismo jurídico precisamente a través de una noción metafísica. Su idea central, según él, consiste en la idea de que el Derecho es la *voluntad* de una autoridad suprema. Pues bien, desde el momento en que no cabe cifrar en términos puramente factuales la mencionada voluntad, el positivismo jurídico fracasa en su intento de hacer ciencia. Por eso, Olivecrona (*Ibíd.*: 63-64) concibe al realismo escandinavo como alternativa superadora tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico<sup>10</sup>.

c) Por último, como ideología, el positivismo jurídico alberga tradicionalmente la tesis de la obediencia. Según Bobbio (1993: 229-235), ésta implica la idea de que el derecho positivo debe ser obedecido; bien sea en virtud de su propia positividad —el derecho como bien en sí mismo—, bien sea en virtud de los valores que justifiquen prescindir de toda referencia al derecho natural —el derecho positivo como medio para realizar determinados bienes, señaladamente (aunque no necesaria ni únicamente) la seguridad.

Olivecrona y el resto de los realistas se sitúan a sí mismos muy lejos de cualquier ideología jurídica. Su pretensión, tras los fallidos intentos tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo, consiste, como se ha visto, en llevar a cabo de una vez un programa verdaderamente científico<sup>11</sup>. Pero esto no es fácil de conseguir, como nota Olivecrona (1971: 61) comentando el positivismo jurídico, con respecto al cual afirma que hay muchas teorías que se dicen contrarias al derecho natural que, sin embargo, están penetradas de ideas y conceptos iusnaturalistas. Y, así, bien pudiera suceder que habiendo dejado y despedido a la metafísica, Olivecrona y el resto de realistas acabaran volviendo a ella “como se vuelve a una amada con la que se ha tenido una desavenencia”<sup>12</sup>.

Aparentemente no hay ideología en una teoría en que el deber es considerado un concepto vacío. Por otra parte, también se afirma terminantemente que los valores carecen en absoluto de carácter objetivo, si bien no se niega que existan valoraciones, que, entendidas como fenómeno psico-social, pueden perfectamente constituir objeto de estudio científico<sup>13</sup>. En efecto, según Olivecrona (1940: 52-54), es poco realista afirmar que el jurista no debe realizar juicios de valor. No es posible, opina, ser congruente con este postulado ante las numerosas cuestiones prácticas a las que aquél tiene que dar respuesta. Pensar que ante las inevitables lagunas y las diversas opciones interpretativas que se le presentan al jurista éste pueda cumplir con su tarea sin realizar valoraciones es un autoengaño<sup>14</sup>. No hay nada, pues, que impida que el jurista adopte un punto de vista interno en la búsqueda de soluciones para los problemas a que se enfrenta, siempre y cuando, precisa Olivecrona (1971: 264-265), no albergue con ello pretensiones de veracidad

<sup>10</sup> Pattaro (1972: 11) está de acuerdo en que esta falsa dicotomía (iusnaturalismo-iuspositivismo) es ideológica. Para Ross, sin embargo, el verdadero positivismo es el escandinavo. El positivismo jurídico tradicional es más bien lo que denomina “cuasipositivismo”. Véase Ross (1961: 180).

<sup>11</sup> La pretensión de hacer verdadera ciencia es antigua. Tucídides (2000: 55-56) lo pretende para su historiografía, frente a las precedentes, en que los hechos, según nota éste, aparecen entremezclados con los mitos. Olivecrona y los realistas pretenden desterrar todo elemento místico del derecho. A juicio de los historiadores, Tucídides consigue su propósito. Hay que ver si también lo hace el realismo escandinavo a juicio de los juristas.

<sup>12</sup> El término de comparación se toma de Inmanuel Kant (1984: 658).

<sup>13</sup> Si no es posible una ética, sí es posible una “etología”; véase Ross (1933: 436).

<sup>14</sup> Él mismo las realiza en un sentido muy concreto con ocasión de la II Guerra Mundial. Véase nota 4.

y no atribuya objetividad a los valores con los que argumenta, ya que eso sería hacer metafísica.

En este punto resulta interesante el ejercicio mental de ponerse en el caso de un jurista imbuido de las ideas del realismo escandinavo. Si los valores con los que opera, lejos de ser objetivos, son metafísicos —esto es, absurdos—, ¿qué sentido tiene valorar? ¿Por qué buscar la justicia? Se podría pensar en sustituir estos valores por intereses, en el sentido de la jurisprudencia de intereses. Pero el problema permanece, porque el realismo escandinavo es más radical. No sólo los valores, cuanto los propios conceptos jurídicos carecen de contenido. Esto es, ni siquiera un jurista positivista puede encontrar sentido a una actividad en que las nociones fundamentales no son sino hilos o palancas accionados por el poder con el fin de ejercer el predominio sobre la sociedad y controlarla. El dilema que se plantea ante este dato es: o resignación ante el poder y sus intereses o rebelión. Por eso se ha dicho desde un punto de vista crítico que quizás sea más práctico desconocer esta penosa realidad<sup>15</sup>.

Eventualmente, la única manera de salir de este dilema consista en hacer un poco de metafísica y preguntarse por el sentido del derecho. La pregunta más radical que cabe hacerse en este sentido es: por qué el derecho y no la ausencia del derecho (De Lucas, 1982: 122-123). Eventualmente descubramos que ni la resignación ni la rebelión sean opciones razonablemente legítimas en el caso de que la existencia del derecho, a través del que el poder canaliza su fuerza, sea consustancial a los intereses de la propia sociedad. Es como lo ve Olivecrona.

En efecto, los conceptos jurídicos y éticos, más allá del sentimiento que suscitan las palabras que los constituyen, tienen una clara funcionalidad. Aquí se presenta una analogía con el planteamiento de Hobbes. Como se ha puesto de manifiesto, el concepto de derecho en Hobbes no es descriptivo, sino normativo, y se establece en función de la tesis de la obediencia, la cual se justifica sobre la necesidad de garantizar ciertos valores sociales como el orden, la seguridad y la protección de la vida humana (Serna, 1997: 300). Estos mismos valores están presentes en la *descripción* que hace Olivecrona del derecho (Vergara, 2006: 289-304). ¿Son también una prescripción? En la medida en que formen parte de la esencia del derecho, parece que sí. Lo que caracteriza al derecho no es que consista en fuerza (esta fuerza no difiere de la fuerza ejercida por una banda criminal), sino su canalización y monopolio. Esto equivale a orden social, del signo que sea. Por eso, Olivecrona (1939: 187) afirma que el derecho es necesario para la autopreservación, “un instrumento sin el cual la gente no podría vivir”<sup>16</sup>. Como dice Hart (1994[1961]: 193), para rematar la cuestión, si el derecho no garantiza el fin básico de la supervivencia, no habría razón para obedecer voluntariamente las normas.

d) A despecho de esta conclusión, el trabajo que se ha traducido para estas páginas concluye afirmando la necesidad de evitar toda ideología. Según Olivecrona es la única manera de resolver la cuestión capital de la filosofía del derecho, que permanece sin resolver: cómo fundamentar el deber jurídico sin tener que recurrir en última instancia a elementos ideales. Opina que el positivismo jurídico, como se ha

<sup>15</sup> Como ha señalado Ollero (1986: 121), el derecho resulta que funciona gracias a que los que lo hacen funcionar no adoptan un punto de vista externo. Y Castignone (1995: 262) ha señalado que la máquina del derecho funciona sobre el engaño; de modo que descubrir el truco significa desarmarla. En general, sobre los efectos de la adopción de un punto de vista exclusivamente externo, véase Vergara (2006: 289-304).

<sup>16</sup> Similares consideraciones se hacen extensivas al resto de realistas escandinavos en Vergara (2004: 921-940).

explicado arriba, ha quedado a medio camino en su aspiración de ofrecer una teoría realista del derecho. En efecto, hablar de normas válidas implica que su positivación viene dada a través de una autoridad investida con el derecho a emitir normas, el “derecho a mandar”, el cual no se puede justificar sino en virtud de principios superiores cuya validez no depende de la propia autoridad normativa, y, en última instancia del derecho natural. La solución ofrecida por la teoría pura del derecho, considera, es un intento más coherente pero insuficiente de salir de este dilema, pues esta teoría depende de una presunta “norma fundamental”, muy discutible entendida como práctica, y más como teoría.

Por ello, la salida que Olivecrona ofrece para este dilema puede ser comparada a una especie de ruptura del nudo gordiano de la filosofía del derecho. En efecto, a la pregunta que se acaba de formular, a la pregunta de cómo fundamentar el deber jurídico sin recurrir al derecho natural, Olivecrona responde afirmando que el deber jurídico *no existe*, puesto que se trata de una noción vacía y sin sentido. Esto, a su juicio, es verdadero realismo. Su filosofía jurídica, de la cual el artículo que aquí se presenta es un buen compendio, aspira a ser congruente con este postulado.

Y éste es, probablemente, su principal mérito. A través de este enfoque se iluminan algunos aspectos importantes del derecho (todos aquellos que cabe analizar bajo esta perspectiva, como los relacionados con la eficacia de las normas). Pero otros quedan en la penumbra (todos aquellos relacionados con la racionalidad de la actividad jurídica), ya que parte de un postulado teórico discutible, como es la negación de la razón práctica.

## Bibliografía

253

AUSTIN, J.L. (1962), *How to do Things with Words*, Oxford University Press, Londres.

AUSTIN, J. (2005[1885]), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, en CAMPBELL, R. (ed.), vol. I, The Lawbook Exchange, Ltd, New Jersey.

BOBBIO, N. (1993), *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.

CASTIGNONE, S. (1995), “Il diritto internazionale, pericolo di norte per i popoli? Considerazioni critiche sul realismo giurídico svedese”, en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giurídico*, Giappichelli, Turín.

DE LUCAS, J. (1982), “La pregunta fundamental. (Una precisión metodológica)”, *Persona y Derecho*, Núm. 9, pp. 121-125.

HÄGERSTRÖM, A. (1927), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Vol. I, Almqvist & Wiksell, Uppsala.

HÄGERSTRÖM, A. (1941), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Vol. II (*Über die Verbalobligation*), Almqvist & Wiksell. Uppsala.

HÄGERSTRÖM, A. (1953), *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Uppsala.

HÄGERSTRÖM, A. (1964), “A Summary of my Philosophy”, en HÄGERSTRÖM, A. *Philosophy and Religion*, George Allen & Unwin Ltd., Londres.

HÄGERSTRÖM, A. (1964), “On the Truth of Moral Propositions”, HÄGERSTRÖM, A. *Philosophy and Religion*, George Allen & Unwin Ltd., Londres.

HÄGERSTRÖM, A. (1965), *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, en OLIVECRONA, K. (ed.), *Id.*, Almqvist & Wiksell, Estocolmo.

HART, H. L. A. (1994[1961]), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.

KANT, I. (1984), *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid.

KELSEN, H. (1934), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig –Viena.

LUNDSTEDT, V. (1956), *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Estocolmo.

OLIVECRONA, K. (1938), *The Acquisition of Possession in Roman Law*, Gleerup, Lund.

OLIVECRONA, K. (1939), *Law as fact*, Einar Munksgaard, Copenague.

OLIVECRONA, K. (1939), *Law as fact*, Humphrey Milford, Londres.

OLIVECRONA, K. (1940), *Gesetz und Staat*, Ejnar Munksgaard, Copenague.

OLIVECRONA, K. (1947), *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, Gleerup, Lund.

OLIVECRONA, K. (1956-1957), "Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen", en *Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundets I Lund åberättelse*, Lund.

OLIVECRONA, K. (1962), "Legal Language and Reality", en NEWMAN, R.A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Co. Inc, Nueva York.

OLIVECRONA, K. (1971), *Law as fact*, Steven & Sons, Londres.

OLIVECRONA, K. (1972), *La struttura dell' ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milán.

OLLERO, A. (1986), "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", *Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 25, pp. 83-126.

PATTARO, E. (1972), "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. Prefazione all'edizione italiana", en OLIVECRONA, K. *La struttura dell' ordinamento giuridico*, Etas Kompas, Milán.

ROSS, A. (1933), *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Levin & Munksgaard, Felix Meiner, Copenague/Leipzig.

ROSS, A. (1961), *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

ROSS, A. (1961), "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Núm. 4.

ROSS, A. (1976[1956-1957]), *Tú-Tú*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

ROSS, A. (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.

ROSS, A. (1945), "On the Logical Nature of Propositions of Value", *Theoria*, Vol. 11, Núm 3, pp. 172-210.

SERNA, P. (1997), "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", *Persona y Derecho*, Núm. 37, pp. 279-314.

TUCÍDIDES (2000), *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Vol. I, Gredos, Madrid.

VERGARA, O. (2004), "Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo", *Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, Núm. 8, pp. 921-940.

VERGARA, O. (2004), *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Comares, Granada.

VERGARA, O. (2006), "Sobre la inocencia de la metaética. Dos breves reflexiones a partir del punto de vista de la filosofía del derecho en el realismo escandinavo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Núm. 83, pp. 289-304.

VERGARA, O. (2007), "El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft*, Núm. 106, pp. 220-231.

## Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho\*

Karl Olivecrona\*\*

[*New York University Law Review* 26 (1951), pp. 120-131]

Se pueden distinguir dos tendencias principales en la filosofía jurídica actual. Podemos denominarlas *realismo* e *idealismo*, sin que estos nombres den a entender algo más que indicaciones generales sobre dos diferentes corrientes de pensamiento.

El *realismo* tiende a considerar todo fenómeno jurídico como parte del orden social existente, esto es, como algo puramente *fáctico*. Por consiguiente, el *realismo* como tal significa observación, recogida de hechos y análisis, pero no valoración. La ciencia jurídica, en conjunto, pasa a formar parte de las ciencias sociales. Su objeto no difiere en cuanto a su naturaleza del objeto de las ciencias sociales en general. Sólo existe una necesaria distribución del trabajo en que la ciencia jurídica dirige primordialmente su atención a ciertos aspectos del contexto social; mientras que la sociología, las ciencias políticas y otras ramas de las ciencias sociales se encargan de otros aspectos.

El *idealismo*, por el contrario, se basa en el postulado de que el derecho significa algo más que un mero conjunto de hechos sociales. Se afirma que el derecho incluye un *deber ser*. Pero no es posible descubrir ningún *deber ser* a través de una investigación sobre hechos; éstos permanecen siempre como fríos hechos, sin que comparezca ningún *deber ser*. El *deber ser* se basa por fuerza en algún *valor*. Por consiguiente, la filosofía jurídica se hace valorativa si parte del supuesto de un *deber ser*. Su principal tarea será ofrecer los fundamentos apropiados para el *deber jurídico* o la fuerza vinculante del derecho. Esto conduce inevitablemente a una búsqueda del derecho verdadero o ideal que se supone en la base del derecho positivo; dado, por supuesto, que no puede darse por hecho que todo orden social, independientemente de lo tiránico que pueda ser, incorpore un auténtico *deber ser*. Al contrario, el orden efectivo es susceptible de ser confrontado con los principios verdaderos del derecho y la justicia. Así, pues, la filosofía jurídica pretende enjuiciar y orientar la política jurídica. Naturalmente es preciso aducir materiales factuales, puesto que la valoración no opera en el vacío. Pero la principal tarea filosófica será la valoración en sí misma y la formulación de los principios que se deriven de ella. De ello resulta que la índole de la filosofía jurídica es de un tipo distinto al de aquellas ciencias que se ocupan solamente de hechos sociales.

El *idealismo* es sin duda la tendencia dominante. De hecho, la filosofía jurídica se identifica tradicionalmente con el *idealismo*. Lo que llamamos filosofía del

\* Este ensayo fue originariamente presentado por el autor en el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparativo, que tuvo lugar en Londres, Inglaterra, en el verano de 1950.

\*\* KARL OLIVECRONA es profesor de Derecho en la Universidad de Lund (Suecia). [N. del T.: Karl Olivecrona desempeñó este puesto hasta 1964, año en que se jubiló. Falleció en 1980.]

derecho ha ostentado esta denominación sólo por poco más de cien años. Anteriormente, su nombre era *derecho natural*. Esta doctrina sufrió un declive temporal con el impacto del positivismo jurídico del siglo XIX. En la última parte del siglo, un renombrado jurista (Merkel) había anunciado, en efecto, que la filosofía jurídica había muerto y que sería superada por la “jurisprudencia general”. Esto es, la búsqueda de los principios verdaderos del derecho y la justicia llegaría a su fin; en su lugar, la ciencia jurídica se autolimitaría a exponer los principios incorporados de manera efectiva en los varios sistemas de derecho positivo. Pero la esquela de defunción era prematura. La filosofía jurídica en su sentido idealista experimentó un destacado renacimiento con el cambio de siglo; posteriormente, las revueltas sociales y las grandes guerras de nuestra época han favorecido enormemente la búsqueda de principios verdaderos y ciertos sobre los que fundamentar el orden social e internacional. Sin embargo, al mismo tiempo, el realismo ha progresado. Los mismos factores han intervenido aquí también; puesto que nada mejor que la crisis, la revolución y la guerra para subrayar la apremiante necesidad de conocimiento acerca de la naturaleza real del derecho y del funcionamiento de la maquinaria jurídica.

La situación actual hay que verla frente al antecedente del positivismo jurídico del siglo XIX. En cuanto a su intención, los positivistas eran realistas. Descartada la doctrina del derecho natural como sólo la expresión de ideas acerca de qué derecho *debería* existir, su pretensión fue la de explicar el derecho que efectivamente *existe*. Sus principales afirmaciones son las siguientes.

Sólo el derecho positivo es auténtico derecho. Pero derecho positivo significa derecho dado por una autoridad que ejerce el poder supremo en la comunidad. Mientras que la doctrina clásica de derecho natural deducía todo el derecho de principios inmutables inscritos en la naturaleza humana, el positivismo exige un origen histórico para cada norma jurídica. La norma, para ser efectiva, derecho válido, debe haber sido establecida en tiempo y lugar por una autoridad competente. La autoridad en cuestión es caracterizada como el Estado, la voluntad del pueblo o los poseedores efectivos del poder. Las normas jurídicas son entendidas generalmente como *mandatos* establecidos por la autoridad soberana.

No es suficiente que la autoridad que establece las normas jurídicas haya mandado algo en el pasado, eventualmente cientos de años antes; la autoridad suprema debe mandar ahora. Un autor moderno expone adecuadamente esta cuestión en relación a la teoría austiniana en estos términos:

Así como el sistema de alumbrado se mantiene en funcionamiento gracias a la central eléctrica que está detrás, así el sistema jurídico se mantiene operativo en virtud del carácter siempre imperativo del soberano que está detrás. La Ley contra el fraude ocupa un lugar en el sistema porque fue promulgada por el Parlamento en 1677, pero es vinculante en tanto que es mandada por una serie de soberanos aquí y ahora<sup>1</sup>.

La autoridad competente, siempre representada de una forma u otra por hombres de carne y hueso, constituye un hecho histórico. Al emanar de esta autoridad, las normas jurídicas se conectan con la realidad social. La explicación positivista, por consiguiente, parece realista y científica. Hace no mucho tiempo, un destacado filósofo del derecho escribió:

<sup>1</sup> MANNING, Austin Today: Or “The Province of Jurisprudence Re-examined”, in MODERN THEORIES OF LAW 198 (1933).

En casi todo el debate jurídico y político que se autodenomina científico, el derecho es definido como la voluntad del soberano<sup>2</sup>.

Sin embargo, esta forma de realismo es criticable desde muchos puntos de vista. Si se afirma que la autoridad que manda es *el Estado*, la explicación es circular; porque la existencia del Estado presupone el derecho. Un Estado es una organización que compone un grupo de personas dentro de unos límites territoriales. Pero toda la organización se basa precisamente en aquellas normas que sintetizamos como derecho: las normas que definen la forma de gobierno, las funciones de los diversos órganos del Estado, los límites del Estado, los requisitos de ciudadanía, etc. Es más, la organización estatal no puede existir en medio del caos. Requiere un orden social, lo que incluye una división de la propiedad, una razonable medida de confianza en los contratos, una cierta cantidad de seguridad personal, etc.; estas cosas presuponen innumerables normas de derecho privado y penal, así como tribunales que las hagan cumplir. Si hacemos el experimento mental de eliminar todo el conjunto de normas jurídicas, sólo queda una desorganizada masa de gente. Ningún Estado es concebible. Lo que llamamos Estado resulta, en efecto, de la aplicación regular de un extenso sistema de reglas a un grupo de personas territorialmente definidas. La organización estatal, ciertamente, incluye una maquinaria para realizar cambios parciales en el derecho; pero el Estado no es un poder que exista antes y al margen del derecho, del cual podría pensarse que éste emana.

Una crítica similar puede aplicarse a la teoría según la cual la autoridad jurídica suprema es la *voluntad del pueblo*. Incluso en sentido figurado carecería de significado hablar de "la voluntad" de una mera multitud. En el mejor de los casos, "la voluntad del pueblo" es una expresión metafórica para expresar el hecho de que ciertas disposiciones establecidas a través de los denominados representantes del pueblo se supone que están basadas en el interés común y que son vinculantes para todos. Ahora bien, la representación se instituye por medio de normas jurídicas y es la forma también de establecer disposiciones. Por consiguiente, esta figura retórica presupone que el pueblo está organizado por medio de normas jurídicas.

Se han señalado a menudo otras muchas debilidades en esta teoría<sup>3</sup>. La teoría no puede ser sostenida ni siquiera en su forma atenuada, según la cual la voluntad de los miembros de la comunidad en general se dirige hacia el mantenimiento de las normas jurídicas. Tal orientación de la voluntad no está efectivamente presente. Ello presupondría que el miembro individual de la comunidad que se supone que es necesario para el mantenimiento de las normas jurídicas tendría que tener la pretensión de que éstas fueran generalmente aplicadas. Pero tal necesidad no es advertida; puesto que cada uno de nosotros sabe perfectamente que las normas jurídicas son constantemente aplicadas por las autoridades encargadas de ello al margen de lo que cada individuo esté pensando o haciendo. La observancia general de las normas jurídicas no es lo mismo que una pretensión general en favor de su mantenimiento. Para cada individuo concreto, la aplicación del derecho a través de los tribunales y autoridades administrativas forma parte de la realidad circundante, tanto como la luz del sol o la lluvia. Puede que esté airado frente a los errores de la justicia o eventualmente porfié en obtener el apoyo de los tribunales para sus propios intereses; pero siquiera sueña nunca con tener que querer la aplicación general del derecho con la mira de que ésta tenga lugar.

<sup>2</sup> COHEN, LAW AND THE SOCIAL ORDER 219 (1933).

<sup>3</sup> Una incisiva crítica en LUNDSTEDT, V., DIE UNWISSENSCHAFTLICHKEIT DER RECHTSWISSENSCHAFT (1932-1936).

La teoría que considera a los *poseedores efectivos del poder* como la autoridad detrás del derecho podría parecer más cercana a los hechos. Pero esta teoría presupone que el poder en cuestión es independiente del derecho, como si existiera con carácter previo. Ahora bien, es claro que los miembros del gobierno y de la representación popular parlamentaria ocupan sus posiciones de acuerdo con ciertas reglas de la constitución; se considera que sus disposiciones tienen fuerza jurídica porque la constitución así lo establece; su gobierno sería imposible sin el constante mantenimiento del derecho privado y el derecho penal a través de los tribunales. Así, pues, es evidente que su poder está condicionado, primero, por la constitución y el respeto general de que ésta goza y, segundo, por la organización jurídica de la vida en común a través de los derechos privado y penal. El sistema jurídico, en consecuencia, no está basado en su voluntad y su poder. La verdadera situación consiste en que ellos ocupan temporalmente ciertas posiciones clave en la organización estatal, incluyendo el poder de dictar normas, de acuerdo con las normas jurídicas del país, e introducir limitadas modificaciones en el sistema jurídico.

Así, pues, la fundamentación positivista del derecho se derrumba; la autoridad que manda, al margen de lo que se considere que es, presupone la existencia de un sistema jurídico que es efectivamente aplicado y generalmente observado. Pero el positivismo es también susceptible de otra crítica. Cabe preguntarse si los positivistas son consistentes en su empeño en favor del realismo.

El propósito de los positivistas es fundamentar el derecho sobre la base de hechos históricos y no sobre la base de principios apriorísticos. Sin embargo, asumen un *derecho* a dictar normas por parte de la autoridad normativa. De otro modo, las normas jurídicas no serían sino meras órdenes respaldadas por amenazas de uso de la fuerza, la mera voluntad jurídica de un dictador o de una camarilla dirigente. Esto conduce a una búsqueda de los principios verdaderos de la justicia o el derecho natural.

El *realismo* moderno, por el contrario, aspira a ofrecer una explicación factual consistente del derecho sin recurrir a un deber ser. De acuerdo con las teorías *psicológicas*, todos los fenómenos jurídicos se reducen a ciertas regularidades psicológicas elementales; se afirma que el derecho sólo consiste en una suma de representaciones subjetivas. Otro grupo de teorías podrían ser denominadas *sociológicas*. Sus diversas aportaciones no pueden ser, sin embargo, resumidas en una fórmula concisa; la característica distintiva es que el derecho se identifica con un conjunto de hechos sociales.

Entre realismo e idealismo está la denominada *teoría pura del derecho*. Es ultrapositivista en cuanto que remite todas las normas jurídicas a una autoridad normativa suprema y trata de llevar hasta sus últimas consecuencias, de la manera más lógica, esta afirmación. Sin embargo, no es realista porque sigue albergando la idea de que las normas jurídicas constituyen un deber ser, rechazando toda explicación factual del derecho. A pesar de ello, el deber jurídico no se hace derivar de principios de derecho natural. Se afirma que el derecho tiene la índole de deber ser; pero éste es un deber ser específico, que se basta a sí mismo, formando por su cuenta, por así decirlo, un mundo separado. La teoría pura diverge tanto del idealismo en su versión usual iusnaturalista, como del realismo. La teoría pura pretende ser estrictamente científica. Se dirige exclusivamente al *conocimiento* del derecho positivo o real en contraposición al derecho ideal.

La teoría es particularmente interesante como un intento de escapar al dilema que arrostra la filosofía jurídica. Por un lado parece evidente que las normas

jurídicas incluyen un deber ser. Éstas no nos dicen qué es lo que efectivamente hace la gente, sino que ordenan lo que la gente debe hacer. Por consiguiente, una mera explicación factual del derecho no parece satisfactoria. Toda teoría de este tipo parece que será siempre irrelevante; no captará el distintivo esencial del derecho, que ha de ser hallado en su carácter de deber ser. Por otro lado, parece imposible encontrar un fundamento para el deber jurídico sin tener que recurrir al derecho natural; pero esto parece traspasar los límites de la ciencia. La teoría pura del derecho, sin embargo, alberga la pretensión de presentar las normas de un modo distinto a como lo hace la teoría positivista. Por el contrario se afirma que son *vinculantes* en el verdadero sentido de la palabra, u obligatorias. Se afirma que dan origen a derechos y deberes para los miembros de la comunidad. Pero sería un absurdo mantener que los mandatos pudieran ser obligatorios y pudieran crear derechos y deberes efectivos simplemente por estar respaldados por una fuerza superior. Un mandato no puede ser concebido como obligatorio a no ser que haya sido establecido por una autoridad que posea el *derecho* a mandar. Esta autoridad no puede, sin embargo, crear tal derecho a través de sus propios mandatos. El derecho sólo puede ser basado en un principio superior cuya validez es independiente de la autoridad en cuestión. Esto nos conduce directamente a la esfera del derecho natural. El derecho del Estado a mandar tiene que ser derivado de principios de derecho natural, se use o no este nombre. En la medida en que el positivismo incluye la idea de derechos y deberes que son creados por el derecho, entonces está entreverado de conceptos iusnaturalistas<sup>4</sup>.

El positivismo clásico es, en efecto, ambiguo. Aspira al realismo; sin embargo, incorpora un elemento importante de idealismo en el sentido aquí atribuido a la palabra. La crítica moderna ha puesto de manifiesto esta contradicción en el positivismo. Consecuencia de ello han sido intentos de elaborar una teoría consistente del derecho, ya sobre la base del idealismo, ya sobre la base del realismo.

La primera tendencia ha conducido al *renacimiento del derecho natural*, que en la actualidad es una nota muy importante de la filosofía del derecho. Es fácil de entender esta corriente de pensamiento. En efecto, parece muy difícil abandonar la idea de que el derecho incluye un deber ser. ¿No forma parte de la esencia del derecho el que sus normas sean vinculantes y capaces de crear derechos y deberes en sentido propio? Pero si esto es así, todo intento de reducir el derecho a meros hechos es en vano. El problema consistirá en elaborar una teoría idealista no contradictoria que haga patente que el derecho es algo más que meros mandatos factuales o declaraciones de voluntad del Estado. Esta corriente se ha suscitado especialmente a raíz del surgimiento de los Estados totalitarios. A la vista de sus prácticas, el dogma positivista de que los mandatos de la autoridad suprema son vinculantes como tales aparece como particularmente nefasto, de modo que parece necesario fundamentar el derecho en algo superior a la mera salida del dilema manteniendo el deber ser pero sin aterrizar en el derecho natural.

Pero ¿es realmente posible esta hazaña? El autor de la teoría pura ha criticado con la mayor agudeza el positivismo clásico. Ha refutado el mito de la "voluntad del Estado"; ha mostrado que lo que es conocido como el poder del Estado no es un poder que exista antes del derecho; y, finalmente, ha mostrado que las nociones iusnaturalistas permean el positivismo clásico. Asimismo, ha mantenido consistentemente que todo intento de derivar un deber ser de los meros hechos

<sup>4</sup> Esto ha sido mostrado por Kelsen en numerosos trabajos. Véase también el próximo volumen STUDIES IN THE NATURE OF LAW AND MORALS por el difunto profesor Axel Haegerstroem de la Universidad de Upsala (Suecia) y el trabajo de Lundstedt, V. citado arriba.

implica una confusión de ideas. La validez de una norma, afirma, nunca puede ser derivada de un hecho, sino sólo de una norma. Un mandato como tal no es vinculante sobre la persona a que se dirige, aun en el caso de que la persona que manda tenga un poder superior; si un bandido me ordena que le entregue el dinero, esta orden no me vincula ni aun en el caso de que se encuentre efectivamente en una posición tal que pueda imponer su voluntad. Este mandato es vinculante, o válido, para aquellos a quienes se dirige sólo si se dispone por alguien *autorizado* para mandar. Como nadie puede autorizarse a sí mismo, la validez de los mandatos sólo puede ser derivada de una norma válida que establezca que los mandatos de esa persona *deben* ser obedecidos.

Esta idea constituye la piedra angular de la teoría pura del derecho. Cuando dos partes realizan un contrato de compraventa, establecen ciertas normas sobre su comportamiento. Estas normas derivan su validez no de la voluntad de las partes, sino de la norma de derecho privado que les autoriza a ellas mismas a vincularse por medio de contratos. Si surge la desavenencia entre las partes y el conflicto se lleva ante los tribunales, la decisión del tribunal posee el carácter de una nueva norma; y esta norma deriva su validez de las normas que instituyen los tribunales y les atribuyen el poder de dirimir conflictos a través de sus sentencias. Estas normas, a su vez, derivan su validez de la constitución, que autoriza a una persona o grupo de personas a legislar. Así, la constitución es el eje de todo el sistema.

Todo esto parece bastante claro. Pero una cuestión crucial queda pendiente: ¿de qué norma deriva la validez de la constitución? De acuerdo con el principio de que la validez de una norma sólo puede ser derivada de otra norma, tiene que haber una norma detrás de la constitución, otra norma detrás de esa norma, y así sucesivamente hasta el infinito.

260

Hay que poner fin a este regreso a través del bien conocido concepto de *norma fundamental*. Se dice que hay una norma cuya validez no puede ser derivada de otra norma. En todo sistema jurídico, la norma fundamental está contenida en la constitución. Si la constitución actual ha sido promulgada de acuerdo con las normas de una constitución anterior, la norma fundamental se encontrará en ésta última. El regreso, por consiguiente, continúa hasta que se llega a una constitución que ha sido establecida de un modo inconstitucional. La validez de la primera constitución de la serie no puede ser derivada de ninguna otra norma superior; generalmente ha sido creada a través de una revolución o una guerra. La norma fundamental nunca se establece legalmente.

Cuando tiene lugar una revolución, se mantienen grandes áreas del sistema jurídico. Sin embargo, de acuerdo con la teoría pura, la validez de las normas antiguas se deriva ahora de la constitución actual. Cada vez que una revolución acaece, todo el sistema jurídico es creado de nuevo. Aun en el caso de que el derecho privado y el derecho penal no se modifiquen de un modo perceptible al ojo humano, el fundamento de su validez ha cambiado, ya que la norma básica que confiere validez a toda la estructura de normas jurídicas se encuentra ahora en la nueva constitución. En consecuencia, existe un nuevo sistema jurídico.

Ninguna razón puede aducirse en favor de la validez de la norma fundamental, puesto que su validez no puede derivarse de una norma superior del derecho positivo. Tenemos simplemente que dejar de buscar razones. Si se demuestra que esto es imposible, obtenemos la siguiente respuesta:

La norma fundamental no se crea por un órgano normativo a través de un procedimiento jurídico. No es válida —como sí lo es una norma jurídica positiva—

por haber sido creada de un cierto modo por un acto jurídico, sino que es válida porque se presupone que es válida<sup>5</sup>. (Cursiva añadida.)

Pero esto parece que equivale a una declaración de bancarrota por parte de la teoría pura del derecho. La validez de toda la estructura de normas jurídicas descansa sobre la validez de una norma fundamental contenida en la constitución. Ahí se encierra el último secreto de la teoría. Pero cuando se abre la caja no hay nada en ella. La piedra angular de la teoría es la hueca afirmación de que la norma fundamental es válida porque se supone que es válida.

Posteriormente se defiende esta posición afirmando que se trata sólo de explicar la *suposición* hecha necesariamente por todos los juristas que no desean basar el derecho positivo en el derecho natural. Se afirma que sólo bajo esta suposición pueden ser vistas las disposiciones establecidas por los legisladores actuales como normas válidas o normas jurídicas en sentido propio, y no como meros mandatos fácticos o declaraciones de voluntad.

Simplemente hacemos explícito lo que todos los juristas, especialmente de modo inconsciente, asumen cuando consideran el derecho positivo como un sistema de normas válidas y no sólo como un complejo de hechos, rechazando al mismo tiempo todo derecho natural del que el derecho positivo recibiría su validez<sup>6</sup>.

Esto significa, sin embargo, que se abandona el propósito principal de la teoría. La teoría pura se presenta como una explicación de la verdadera naturaleza del derecho positivo en oposición al positivismo clásico, así como a la doctrina del derecho natural. Ahora descubrimos que la teoría sólo pretende hacer explícita una suposición que presuntamente hacen los juristas. Esto es otra cosa: nos dice nada en absoluto acerca de la naturaleza del derecho en sí mismo.

Por otra parte, es sumamente dudoso que los juristas hagan efectivamente la suposición que se les atribuye. Dudo, por ejemplo, que los juristas franceses de la actualidad fundamenten la validez de todo el sistema jurídico de Francia, incluyendo las leyes napoleónicas, en la constitución de la tercera o cuarta repúblicas. En cuanto a la constitución actual, es difícil de creer que los juristas franceses rehúsen efectivamente a buscar detrás de ella las razones de su validez. ¿No es más bien el caso de que la constitución deriva su validez en última instancia de un principio de derecho natural, a saber, del principio de la soberanía del pueblo o el derecho inherente del pueblo a legislar por sí mismo a través de sus representantes? Por lo que se refiere a Inglaterra, no tengo la impresión de que los juristas ingleses deriven la validez del *common law* de la Revolución Gloriosa.

En efecto, la teoría pura del derecho no ofrece una imagen verdadera del pensamiento real de los juristas. En último término, la teoría sólo pone de manifiesto una asunción que deben hacer los juristas si sostienen que el derecho incluye un deber ser pero, a pesar de ello, rechazan la idea de cualquier fundamentación iusnaturalista. La necesaria asunción resulta bastante arbitraria. A menos que se efectúe esta asunción, es evidente que el regreso sólo terminará fundamentando el derecho positivo sobre principios de derecho natural válidos *per se*. El valor de la teoría pura reside principalmente en poner esto de manifiesto: el dilema se expresa certeramente, pero el intento de resolverlo por medio de la asunción de una norma fundamental resulta obviamente ilusorio.

<sup>5</sup> KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 116 (1946).

<sup>6</sup> *Ibid.*

Así afrontamos una clara opción. O bien se mantiene el carácter de debido del derecho, lo que inevitablemente nos conduce a la asunción de un derecho natural que proporciona el fundamento del derecho positivo; o bien se desecha su carácter de debido, de modo que sea posible un realismo consistente. La elección no me parece que sea difícil. Es obvio que no cabe establecer científicamente ningún principio de derecho natural, por la simple razón de que no cabe derivar ningún deber ser de los hechos. Asimismo, toda forma de idealismo aparece como carente de consistencia. Si llevamos tales teorías a sus últimas consecuencias, antes o después llegamos al punto en que hecho y deber ser se confunden. Por tomar un ejemplo clásico: la efectiva tendencia de los hombres a constituir sociedades se equipara con la *obligación* de respetar las normas básicas necesarias para la vida en común. Hasta donde alcanzo, este más o menos inconsciente deslizamiento del hecho hacia el deber ser o viceversa es parte de toda forma de idealismo que intente dar una explicación científica del deber jurídico.

El idealismo, en consecuencia, no ofrece solución a los problemas de la filosofía del derecho. Consecuentemente, sólo la aproximación realista resulta viable. Aquí, sin embargo, nos encontramos con una dificultad: cómo concebir el derecho sin un deber ser. ¿Es esto efectivamente posible? Un derecho sin un deber ser ¿no es una contradicción en sus términos? Esta dificultad ha bloqueado una y otra vez el camino hacia el realismo y hace al idealismo aparentemente ineludible; y los acercamientos al realismo han terminado a menudo desviándose hacia el idealismo. Pero la dificultad es sólo aparente. La solución viene simplemente dada si distinguimos con cuidado entre *cognición*, por una parte, y *valoración*, por otra, restringiéndolas a sus respectivas esferas. Esta distinción, sin embargo, ha sido constantemente oscurecida por la peculiar naturaleza de los así denominados *juicios de valor*. Estos enunciados tienen la forma lingüística de juicios; esto es, son proposiciones lingüísticas acerca de la realidad. Cuando, por ejemplo, calificamos ciertas acciones como buenas o malas, les atribuimos aparentemente la propiedad de bondad o maldad. Sin embargo, es obvio que tales propiedades no pueden ser halladas entre las propiedades naturales de las acciones. La calificación representa nuestra propia actitud emocional; sería absurdo describir una acción como buena o mala si ésta no fuera a inmutarnos en absoluto. Los enunciados sobre la bondad o maldad adquieren significado a través de los correspondientes sentimientos. Pero nuestros sentimientos son enteramente subjetivos; carece de sentido preguntarse si son verdaderos o no. Existen o no existen: eso es todo<sup>7</sup>.

262

Como sabemos, la idea de que algo *debe* acontecer está necesariamente basada en una valoración. Es obvio que la mera observación neutral de los hechos no puede suscitar esta idea; siempre tiene que existir una fuente emocional del deber. Pero la expresión de la idea del deber tomará a menudo la forma de un juicio; así, somos inducidos a creer que el deber existe objetivamente. Éste es el caso especialmente cuando las ideas de deber ser están firmemente asentadas y son relativamente uniformes dentro de una comunidad. Como seres sociales, todos tenemos un conjunto de ideas sobre lo que nosotros y los demás debemos o no hacer. Sin tales ideas, simplemente no podríamos vivir en una comunidad. Son consustanciales con nuestra índole de seres humanos; y las reconocemos como parte de nuestra más íntima personalidad. Esto hace extremadamente difícil considerarlas, por así decirlo, desde fuera, de modo puramente imparcial. El deber parece estar objetivamente ahí, y aparece como objeto de conocimiento.

<sup>7</sup> Ver especialmente el análisis de Haegerstroem, *op. cit. supra* note 4. Similar ideas in AYER, LANGUAGE, TRUTH AND LOGIC (1936).

Pero si se está a la distinción entre cognición y valoración, la insoluble cuestión del deber objetivo deja de preocuparnos. Es verdad, por supuesto, que las normas jurídicas no nos hablan de lo que *es*, sino de lo que *debe ser*. Pero esto no es ninguna razón para mantener que pertenezcan al mundo místico del deber ser y no a la realidad natural. Los enunciados que expresan las normas jurídicas son obviamente fácticos, del mismo modo que las ideas que expresan. La creencia en un deber ser objetivo incorpora la idea de que los enunciados engendran las relaciones que enuncian; se entiende, por ejemplo, que entre crimen y castigo se establece una relación completamente distinta a aquélla de causalidad. Esto es el gran error. Nuestros propios sentimientos de estar vinculados por el derecho nos inducen a creer en estas relaciones metafísicas. Lo que el legislador puede hacer es simplemente *causar* que los funcionarios actúen de cierto modo e imbuir, con mayor o menor éxito, determinados patrones de conducta en la población. Para este fin no es necesario nada más.

El deber ser objetivo es un mito. Lo que realmente existe son nuestras ideas de deber, los enunciados que los expresan y las emociones asociadas con ellos. Todas estas formas de lo que puede ser denominado ideología jurídica constituyen un importante objeto de investigación para la filosofía jurídica.

## Recensión

### ***Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism***

**Desmond Manderson,**  
**(2012) Routledge, Abingdon, 160 pp.**

**Luis Gómez Romero**

*University of Wollongong*

[lgromero@uow.au](mailto:lgromero@uow.au)

*Un viaje redondo a las antípodas normativas: la contextualización cultural de la modernidad jurídica en la narrativa de D.H. Lawrence*

264

La frontera significa más que una oficina de aduanas, un oficial de pasaporte, un hombre con una pistola. Ahí todo va a ser diferente, la vida nunca volverá a ser la misma después de que le hayan puesto el sello al pasaporte y te encuentres sin palabras entre los cambiadores de dinero\*.

Graham Green  
*The Lawless Roads*

#### **1. Introducción: dos relatos, dos países**

Unos meses antes del desplome de la Unión Soviética, el poeta mexicano Octavio Paz se proclamó ante una encrucijada mayúscula: alabar la modernidad como una bendición o lamentarla como una maldición. Este dilema resultaba paradójico en tanto que Paz profesaba un apego casi místico por la modernidad: *Sé que es un destino: si México quiere ser, tendrá que ser moderno*, declaró (Paz, 2003: 57). Semejante aseveración requiere alguna explicación adicional, sobre todo si tomamos en cuenta que la modernidad es un concepto teórico extremadamente debatido<sup>1</sup>. Aquello que Paz quería decir en el umbral de la última década del siglo XX era que México debía implementar exitosamente los ideales de la Reforma y la Ilustración –esto es, la aspiración a un conocimiento racional, la secularización de normas y valores, la autonomía moral, la autodeterminación democrática y el Estado

\* Salvo indicación en contrario, la traducción de los textos publicados en idiomas distintos al castellano es propia.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Adorno y Horkheimer (1998); Foucault (1994: 679-688); Habermas (1981, 444-464), y Kant (1967).

de Derecho-, o de lo contrario perecer aplastado bajo el peso de sus problemas irresueltos de violencia, corrupción e inequidad.

Paz no era un hombre ingenuo: estaba consciente de que el sistema social, político y jurídico que anhelaba había estado en crisis durante más de cien años. En la conferencia que dictó al aceptar el Premio Nobel de Literatura en 1990 confesó que perseguía la modernidad sobre todo porque quería *pertenecer* a su 'tiempo' y su 'siglo', pero igualmente reconoció que 'dos guerras mundiales, despotismos en los cinco continentes, la bomba atómica y [...] la multiplicación de una de las instituciones más crueles y mortíferas que han conocido los hombres, el campo de concentración' habían roto en pedazos 'las ideas y creencias básicas que han movido a los hombres [sic] desde hace más de dos siglos'. El sueño occidental del 'progreso necesario' agonizaba así bajo 'las ruinas de la historia' que fueron erigidas por 'poderosos Estados' cuyo legado consistió en 'pirámides de cadáveres', 'campos de batalla desolados' y 'ciudades demolidas' (Paz, 1991: 10-14).

Paz concibió a la modernidad como el destino pospuesto y terrible de América Latina. Desde su punto de vista, dicha región estaba literalmente *condenada* a ser moderna porque a pesar del caos sangriento engendrado por la modernidad, todavía es posible elevar su proyecto social y político sobre el 'fantasma' del siglo veinte y constituirlo en 'deseo de no ser como los que nos antecedieron' y, a la vez, en 'querer ser el comienzo de otro tiempo' (Paz, 1976: 5). Paz, cabe destacar, no es el único que ha formulado aserciones contradictorias sobre la modernidad. Marshall Berman (1988: 15) condensa bellamente las tensiones intrínsecas de la modernidad evidenciadas por la crisis que aún padecemos hoy en día al observar que ser moderno consiste en situarnos bajo 'un entorno que nos promete aventura, poder, gozo, crecimiento' a la par que una 'transformación de nosotros y el mundo', mientras que al mismo tiempo 'nos amenaza con destruir todo lo que tenemos, todo lo que conocemos, y todo lo que somos'.

El derecho es probablemente la empresa humana donde las tendencias conflictivas de la modernidad más amargamente colisionan. La modernidad jurídica ha estado siempre ataviada con una paradójica máscara de Jano: mientras que una cara mira hacia horizontes de emancipación, la otra se mofa de millones de individuos oprimidos y torturados. Por una parte, el derecho moderno desea confinar la interacción social dentro de los límites de la razón mediante la 'sujeción de la conducta humana al gobierno de las leyes' (Fuller, 1969: 96). Por otra parte, al representar el Derecho como una empresa gobernada por la estricta razón o la lógica pagamos el alto precio de obviar tanto 'la irracionalidad y el azar que forman parte de la vida social' como también 'la inestabilidad y el cambio intrínsecos a los propósitos y la personalidad humana' (Goodrich, 1986: 545). No debe causarnos sorpresa alguna que un gran número de autores haya fieramente atacado los aspectos jurídicos de la ambigua experiencia de la modernidad.

Los críticos de la modernidad jurídica frecuentemente la han calificado como monótona, mecanicista, rígida e inhumana. Franz Kafka –quien concluyó los estudios jurídicos en la Karl-Ferdinands-Universität de Praga hacia 1906– equiparó la experiencia de estudiar para los exámenes de derecho con alimentarse 'intelectualmente' con 'aserrín [...] que había sido masticado por miles de mandíbulas' anteriores a la suya (Kafka, 1966: 95). Las escuelas modernas de derecho –Kafka lo sabía bien– no favorecen la innovación por regla general.

No obstante, la novedad ocasionalmente se abre paso aún en el ámbito de los estudios jurídicos. Algunos pocos (y raros) individuos realmente combinan la

erudición, la creatividad y el coraje que son esenciales para transformar el habitual ‘aserrín’ jurídico, por ejemplo, en una nueva visión de la organización de los principios del derecho o en un refrescante método iusfilosófico. Desmond Manderson es uno de estos individuos excepcionales. Sinceramente creo que su último trabajo *Kangaroo Courts and the Rule of Law: The Legacy of Modernism* debe ser leído no sólo como la piedra angular de un auténtico renacimiento del estudio combinado del derecho y la literatura, sino también como una contribución original a la filosofía del derecho contemporánea que interroga y cuestiona el mismísimo lenguaje en el que estamos acostumbrados a pensar el derecho.

*Kangaroo Courts*<sup>2</sup> aborda valientemente las críticas que distintas teorías – incluyendo, por ejemplo, el desconstructivismo, el feminismo y el post-colonialismo – han lanzado contra las tradicionales concepciones positivistas en torno a las reglas, el lenguaje, la objetividad y el significado del derecho. Manderson plantea un Estado de Derecho post-positivista basado en una experiencia *literaria* de la justicia. Dicho Estado de Derecho post-positivista es equidistante, por un lado, de la confianza positivista en el potencial emancipador de la pura lógica de los sistemas, las leyes objetivas y las razones abstractas; y, por el otro, de los llamados románticos a un ideal de justicia trascendente situado fuera de los parámetros de las normas jurídicas pero que, al mismo tiempo, es capaz de prevalecer sobre ellas y redimirlas. Manderson defiende un modelo de juicio en política, derecho y literatura que se encuentre ‘genuinamente comprometido con la indecidibilidad, la correctibilidad y la constante renovación’ (Manderson, 2012a: 6). A partir de las intersecciones entre la experiencia literaria que D.H. Lawrence atravesó mientras escribía su – extremadamente mal entendida – novela *Kangaroo* (1923) y el trabajo teórico de Jacques Derrida y Mikhail Bakhtin<sup>3</sup>, Manderson argumenta que la ‘apertura a la conversación, la revisión y el juicio como un proceso de aprendizaje a través del discurso no destruye el Estado de Derecho, sino que le confiere una nueva honestidad, dignidad y legitimidad’ (Manderson, 2012a: 7). Aún más importante resulta, para efectos del presente ensayo, que Manderson sostenga que ‘si miramos alrededor del mundo hacia las sociedades en transición y los profundos problemas jurídicos que éstas atraviesan’, una construcción dialógica del Estado de Derecho parece ser ‘un objetivo cuya consecución es más importante que la promesa destinada al fracaso de objetividad [positivista], misma que cada vez adolece de una mayor falta de credibilidad’ (Manderson, 2012a: 168).

Las nuevas teorías reclaman nuevos estilos académicos. La ‘imaginación dialógica’ en la cual Manderson funda su metodología jurídica literaria e intersubjetiva (Manderson, 2012a: 92-96) es, en sí misma considerada, una seductora invitación al diálogo. La oportunidad que *Eunomía* me ha ofrecido para discutir las tesis de Manderson me ha cominado a considerarlas bajo la óptica del impacto que las patologías sociales y políticas ejercen sobre los discursos jurídicos e ideológicos. En otras palabras, mi intención es contrastar la metodología jurídica (australiana) de Manderson con la problemática visión (mexicana) de la modernidad que Octavio Paz minuciosamente describe, tal como esta última resulta encauzada a través de *The Plumed Serpent* (1926), otra de las novelas escritas por D.H. Lawrence.

Manderson afirma que *Lawrence no piensa en un relato como una manera de transmitir una verdad u otra desde el escritor hacia el lector, sino como un*

<sup>2</sup> El título del libro constituye un juego de palabras difícilmente traducible al castellano. La expresión *tribunal canguro* es una frase hecha utilizada para designar tanto las instituciones de justicia que conducen sus actuaciones mediante procesos ilegítimos o ilegales, como aquellas sanciones que son impuestas al margen del debido proceso.

<sup>3</sup> El apellido del teórico ruso (Бахтин) ha sido usualmente transliterado al castellano como *Bajtín*.

proceso en el cual el escritor aprende algo a través de la escritura tal como el lector lo hace a través de la lectura (Manderson, 2012a: 56). En otras palabras, Manderson sostiene que Lawrence concibe la escritura como una forma de aprendizaje a través de la experiencia imaginativa. Esta concepción de la escritura, de acuerdo con Manderson, es central en la visión que Lawrence tiene de la literatura, la política y la justicia. No obstante, tengo la impresión de que Manderson nos ofrece una *toma fija* de la obra de Lawrence que se encuentra fundamentalmente centrada en *Kangaroo*. Esta novela fue escrita en el pueblo marítimo de Thirroul –situado en la costa al sur de Sydney– donde Lawrence y su esposa Frieda se alojaron durante seis semanas durante el invierno australiano de 1922. Lawrence y Frieda emigraron pocos meses después a los Estados Unidos. En la primavera de 1923, ambos viajaron desde ese país a México con el poeta Witter Bynner y su pareja Willard Johnson. En México, Lawrence concibió y escribió el primer borrador de *Quetzalcoatl* (posteriormente titulada *The Plumed Serpent*), la tercera y última de sus célebres (e infames) ‘novelas de liderazgo’, después de *Aaron’s Rod* (1922) y la anteriormente mencionada *Kangaroo*.

La característica que vincula a las tres ‘novelas de liderazgo’ es una abierta hostilidad hacia los horizontes emancipadores de la modernidad burguesa. Los críticos a menudo han identificado estas novelas como una expresión directa de las propensiones proto-fascistas de Lawrence (Guttmann, 1964). A este respecto, sin embargo, cabe señalar que una novela no es un tratado político. Describir el culto a un liderazgo autoritario o usar una ideología proto-fascista como tema de una novela, incluso cuando el autor muestra simpatía hacia ella por momentos, no indica necesariamente una adhesión personal al fascismo (Smith, 2002: 7). Manderson argumenta convincentemente que *Kangaroo* no representa una instancia notoria de la ideología reaccionaria de Lawrence, sino que se adentra en un relevante momento de vacilación en su pensamiento político que culminó con su rechazo al sueño romántico del autoritarismo trascendente (Manderson, 2012a: 96-97). El argumento central de este ensayo es, precisamente, que el repudio de Lawrence por el ‘liderazgo’ político continuó su desarrollo y alcanzó su cémit en *The Plumed Serpent*. Bajo el signo de la misma ruta metodológica empleada por Manderson demostraré que, tras situar *The Plumed Serpent* en su contexto mexicano, el estilo lúgubre de la novela impone matices cruciales en cualquier lectura iusfilosófica de los puntos de vista de Lawrence sobre la crisis de la modernidad y sus efectos en nuestras concepciones del derecho y la justicia. En otras palabras, sostengo que la filosofía del derecho *australiana* de Lawrence es diferente a su variante *mexicana* porque, tal como Boaventura de Sousa Santos ha hecho notar mediante su crítica sociológica de la globalización, los contextos específicos conllevan a que los diferentes actores involucrados en grandes procesos históricos perciban los mismos acontecimientos en diferentes escalas, lo cual deriva en la producción de amalgamas (y colisiones) de distintas formas de derecho (Sousa Santos, 1995: 456-478).

Mis reflexiones en torno a las tesis de Manderson sobre la relación entre el derecho y la literatura, consecuentemente, están divididas en tres secciones. Primero, explicaré al detalle la caracterización que Manderson hace de la novela *Kangaroo* como “derecho y literatura” *avant the lettre*’ (Manderson, 2012a: 21), misma que, a la par que el trabajo teórico de Derrida y Bakhtin, ‘nos ofrece una teoría de la justicia nacida en la crisis de la modernidad y forjada en la práctica de la literatura’ (Manderson, 2012a: 7). En la siguiente sección describiré el contexto cultural en el que *The Plumed Serpent* fue escrita. De este modo pretendo reflejar la metodología de Manderson, quien explícitamente sitúa a *Kangaroo* dentro del margen del modernismo no-reaccionario que emergió como respuesta a la profunda desesperanza social causada por la Primera Guerra Mundial. En la última sección

delinearé brevemente una lectura iusfilosófica contextualizada de *The Plumed Serpent* que le enmarque en los pragmáticos –y mortíferos– altibajos de la Revolución Mexicana. Este esquema me proveerá con los argumentos para concluir que el triunfo del autoritarismo en México, tal como fue contado y predicho por Lawrence, reafirma la importancia teórica de los contextos (jurídicos) y confirma las posibilidades emancipadoras del positivismo jurídico como una respuesta a los problemas que las sociedades en ‘transición’ –o del *tercer mundo*– todavía enfrentan al día de hoy.

## 2. *Thirroul of Law*<sup>4</sup> o, los horizontes literarios de un Estado de Derecho post-positivista

*Kangaroo Courts* constituye la cumbre del trabajo reciente que Desmond Manderson ha desarrollado con relación al nexo entre ‘derecho y literatura’ y el Estado de Derecho<sup>5</sup>. La aproximación de Manderson a esta materia es única por la forma en que aborda seriamente tanto la teoría literaria como los aspectos estéticos de los textos literarios. Aunque parezca extraño, esto implica una auténtica *revolución* en aquel ámbito de los estudios jurídicos que tradicionalmente ha sido identificado como ‘derecho y literatura’. Manderson acertadamente observa que desde sus mismos orígenes los discursos construidos en torno a la conjunción de ‘derecho y literatura’ han sufrido de dos debilidades estructurales: la primera, ‘una concentración en la sustancia y la trama’; y la segunda, ‘una creencia salvífica en la capacidad de la literatura para sanar al derecho o perfeccionar su justicia’ (Manderson, 2012a: 9). La primera evita cuestionar la ‘falacia mimética’ que ve en la imitación de la naturaleza o la realidad la principal función del arte (Manderson, 2011: 108-118; 2012a: 10-17)<sup>6</sup>. La segunda elude afrontar la ‘fantasía romántica’ que sostiene que el propósito del arte consiste en ‘sanar las heridas del mundo’ (Manderson 2011: 118-121, 2012a: 17-20)<sup>7</sup>.

Manderson sostiene que el valor de leer literatura no está referido ni a la coherencia que ésta guarda con el mundo, ni a la moralidad que encapsula. Los ideales estéticos del modernismo, que tan dramáticamente trasformaron el paisaje de la literatura, la filosofía y la política en los albores del siglo XX, rechazan precisamente estas aspiraciones. El mérito de los textos modernistas radica en su reclamo de autonomía estética mediante ‘la eterna recurrencia de juego y forma’, así como por la ‘prioridad’ que confieren a ‘la voz sobre el evento’ (Manderson, 2012a: 16). Desde una perspectiva modernista, leer una novela como ‘un marco normativo para obtener información relativa al “mundo real”’ falla miserablemente en apreciar ‘las dimensiones de forma y estilo en las obras literarias como elementos centrales de la experiencia y goce de ellas’ (Manderson, 2011: 116-117). El modernismo simplemente no ha hecho mella todavía en el ámbito académico que denominamos ‘derecho y literatura’ –esto es, el estudio de la literatura por académicos que están principalmente interesados en el derecho– en tanto que éste aún pende de un tiempo ‘anterior a la crisis de la modernidad’ que convulsionó los reclamos tanto por parte del derecho como de la literatura en torno a una presunta ‘certeza y objetividad del texto escrito’ (Manderson, 2012a: 20). A este respecto, cabe destacar que

268

<sup>4</sup> Al igual que en el caso de la locución *Kangaroo Courts*, nos encontramos aquí ante un juego de palabras de difícil traducción. Manderson acuñó la expresión *Thirroul of Law* en referencia al pueblo donde Lawrence residió en Australia mientras escribía *Kangaroo* y, al propio tiempo, a la proximidad fonética entre las voces *Thirroul* y *the rule*. *Thirroul of Law*, por tanto, designa la versión post-positivista de *the rule of law* (es decir, el *Estado de Derecho* o *imperio de la ley*) propuesta por Manderson (2012a, 174).

<sup>5</sup> Véase Manderson (2011, 2012a, 2012b y 2012c).

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, West (1985, 1986), Posner (1986), Nussbaum (1995) y Lacey (2008).

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Nussbaum (1995), Ward (2003) y Williams (2005).

aunque *modernismo* y *modernidad* son conceptos relacionados, en la misma medida deben ser claramente distinguidos. En palabras de Manderson:

Cabe afirmar que la modernidad abarca los cambios monumentales en la sociedad y en las creencias que la Ilustración puso en movimiento y que se aceleraron y ramificaron con la revolución industrial durante el siglo XIX. El modernismo [...] se refiere a los paroxismos que siguieron cuando los mundos de las artes y las ideas comenzaron a representar, entender y responder a dicho cambios. Algunos autores fechan el inicio del modernismo en un momento tan temprano como la publicación de *Une Saison en Enfer* por Rimbaud en 1873, con su despiadado rechazo al romance y su lapidaria frase final: 'uno debe ser absolutamente moderno'. Con bastante antelación a la Primera Guerra Mundial [...] Sigmund Freud y Henri Bergson, Cézanne, Malevich, Kandinsky y El Jinete Azul, la suite *El Pájaro de Fuego* y *La Consagración de la Primavera* de Stravinsky, así como el *Segundo Cuarteto de Cuerdas* de Schoenberg, habían roto con los principios claves de la estética y la convención social (Manderson 2012a, 26).

El ascenso del modernismo se superpuso con la 'crisis de la modernidad' –Manderson utiliza regularmente el sustantivo 'crisis' en su forma singular– desatada por la Primera Guerra Mundial. Dicha crisis destruyó virtualmente la confianza en los sistemas, creencias e instituciones sobre los que la *civilización occidental* fue erigida: la razón, la ciencia, la industrialización, el capitalismo y la democracia liberal. Para decirlo brevemente, el modernismo es una respuesta a la 'crisis de la modernidad'. El modernismo significa 'un compromiso con el bien individual sobre el social, una sensación de desarraigado y exilio y, acopladas con un énfasis en la variedad e incertidumbre de las subjetividades individuales, las más comprensivas críticas de las representaciones y las más radicales experimentaciones en las formas' (Manderson, 2012a: 27).

269

En cada una de las artes, las variaciones estilísticas y las reinterpretaciones del canon pasado –incluso al extremo de la parodia y el pastiche– fueron fundamentales durante el periodo modernista. En el ámbito de la literatura el modernismo supone, por lo tanto, un entendimiento de ésta 'como un sitio de preguntas, pero no de respuestas; de la creación de dudas textuales y ambigüedades, pero no de certezas' (Manderson, 2011: 108). El modernismo desestabilizó la sintaxis y las articulaciones lógicas que previamente habían sido instrumentos estilísticos centrales para comunicar una historia al lector al enfocarse, por el contrario, en la fragmentación, la indeterminación y la singularidad en la voz y la perspectiva literarias (Manderson, 2012a: 19)<sup>8</sup>. La ironía es, en consecuencia, un elemento sumamente relevante en nuestra comprensión del modernismo en tanto que yuxtapone 'el juego de niveles y registros dentro de un texto', así como 'las tensiones entre los niveles de significado', con lo cual resulta desestabilizado el significado incluso en 'los más inocentes actos de habla' (Manderson, 2011: 121; 2012a: 17).

Sin embargo, el surgimiento de nuevos estilos artísticos que subrayaron la importancia de la experiencia subjetiva no fue el único efecto de los horrores que emergieron de las trincheras de la Primera Guerra Mundial. El romanticismo cobró un nuevo aliento. Ahora bien, aunque diversos críticos liberales han identificado el romanticismo ya con ideologías reaccionarias, ya con el totalitarismo (Talmon, 1960; Berlin, 1999), Manderson correctamente evita incurrir en semejante simplificación. Con base en el crucial trabajo de M.A. Anderson sobre el romanticismo, Manderson

<sup>8</sup> Este es el caso, sólo para mencionar un par de ejemplos, del *Ulises* (1922) de James Joyce, cuya intertextualidad revela múltiples niveles de estructuras conceptuales y formales; o de *Mrs. Dalloway* (1927) de Virginia Woolf, que sigue el flujo de la conciencia de su personaje central a través de veinticuatro horas.

señala como su principal característica ‘una metafísica de la integración en la cual el principio clave es la “reconciliación” o síntesis de aquello que se encuentra dividido, en estado de oposición o conflicto’ (Manderson, 2012a: 17; Abrams, 1971: 177-183). Dicho en otros términos, la sensibilidad romántica está construida sobre la dolorosa convicción de que bajo el frío cálculo capitalista hemos perdido algo precioso tanto en la esfera individual como en la colectiva. El romanticismo implica entonces tanto una *resistencia* frente a la alienación de ciertos valores *cualitativos* (en oposición a la estructura *cuantitativa* de los intercambios comerciales), como la promesa de que las diferencias entre los individuos pueden ser superadas, con la consecuente instauración de una plena armonía entre los seres humanos que habrá de traducirse a su vez en una absoluta plenitud interior.

Manderson diagnostica un creciente dilema entre la introspección y la afirmación individual, por un lado, y el reclamo de lo colectivo, por el otro, a medida que el modernismo se adentró en las tensiones políticas de la década de los veinte. En los años que siguieron a la Primera Guerra Mundial ‘numerosos escritores, artistas y pensadores se opusieron violentamente a la historia social y jurídica del positivismo y rechazaron en términos casi idénticos su obsesión con la mecánica, los sistemas, la tecnología y las reglas’ (Manderson, 2012a: 40). En los escritos de los neorrománticos alemanes –Eugen Diederichs, Paul de Lagarde y Julius Langbehm, entre otros– cabe observar una fusión análoga de ‘naturaleza, tradición, costumbre y religión’, a la par que una creencia compartida ‘en la justicia como jerarquía y el liderazgo manifiesto’ (Manderson, 2012a: 41). En mi opinión, George Orwell (1968: 510) ilustra claramente la perspicacia de las tesis de Manderson cuando se sumerge en las entrañas del modernismo y describe la experiencia del tránsito desde una radical estética individualista hasta al deseo de armonía colectiva y trascendencia en los términos siguientes: *De repente habíamos salido del crepúsculo de los dioses para adentrarnos en una especie de atmósfera de Boy Scouts de rodillas desnudas y cantos comunitarios.*

Orwell describe así el ambiente cultural que fue engendrado a partir del componente *reaccionario* del modernismo, mismo que Manderson define como una versión del romanticismo que adoptó ‘un giro político y nihilista’ (Manderson, 2012: 15). Ningún autor evidencia las implicaciones del resurgimiento del romanticismo para el Estado de Derecho como lo hace Carl Schmitt, cuya obra virtualmente disolvió al derecho entre las fuerzas igualmente atrayentes de la política y las emociones. Manderson admite que la asociación de Schmitt con el romanticismo no resulta en absoluto obvia, sobre todo si consideramos que su *Politische Romantik* es justamente ‘una corrosiva diatriba *contra* el romanticismo político’ (Manderson, 2012a: 42; Schmitt, 2011). No obstante, Schmitt claramente encaja en el patrón de legalidad anti-modernista que reinstala la decisión trascendente como elemento clave del sistema jurídico. Manderson considera que Schmitt, *si bien rechaza el romanticismo político “como la soberanía del ego”, solamente lo hizo para sustituir ‘el egotismo del soberano’ con una autoridad primaria y carismática que ‘no deriva de estructura institucional alguna* (Manderson, 2012a: 43; Schmitt, 2011: 65).

La crítica de Schmitt al positivismo jurídico fue forjada en las cenizas de la Primera Guerra Mundial. El año de 1922 marca un giro crítico en su pensamiento. La publicación de *Politische Theologie* muestra su decisivo rechazo por el Estado de Derecho liberal tal como éste se expresa mediante la teoría del positivismo jurídico. Schmitt se convenció de que aún la mejor de las leyes era insuficiente para alcanzar la justicia, contrariamente a la idea básica del Estado de Derecho que se sintetiza en la frase ‘el gobierno por el derecho y no por los hombres’ (esto es, que el gobierno debe ser regido por el derecho y estar sujeto a él, a raíz de lo cual es posible que los individuos puedan prever con certitud la forma en que la autoridad va a utilizar sus

RINCON

poderes coercitivos y, consecuentemente, planear sus asuntos con base en este conocimiento) (Raz, 1977: 195-198). Las tesis clave de Schmitt pueden ser resumidas en los siguientes tres principios: i) 'el soberano es quien decide la excepción'; ii) '[I]a excepción no puede ser subsumida [bajo otra norma jurídica puesto que ella] aparece en su forma absoluta bajo una situación en la que los mandatos jurídicos para ser válidos deben ser primeramente producidos'; y iii) '[I]a excepción en la jurisprudencia es análoga a los milagros en teología' (Schmitt, 1985: 5, 13 y 36). Para Schmitt, la justicia no se encuentra en las estructuras jurídicas sino en sus excepciones, al margen de los procedimientos establecidos y con base en la voz del pueblo y la fuerza del líder que debe condensar ésta y amplificarla.

La exasperación que profesaban Schmitt y los neorrománticos respecto a la lógica y los límites morales del positivismo resuena hoy con tanta fuerza como lo hizo en 1922. El ataque a las Torres Gemelas y su colapso el 11 de septiembre de 2001 ha dado luz al *mundo feliz* de la bahía de Guantánamo y Abu Ghraib. Tanto la renuencia de los Estados a regular los poderes económicos como la creciente corrupción de las funciones públicas han extendido a lo largo y ancho del mundo, bajo la forma de una devastadora crisis económica, feroces realidades distópicas<sup>9</sup>. El derecho parece incapaz de constreñir a unos poderes públicos amparados en una concepción hobbesiana de soberanía ilimitada, así como a unos poderes privados que no aceptan coto alguno en su búsqueda de beneficios.

271

Las tradicionales concepciones positivistas de lenguaje, objetividad y significado del derecho parecen impotentes para lidiar con estos problemas. El Estado de Derecho peligra letalmente, pero todavía no disponemos de un remplazo. En este contexto, Manderson afirma que el trabajo de D.H. Lawrence constituye una plataforma inmejorable para reevaluar nuestros problemas con la justicia y el juicio (jurídico) porque al igual que dicho autor seguimos enfrentando el 'terrible problema' de definir un curso de acción una vez que 'nuestros antiguos hábitos de pensamiento' se han perdido irremediablemente, toda vez que 'la creencia ha muerto pero el hábito de creer persiste' (Manderson, 2012a: 3). *Kangaroo* responde precisamente a la desorientación causada por la Gran Guerra y sus implicaciones para el arte, la política y el derecho. *Kangaroo* describe fielmente el *encanto* que ejercen las ideologías totalitarias en tanto que prometen la redención de la justicia y la comunidad bajo la autoridad de un sabio y amado líder, llámeselo *Duce*, *Führer* o *Caudillo*. Lawrence, empero, terminó por rechazar tales ideologías y renunciar a sus propias inclinaciones autoritarias. De hecho, Lawrence cambió radicalmente sus ideas respecto a la necesidad del liderazgo para la instauración de la justicia. En una carta escrita a Witter Bynner –fechada el 13 de marzo de 1928–, Lawrence categóricamente afirma que:

El héroe es obsoleto y está pasado de moda. Después de todo, sobre los hombros del héroe se erige el militante ideal. Y el militante ideal, o el ideal militante me dejan igualmente frío. Estamos hartos de todas las formas de militarismo y militancia [...] la relación del tipo sigue-al-líder es fastidiosa. Y la nueva relación debe ser algún tipo de ternura y sensibilidad entre hombres y hombres y hombres y mujeres, y no una en la que uno se encuentre encima del otro, tú guía y yo te sigo, *ich dien* y similares (Lawrence, 1991: 321).

La lectura que Manderson hace de *Kangaroo* como un texto dialógico y polivalente nos provee con bases suficientes para afirmar que la carta anteriormente citada no inaugura una nueva etapa en el pensamiento de Lawrence, sino que

<sup>9</sup> Para un recuento de las realidades distópicas que actualmente se han desplegado en el mundo entero, véase World Economic Forum (2012: 16-19), específicamente la sección titulada "Seeds of Dystopia".

continúa el giro que éste adquirió a partir de la breve estancia del escritor en Australia<sup>10</sup>. *Kangaroo* cuenta la historia de Richard Lovatt Somers –el *alter ego* de Lawrence-, un escritor inglés a quien un grupo de veteranos de guerra –que se llaman a sí mismos ‘Diggers’– trata de reclutar para la causa de instaurar un régimen de extrema derecha en Australia. El único credo político que les une es la ennoblecida autoridad de su líder, un abogado llamado Benjamin Cooley y apodado ‘Kangaroo’:

Quiero mantener el *orden*. Quiero remover la miseria física hasta donde sea posible [...] Y eso sólo se puede hacer empleando un fuerte y justo *poder* desde arriba [...] Voy a intentar establecer mi estado de Australia como una especie de iglesia, con profunda reverencia por la vida [...] como su fuerza motivadora [...] Sin embargo, debe haber derecho y debe haber autoridad. Pero un derecho más humano, y una autoridad mucho más sabia [...] El hombre necesita un padre tranquilo y gentil que use su autoridad en el nombre de la vida, y que sea absolutamente severo contra la anti-vida. No ofrezco un credo. Me ofrezco a mí mismo, mi corazón de sabiduría, extraña caverna tibia donde la voz del oráculo se eleva cual vapor desde lo desconocido; ofrezco mi conciencia, que escucha la voz; y ofrezco mi mente y mi voluntad para la batalla contra cada obstáculo que impida la respuesta a la voz de la vida, y para guarecer a la humanidad de la locura y la maldad de la anti-vida. (Lawrence, 1923: 126-127).

La pretendida legitimidad de *Kangaroo* viene de *la habilidad del líder verdadero de actuar sabiamente al margen de las reglas, de comprender que la unidad del pueblo trasciende intereses creados, y de recibir la lealtad de sus súbditos [...] en virtud de su autoridad natural y manifiesta*’ (Manderson, 2012a: 58). En un principio, Somers sucumbe a la seducción de esos ideales de comunidad cohesionada y liderazgo carismático cuando *Kangaroo* apela directamente a su enojo contra el igualitarismo y la *corrupta* modernidad. Somers percibe Australia como una detestable ‘terre democrática’ sin ninguna sensibilidad hacia la ‘distinción de clase’, donde *[e]l proletariado confiere a los hombres el poder de administrar el derecho, no de mandar* (Lawrence, 1923: 18). Somers reclama por el contrario *[e]l misterio del señorío [...] el reconocimiento místico a la diferencia y la prioridad innata, el goce por la obediencia y la sagrada responsabilidad de la autoridad que la democracia y la igualdad tratan de negar y borrar* (Lawrence, 1923: 121).

272

Manderson sugiere que para comprender correctamente la historia narrada en *Kangaroo* debemos prestar atención no sólo a Somers, sino a *todos* los personajes y las diferentes voces que luchan en la conciencia de cada personaje (Manderson, 2012a: 125). La voz de Somers en la novela es constantemente subestimada y desestabilizada por otras voces: el narrador, su esposa Harriet e incluso por el propio Somers a través de un diálogo interno entre su deseo de fundirse en la unidad colectiva y su deseo de soledad. Somers repetidamente se reprende a sí mismo al reconocer que no es más que ‘un predicador y un charlatán’, un simple tonto e incluso un ‘bestial’ y ‘detestable pequeño moco’ (Lawrence, 1923: 319, 327-328 y 332).

De hecho, Harriet es la más poderosa voz que subvierte las pretensiones de Somers. Manderson llama nuestra atención sobre un ejemplo particular que ilustra la forma en que Lawrence irónicamente modula su propia voz, citando sus propias opiniones en contextos que sutilmente las trastocan (Manderson, 2012a: 125-126).

<sup>10</sup> Philip Sicker (1992) argumenta que Lawrence retomó su apego por el ‘liderazgo político’ en 1929, año en el que reafirmó la importancia del héroe en su ensayo *Grand Inquisitor*. Sin embargo, tal como Jad Smith (2002: 21) ha observado, en última instancia la presunta confirmación que Lawrence hace de las *virtudes del líder* en dicho ensayo es menos relevante que las dudas que manifestó sobre ellas mientras escribía las tres ‘novelas de liderazgo’.

En un frío día en la playa –nos cuenta Lawrence– el viento se lleva al sombrero de Somers y lo deja sobre las olas. Somers torpemente consigue recatarlo (Lawrence, 1923: 322). Temblando de frío y mojado insiste en adoctrinar a Harriet mientras regresan a casa sobre la conveniencia de retomar ‘el principio aristocrático’ que aboga por el reconocimiento de la ‘diferencia *innata* entre las personas’. Harriet replica brutalmente: *¡Principio aristocrático! [...] Deberías haberte visto a ti mismo, volando como una pluma hacia el mar por tu sombrero* (Lawrence, 1923: 325). Más tarde, para calentarse cerca del fuego, Somers se sienta en un pequeño barril cubierto con una tapa de hojalata oxidada. Ella se vuelve a burlar de él: *¡Viejas tapas de hojalata! ¿Cómo te puedes sentar en eso? [...] ¿Es ese acaso tu principio aristocrático?* (Lawrence, 1923: 326).

La encarnación de la novela en múltiples personajes provee resistencia a los reclamos y argumentos manifestados por cada uno de ellos. Al involucrarse en un diálogo activo con las voces de otros personajes, Somers transmuta sus puntos de vista sobre la política y la justicia. Al tiempo que Somers gradualmente abdica del credo jerárquico y colectivista que había abrazado en cuanto llegó a Australia, nos adentramos en sus pensamientos íntimos y escuchamos su voz interior rumiar que ‘*la] vida no hace ninguna declaración absoluta [...] porque] la vida es tan maravillosa y compleja, y siempre relativa*’ (Lawrence, 1923: 314). Al final, Somers rehúsa rendirse ante la fascinación de las promesas construidas en torno a la confianza en un hombre poseedor de la perspicacia y autoridad reivindicadas por Kangaroo. Somers, a fin de cuentas, únicamente desea que lo dejen *solamente con él mismo, solo con su propia alma, solo con sus ojos en la oscuridad del oscuro dios de la vida* (Lawrence, 1923: 330). Consecuentemente, decide declinar el sofocante abrazo de Kangaroo:

273

No me ames. No intentes salvar a la humanidad. Tú eres terriblemente *general*, y tu amor es terriblemente general [...] Seamos duros, hombres separados [...] eres tan perecido a un canguro, queriendo cargar a la humanidad en la bolsa de tu barriga, cómodamente, con su cabeza y sus largas orejas sobresaliendo. Debes figurarte a ti mismo como un Canguro de Judá, en vez de ser un León de Judá [...] Dejémonos de eso, y seamos hombres, con los dioses detrás de nosotros. Yo *no quiero* ser semejante a un dios, Kangaroo. Quiero conocer a los dioses que están más allá de mí. Hay que empezar como hombres, con los dioses que están más allá de nosotros. (Lawrence, 1923: 245).

¿A qué se debe que Lawrence le haya dado la espalda al romanticismo reaccionario de esta manera? Manderson piensa que la respuesta se encuentra en la propia novela. Los escritos de Mikhail Bakhtin sobre la novela nos proveen con los elementos necesarios para entender la evolución ideológica de Lawrence a través de *Kangaroo*. Bakhtin concibe la novela como un género inherentemente fragmentario que amplía y duplica las voces de los personajes y el narrador. La más poderosa cualidad que Bakhtin atribuye a la novela es la *heteroglosia* o polifonía, es decir, la multiplicación de voces y perspectivas que inevitablemente tiene lugar en su seno. En el discurso, *cada palabra es dirigida hacia una respuesta, y no puede escapar de la profunda influencia de la palabra de respuesta que anticipa* (Bakhtin, 1981: 280). La novela reproduce esta cualidad del discurso tanto en dimensión estética como en la ética.

Bakhtin define la novela como ‘una diversidad de tipos de discursos sociales (a veces incluso una diversidad de lenguajes) y una diversidad de voces individuales, artísticamente organizadas’ (Bakhtin, 1981: 262). La distintiva ‘imaginación dialógica’ de la novela confiere una particular voz a cada personaje y la coloca *en contraposición* a todas las otras que intervienen en la narración. Las múltiples voces de la novela aparecen así en una rica diversidad de relaciones

mutuas: por ejemplo, de estilización, parodia, polémica oculta, y otras por el estilo. De este modo, la novela apunta no sólo hacia un mosaico de voces, sino que al mismo tiempo promueve su transformación bajo la presión comunicativa de su contexto de expresión. Esto es a lo que Bakhtin se refiere cuando trata la novela como un género literario que está básicamente 'dialogizado, permeado con risa, ironía, humor' y 'elementos auto-paródicos', además de encontrarse infiltrado con *indeterminación, una cierta apertura semántica y un contacto viviente con una realidad inacabada, en proceso de evolución y contemporánea* (Bakhtin, 1981: 7).

Al leer *Kangaroo* desde una perspectiva bakhtiana, por ende, es muy probable que concluyamos –como lo hace Manderson– que Lawrence no escribió *Kangaroo*, sino que fue *Kangaroo* el relato que reescribió a Lawrence (Manderson, 2012a: 90-111). Los argumentos de Bakhtin están reflejados en los ensayos del propio D.H. Lawrence sobre el oficio de escritor, y aparentemente fueron puestos en práctica en sus 'novelas de liderazgo' (Manderson, 2012a: 142-144, 152; Hyde y Clark, 1993-1994: 140-141). En su 'Study of Thomas Hardy', Lawrence sostiene que una auténtica obra de arte *debe necesariamente contener la crítica esencial de la moralidad a la cual se adhiere* con miras a crear el *conflicto necesario para cualquier concepción trágica* (Lawrence, 1985: 89). *Kangaroo* igualmente se refiere a las 'leyes de polaridad', que son descritas como el moviendo entre dos corrientes: una empática y amante, la otra poderosa y autoritaria. Lawrence escribe que *[e]n el triunfo absoluto de cada corriente reside la garantía inmediata del colapso [humano]* (Lawrence, 1923: 354-355).

La Primera Guerra Mundial produjo la crisis que estimuló a Lawrence a escribir a través de tensiones entre principios opuestos que rehusó restringir en aras de un infértil llamado a un estado ideal de concordia. *Kangaroo* encierra *un serio, aunque perverso compromiso: no resolver sus contradicciones y tensiones sino ver en ellas la actividad esencial de los principales personajes* (Manderson, 2012c: 492). La polaridad, por consiguiente, no es síntesis ni armonía, sino simple oposición entre *fuerzas que no pueden avenirse en tanto que estamos demasiado involucrados con ambas* (Manderson, 2012c: 493). La polaridad subraya la fragilidad, la provisionalidad y la temporalidad de *cada* medio textual –incluyendo el derecho– y expresa una incansable voluntad de revisar, repensar y renovar nuestra condición social, contextualización histórica y estructuras epistémicas y discursivas (Eggert, 1999).

274

En suma, Lawrence creía –y Manderson comulga con esta idea– que no debemos tratar de eliminar o conciliar nuestras creencias contradictorias, sino derivar nuestra fuerza de ellas. *El alma de un hombre es una perpetua llamada y respuesta*, escribió Lawrence (1923: 314). La polaridad es precisamente el principio central de la concepción post-positivista del Estado de Derecho que Manderson, en honor a *Kangaroo*, denomina *Thirroul of Law. Llamada y respuesta*: el Estado de Derecho consiste en un debate público de razones (jurídicas) que presupone la inviabilidad de la cerrazón interpretativa en vista de la pluralidad y la singularidad de las circunstancias que determinan al trabajo jurídico. Manderson argumenta que el modernismo literario de Bakhtin y Lawrence conlleva una dimensión pública fundamental en tanto nos vuelve conscientes de la presión de transmitir y justificar nuestros juicios frente a otras personas, transformando así nuestro entendimiento del Estado de Derecho en un 'conjunto de ideas que institucionalmente protegen el proceso social y dialógico de exponer y criticar las razones que fundan las decisiones, en vez de [concebirlo como] un conjunto de ideas que institucionalmente consolidan el proceso jerárquico o hierático de anunciarlas' (Manderson, 2012a: 159).

De acuerdo con Manderson, Derrida sostiene un punto de vista similar al exponer las inevitables aporías que lastran los juicios jurídicos. Según Derrida, *para que una decisión sea justa y responsable, debe [...] estar regulada y a las vez carecer de regulación: debe conservar la ley y al mismo tiempo destruirla o suspenderla lo suficiente para reinventarse en cada caso, re-justificarse, al menos reinventarse en la reafirmación y en la nueva y libre confirmación de sus principios* (Manderson, 2012a: 166; Derrida 1990: 961). Dicho en otras palabras, el juicio jurídico permanentemente está situado entre dos direcciones contradictorias: por una parte, la ley abstracta; por otra, la singularidad del caso particular que no puede ser previsto con antelación. El juicio jurídico no puede por tanto elegir *entre la justicia (infinita, incalculable, rebelde frente a la ley y extraña a la simetría) y el ejercicio de la justicia como ley o derecho, [...] calculable, [en] un sistema de prescripciones reguladas y codificadas* (Derrida, 1990: 959). El interminable ciclo de tensiones, oposiciones y desacuerdos entre reglas y nuevas circunstancias hacen que las decisiones jurídicas sean básicamente inestables e imperfectas.

El acercamiento de Manderson al derecho y la literatura está profundamente arraigado en nuestra presente imperfección, nuestra fragmentación y la imperfección y fragmentación de la justicia que deriva de la propia condición humana. Manderson opone la configuración de *Thirroul of Law*, por una parte, contra la aseveración positivista de la perfección del derecho (que es *un reclamo de pureza centrado en el pasado*) y, por otra, contra la perfectibilidad reivindicada por los románticos (que es *un sueño enfocado al futuro*) (Manderson, 2012a: 178). La reconfiguración del Estado de Derecho positivista en el *Thirroul of Law* post-positivista puede por tanto reconducirse a tres importantes principios. Primero, *el Estado de Derecho no es el resultado de una fundación, sino el proceso continuo de ponerlas [las fundaciones] en cuestionamiento*. Segundo, *el Estado de Derecho está gobernado por razones, más que por una razón singular o categórica*. Tercero, *el Estado de Derecho no nos presenta órdenes que nos son otorgadas desde arriba, sino un discurso mediante el cual el derecho aprende de nosotros, prestando atención a las nuevas circunstancias y a las vidas individuales* (Manderson, 2012a: 179-180).

De esta forma, *Thirroul of Law* se mueve más allá de la trascendencia romántica al reconocer que no hemos *perdido* los fundamentos del derecho, sino que siempre hemos *carecido* de ellos (Manderson, 2012a: 150-152). Manderson concluye que *Thirroul of Law* no nos otorga certeza alguna, sino que consagra la incertidumbre al reconocer el 'ensayo y error' como el método jurídico por excelencia (Manderson, 2012: 23; 2012c: 504). Desde esta perspectiva, la argumentación y la duda no son síntomas del fracaso del derecho sino, por el contrario, signos de su éxito. Me parece, no obstante, que la metodología de transparencia, justificación y respuesta que es defendida por Manderson presupone en cierta medida no sólo la existencia de una esfera pública liberal, sino también la certidumbre lógica y lingüística que el positivismo elogia como virtudes del derecho moderno. Con el fin de probar esto, debemos seguir a D.H. Lawrence en su expedición literaria a México, un país situado en las *antípodas* de Australia.

### 3. México, 1923-1925: Una mirada al Abismo de la Soberanía

Lawrence comenzó el borrador de *The Plumed Serpent* –tal como expliqué antes– durante una visita a Chapala, México, en 1923, y lo terminó durante una estancia en Oaxaca entre 1924 y 1925. A pesar de que México es el escenario en el que la acción de *The Plumed Serpent* tiene lugar, los críticos frecuentemente se han

mostrado renuentes a situar su narrativa en un contexto específicamente mexicano. L.D. Clark (1964: 76) enfáticamente afirma que *los eventos políticos narrados en The Plumed Serpent no tienen más que una semejanza general con aquellos ocurridos en México en los años veinte*. John B. Vickery (1972: 505) sostiene que *es el libro más comúnmente calificado como un “mito” en la totalidad del canon de Lawrence*. Peter Fjågesund (1991, 137) insiste en que Lawrence emplaza casi exclusivamente preocupaciones ‘europeas o, al menos, Occidentales’ en el centro de su narrativa.

Jeffrey Meyers imputa este intencionado descuido tanto a la resistencia de los académicos especialistas en literatura *que no saben nada de historia mexicana* a aprender *algo* sobre esta materia; o a la subrepticia transformación de *las realidades políticas y la ideología totalitaria de la novela* en *una más vaga y aceptable mitología* por parte de los admiradores de Lawrence. Creo que Meyers es un poco duro con sus colegas. La historia mexicana es realmente difícil de entender –incluso para los mexicanos–, y *The Plumed Serpent* no es ciertamente una lectura fácil y relajante. Meyers (1974: 56), no obstante, correctamente afirma que *es iluminador estudiar la novela en su contexto histórico, porque Lawrence estaba realmente familiarizado con la situación política contemporánea en México, y [...] es precisamente este montaje de mito y Realpolitik lo que le da al libro sus poco comunes y perturbadoras cualidades*.

No pretendo describir aquí, tal como hace Meyers, los hechos históricos que enmarcaron la estancia de Lawrence en México<sup>11</sup>. Me gustaría, en cambio, acentuar el “contexto cultural” en el que Lawrence escribió *The Plumed Serpent*. Tal como lo había hecho antes con Australia, Lawrence mostró una extraordinaria habilidad para canalizar a través de su escritura la tierra, las personas, el lenguaje y las formas de vida de las que fue testigo en México (Manderson, 2012a: 55-56). Willard Johnson (que está representado como ‘Bud Villiers’ en la novela) anotó que, durante su estancia en Chapala, Lawrence *leyó historia y folklore de México y [...] “de alguna manera comprendió el espíritu del lugar”* (Villiers, 1930: 428; énfasis añadido). De hecho, el 16 de marzo de 1925, un encabezado en la primera página de *Excélsior* –uno de los principales periódicos mexicanos– confirmó el punto de vista de Johnson sobre el nexo entre Lawrence y México. Dicho titular afirmaba: *D. H. Lawrence, el gran escritor inglés, nos visita y nos comprende* (citado en Odio, 1999: 165). En esta simple línea destaca la certeza de que Lawrence realmente “entendía” a México y a los mexicanos<sup>12</sup>.

Kate Leslie –la heroína de Lawrence en *The Plumed Serpent*– define a México como un país ‘opresivo’, ‘espantoso’, ‘cruel’, ‘deprimente’ y ‘destructivo’ (Lawrence, 2009: 33, 42). Por desgracia, esta es una precisa descripción de las condiciones sociales, económicas y políticas de México entre 1923 y 1925. Trece años de guerra civil habían fragmentado la autoridad, subvertido el aparato estatal, arruinado al campo y diezmado a la población. Después de una casi total movilización de campesinos y trabajadores, el gobierno había sido derrocado varias veces. En 1917, la constitución fue prácticamente reescrita. Las vías de ferrocarril, los puentes, las minas, las fábricas y las haciendas resultaron destruidas en la brutal lucha entre los antagonistas de las facciones revolucionarias. Mientras que el censo de 1910 contó quince millones de personas en México, el censo de 1921 redujo la población a catorce millones (Aguilar Camín y Meyer, 1991: 87). En otras palabras,

<sup>11</sup> Para un breve pero completo relato histórico de la Revolución Mexicana, véase Silva Herzog (1960, 1960a).

<sup>12</sup> La temprana recepción de *The Plumed Serpent* en México fue significativamente positiva. Véase Ortiz de Montellano (1934) y Castro Leal (1942). Ambos críticos coinciden en la creencia de que Lawrence había logrado un profundo entendimiento de las realidades mexicanas.

uno de cada ocho mexicanos había sido asesinado entre 1910 y 1921 (Zoraida Vásquez, 1989: 700-701)<sup>13</sup>.

El derramamiento de sangre aún no había concluido cuando Lawrence llegó a México. En julio de 1923, Francisco Villa –uno de los más crueles y populares caudillos revolucionarios– fue emboscado y asesinado en el norteño estado de Chihuahua, con toda probabilidad, por órdenes del presidente Álvaro Obregón y su poderoso secretario de Gobernación<sup>14</sup>, Plutarco Elías Calles (Katz, 1998: 774-776). Adolfo de la Huerta –quien había sido presidente y secretario de Hacienda y Crédito Público– comenzó una revuelta en diciembre tras acusar a Obregón de conspirar para imponer a Calles como su sucesor (Plascencia de la Parra, 1998). Obregón aplastó la revuelta delahuertista en abril de 1924, asegurando así el éxito de la candidatura de Calles. Posteriormente, la administración de Calles escaló el conflicto entre el estado mexicano y la iglesia católica, provocando una guerra religiosa conocida como *La Cristiada* entre 1926 y 1929 (Meyer, 1975).

Estos eventos están reflejados y son comentados en la correspondencia de Lawrence. En cuanto llegó a México, le escribió indignado a Knud Merrild el 21 de abril de 1923 para referirle que vivir *tan sólo una milla alejado de una villa o pueblo* equivalía a aceptar el riesgo de ser *asaltado o asesinado por bandidos y gentuza que se llaman a sí mismos revolucionarios* (Lawrence, 1987: 430). El 27 de junio de 1923, Lawrence le advirtió a Thomas Seltzer acerca de la ‘descorazonadora’ posibilidad de *una reaccionaria revolución católica alrededor de septiembre –lo que implica una re-reacción bolchevique en la primavera* (Lawrence, 1987: 464-465). Unos meses después, el 19 de noviembre de 1923, Lawrence le escribió a Willard Johnson: *Todo se ha vuelto un poco más pesado. Esperan más revolución –Calles y De la Huerta–, probablemente una fea. Los negocios no marchan –y la gente común es un poco brutal.* (Lawrence, 1987: 536- 537). En un tono similar teñido de racismo contra los indígenas mexicanos, el 15 de noviembre de 1924 Lawrence informó a Middleton Murry que México es *siempre inestable [...] todo es tan precario y realmente tan confuso [...] Los indios son extraños salvajes, y terribles agitadores [...] Es realmente una especie de caos* (Lawrence, 1989: 1967-1968).

La experiencia de Lawrence en México estuvo marcada por una tumultuosa volatilidad política aderezada con una absoluta inseguridad jurídica. Sin embargo, el relato de las atrocidades particulares que atestiguó en semejante ambiente no es tan relevante como su reconstrucción literaria del *ambiente cultural* –esto es, los múltiples y superpuestos discursos y voces– que hicieron posibles tales atrocidades. Lawrence entendió la singularidad del momento revolucionario en México y honestamente describió el atractivo que la violencia gratuita e impune ejercía sobre los individuos. Kangaroo y los ‘Diggers’ hubiesen palidecido de envidia ante el poder sin límites concentrado en cada uno de los caudillos en pugna. La revolución mexicana hizo a Lawrence consciente de la soberanía ilimitada que ejerce el *gran criminal* en los términos planteados por Walter Benjamin y Jacques Derrida, quienes no le reducen a alguien que ha cometido este o aquel crimen específico por el que uno siente una secreta admiración, sino que le conceden la envergadura del individuo que, desafiando la ley, desvela la violencia inherente al propio orden jurídico (Benjamin 1991; Derrida 1990, 987).

<sup>13</sup> Lawrence era consciente de las muertes producidas por la revolución y las multiplicó en aras de la buena ficción. Un personaje secundario –el joven García– declara en *The Plumed Serpent* que *el último censo de Porfirio Díaz contó diecisiete millones de personas mientras que el censo del último año [cerca a 1923] sólo había dado trece millones*’ (Lawrence, 2009: 54).

<sup>14</sup> Ministro del Interior.

José Juan Tablada, un poeta mexicano que abominaba la revolución (quien, además, acusó a Lawrence de plagio)<sup>15</sup>, apuntó astutamente en su diario durante los primeros días de 1920: *Muchos soldados [...] dejaron de ser esclavos [...] para convertirse en tiranos* (Tablada, 1992: 148). La revolución transformó los vicios caprichosos de los caudillos en verdadero derecho. Una breve mirada a las macabras historias recolectadas por Martín Luis Guzmán, un testigo privilegiado que trabajó con Francisco Villa como su secretario particular, resultará sumamente útil para imaginarnos la terrible situación con la que Lawrence se enfrentó en México. En *El Águila y la Serpiente*, una crónica novelada de la revolución que publicó por primera vez en 1928, Guzmán vilipendia la propensión de los caudillos revolucionarios al pillaje, la violación, el robo y el asesinato. Guzmán sarcásticamente designa como 'justicia revolucionaria' las crueles arbitrariedades de los caudillos. Entre los macabros sucesos que cuenta destaca, por ejemplo, la historia de dos saqueadores que fueron sumariamente ejecutados para hacer ejemplo público de ellos, o el relato de las tribulaciones de un pobre hombre que fue colgado simplemente para mostrar que los rebeldes matarían a cualquiera que no les diera a los 'honestos' y 'puros' oficiales de la revolución las exorbitantes cantidades de dinero que exigían a la población (Guzmán, 2010: 199-208, 214-226).

No obstante, el incidente más perverso que Guzmán describe está situado en los márgenes entre la realidad y la leyenda, condición que –en palabras del propio escritor mexicano– le hacen más digno de 'hacer Historia' (Guzmán, 2010: 169). Francisco Villa consideraba que los seguidores de Pascual Orozco, otro de los caudillos cuya zona de influencia se extendía al norte del país, eran unos 'traidores' particularmente odiosos. En una batalla que involucró a las dos facciones, los *colorados* de Orozco fueron derrotados y tomados como prisioneros por los soldados de Villa. Villa ordenó entonces a Rodolfo Fierro –su lugarteniente de mayor confianza, bautizado por los mismos villistas con el mote de *El Carnicero*– que ejecutara a los *colorados* antes del anochecer. Fierro decidió cumplir la orden con feroz creatividad. Encerró trescientos prisioneros en cierto corral en el que una alta barda de adobe se elevaba en uno de sus límites. Fierro utilizó los pocos metros que separaban la puerta del corral y la barda para improvisar una galería de tiro donde los prisioneros actuaron como blancos móviles. Fierro disparaba mientras su ayudante recargaba las pistolas. Los prisioneros eran soltados de diez en diez: cualquiera que pudiera alcanzar y trepar la barda podía irse libre. A ningún prisionero se le concedió la oportunidad de declinar esta mortífera oportunidad de escapar: cualquiera que se negara a correr hacia la pared era inmediatamente ejecutado. *¡Ándenles, hijos, los llamaba Fierro, que nomás yo tiro y soy mal tirador!* Era una mentira. Después de dos horas, Fierro ejecutó exitosamente a todos los prisioneros, salvo a uno. Guzmán tituló a este infame episodio revolucionario como *La Fiesta de las Balas* (Guzmán 2010, 169-179).

278

La hazaña de Fierro ilustra el inmenso poder que disfrutaban los caudillos en su precaria aunque, por otra parte, absoluta jurisdicción. La violencia arbitraria de la revolución desvaneció las fronteras entre animales y humanos (en la historia de Guzmán los *colorados* fueron empujados, encerrados y asesinados como ganado) y, al mismo tiempo, confirió al caudillo poderes semi-divinos (Fierro fue literalmente el amo de la vida y de la muerte de trescientos individuos en una sola tarde). Lawrence debe haber escuchado cientos de historias similares narradas ya fuera por jactanciosos revolucionarios, víctimas desesperadas o amedrentados extranjeros<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Tablada publicó en 1924 *La resurrección de los ídolos*, un folletín 'teofilosoficopsicoanálítico-intuitivo' sobre el retorno de los dioses aztecas a México. Esta es la única semejanza entre la ficción de Tablada y *The Plumed Serpent*. Véase Tablada (2003).

<sup>16</sup> Esto lo puedo afirmar sin temor a equivocarme: mis propios abuelos poseían una rica colección de escabrosas anécdotas revolucionarias.

El inacabable recuento de atrocidades revolucionarias debe haber producido una profunda impresión en él, tal como lo hizo en la protagonista femenina de *The Plumed Serpent*. En la novela, después de enterarse del asesinato del administrador de una de las haciendas ubicadas en la orilla del lago en Sayula, Kate sintió que se cernía en el cielo la sombra de un destino cruel. Así, aunque ella no había visto nada horrible [...] Y en cambio vivió momentos deliciosos [en México...] no lograba vencer el malestar que le producía el sentimiento de lo espantoso (Lawrence, 2009: 90).

El retorno de los sangrientos dioses aztecas en *The Plumed Serpent* no es sólo una fabricación de la fantasía enfebrecida de Lawrence. En México, Lawrence caminó entre terribles semidioses que lo empujaron al borde de un pánico moral nietzscheano: Lawrence admiró el abismo de la soberanía, y el abismo le devolvió la mirada (Nietzsche, 2002: 69). En este sentido, desde una perspectiva derridiana podemos decir que *La Fiesta de las Balas* efectivamente muestra lo inadecuado de la teoría y el lenguaje para tratar las llamadas *realidades* humanas. Igualmente cabe afirmar, desde un punto de vista jurídico y político, que los límites entre los humanos, los animales y los dioses son básicamente indecidibles y porosos, y que la soberanía emerge de esta misma indecidibilidad y porosidad (Derrida, 2008). Sin embargo, no todas las soberanías son idénticas: apuesto a que, si hubieran dispuesto de algún poder de decisión, los 299 *colorados* que fueron abatidos por las balas de Fierro hubieran preferido ser juzgados por sus acciones bajo las leyes objetivas y las razones abstractas del positivismo jurídico. Lawrence probablemente estaría de acuerdo conmigo, pero también estaba interesado en desvelar el misterio inscrito en *el corazón de las tinieblas* de Fierro. Movido por esta curiosidad, Lawrence recorrió sin vergüenza alguna todo el camino descendente hacia la atracción del poder sin límites de los caudillos revolucionarios.

#### 4. Tribunales serpentinos, o la Tierra de la Absoluta Indecidibilidad

México inspiró una nueva faceta en las polaridades de Lawrence. *The Plumed Serpent* confronta a sus lectores con las dudas de una mujer europea de mediana edad –que es un individuo ‘civilizado’– entre la emoción que despierta en ella el ejercicio de un poder ilimitado y –lo que es probablemente más importante– libre de remordimientos, y la repulsión que despierta en ella la terrorífica violencia que constituye tanto la base de dicho poder como su resultado más probable. La novela cuenta la historia de Kate Leslie, la viuda de un patriota irlandés que visita México con Owen Rhys, su primo estadounidense. México oprime y aliena a Kate: la hace sentir como *un pájaro alrededor del cual se ha enroscado una serpiente* (Lawrence, 2009: 63). Constantemente piensa en el país y en su gente con una mezcla de desprecio racista y compasión que se materializa en sus sentimientos hacia Quetzalcóatl, la deidad mesoamericana del viento, la luz y la sabiduría cuyo nombre significa ‘serpiente emplumada’. Kate percibe a Quetzalcóatl, a México y a los mexicanos como *serpientes enrolladas en sí mismas como enormes masas de excremento [...] con garras y cubiertas de plumas que sobrepujan todas las visiones del terror* (Lawrence, 2009: 70).

A Kate le desagrada profundamente la retórica igualitarista de la Revolución Mexicana, lo mismo que la violencia que ésta precipitó. Kate está consciente de que a pesar de que los mexicanos tontamente creen que *las revoluciones habían sido sus revoluciones y las habían ganado*, la verdad era que *el ejército fue el que ganó las revoluciones* (Lawrence, 2009: 7). Kate también desaprueba el basto odio que sirvió como combustible a ‘las famosas revoluciones’ que *empezaban con ¡Viva!, y acaban siempre con ¡Muera!* El México precolombino, según Kate, *había tenido un elaborado ritual de muerte*. Por el contrario, el México revolucionario había

transformado la muerte en un evento *descarnado, andrajoso, escuálido, vulgar, sin la pasión de su propio misterio* (Lawrence, 2009: 42).

Kate eventualmente se involucra en el *movimiento* de Quetzalcóatl, un culto de liderazgo quasi-religioso cuya andadura habían comenzado dos conocidos suyos: Ramón Carrasco, un historiador y arqueólogo, y Cipriano Viedma, un general. Ramón y Cipriano son dos mexicanos que pretenden despertar a los dioses del antiguo panteón azteca, incluyendo a Quetzalcóatl y Huitzilopochtli (la deidad de la guerra, el sol y los sacrificios humanos). Ramón, el líder carismático del movimiento, finalmente se convierte en un Quetzalcóatl viviente, mientras que Cipriano encarna a Huitzilopochtli. Cipriano es un indígena taciturno, dotado tanto con una ágil inteligencia como con una salvaje vitalidad. Por sí mismo no es sino el *inevitable general mexicano, fascinado ante la idea de promover su ambición personal e imponer su voluntad* (Lawrence, 2009: 229). Reiteradamente propone a Ramón/Quetzalcóatl utilizar el ejército bajo sus órdenes para asegurar el control sobre México. Sin embargo, Ramón/Quetzalcóatl niega cualquier interés en una cuota de poder personal y, bajo su influencia, Cipriano se convierte en algo 'más que un mero hombre' para constituirse en una verdadera criatura divina (Lawrence, 2009: 336). Kate contrae entonces matrimonio con Cipriano/Huitzilopochtli, convirtiéndose a su vez en una especie de diosa llamada Malintzi<sup>17</sup>.

La conocida distinción de Walter Benjamin entre formas de violencia 'divinas' y 'míticas' es ciertamente relevante aquí. Mientras que la violencia mítica es *hacedora* de derecho, dice Benjamin, la vertiente divina es *destructora* del mismo. La violencia mítica marca límites, crea la culpa y la retribución y se encuentra estructurada sobre la amenaza. La violencia divina, en cambio, es puro poder y soberanía auténtica (Benjamin, 1991: 199-203). En un primer momento, Cipriano es únicamente un funcionario público que sostiene 'el derecho y la constitución' (Lawrence, 2009: 72). Después de su transformación en Huitzilopochtli, sus hazañas trascienden las reglas jurídicas y resuenan con el eco de las profundidades insondables de la violencia divina. Durante una ceremonia de sacrificio en la que numerosos 'traidores' son ejecutados sin piedad alguna, Cipriano reconoce en Quetzalcóatl/Ramón y en él mismo las atribuciones de los *Señores de la Vida y Amos de la Muerte*. Su soberanía no conoce restricciones: 'Huitzilopochtli rojo' es responsable por mantener 'el día y la noche separados', esto es, debe cumplir con el deber de distinguir entre los 'cobardes' y 'traidores', por un lado, y los 'valientes' y 'verdaderos hombres', por el otro (Lawrence, 2009: 343-351).

280

La novela sugiere poderosamente, que la antigua soberanía de los dioses – esos horrores aztecas' como Kate los llama (Lawrence, 2009: 53)–, se encuentra impregnada en sangre, y que el único futuro que semejante pasado puede engendrar es uno cargado de violencia arbitraria y muerte. El distanciamiento de las voces que se entrelazan en la novela con el movimiento de Quetzalcóatl es llevado a cabo en gran parte a través del personaje de Kate, cuya perspectiva es significativamente ambivalente ya que se siente al mismo tiempo 'atraída y repelida' por éste (Lawrence, 2009: 109). Kate es ambigua, indecisa e inestable: en suma, una auténtica narradora modernista cuyas reflexiones Lawrence somete a un escrutinio exhaustivo, invitando así al lector a desconfiar profundamente de ellas (Smith, 2002: 16).

<sup>17</sup> *Malintzin* (con una 'n' final), conocida también como '*La Malinche*', no era una diosa en el panteón azteca sino la concubina indígena de Hernán Cortés, quien jugó un rol protagónico en la conquista española de México.

Después de que los ‘traidores’ son ejecutados, Kate teme que Ramón/Quetzalcóatl y Cipriano/Huitzilopochtli hayan elevado ‘el significado masculino’ a un tipo de ‘demonismo’ que implique un continuo ‘ejercicio de puro, detestable poder’. Ella mantiene una precaria fascinación por estos hombres que parecen dioses, pero la admiración que les profesa sigue ligada al miedo e incluso ‘la repulsión’ (Lawrence, 2009: 351). El orgullo y la fuerza de los antiguos dioses parecen amenazar tanto su espíritu como su feminidad. En consecuencia, decide marcharse de México de una vez por todas, pero cambia de opinión en el último momento, después de que Cipriano le recuerda que ella le *pertenece*. *¡No me dejarás ir!*, replica patéticamente Kate (Lawrence, 2009: 404).

La presunta obediencia que Kate obsequia a Cipriano ha sido continuamente discutida y criticada como una expresión del deseo de Lawrence de mantener a las mujeres bajo control<sup>18</sup>. Me parece, sin embargo, que ella no es tan sumisa como comúnmente se cree: si se queda en México es porque *decide* hacerlo, pero necesita *creer* que ha sido *obligada* a ello<sup>19</sup>. Kate no se rinde completamente al movimiento de Quetzalcóatl. En todo momento sabe que no es totalmente honesta con Cipriano y Ramón: *¡Soy un fraude!*, piensa, *Sé perfectamente que soy yo la que no los necesita a ellos. Me necesito a mí misma, para mí misma. Pero quiero engañarlos para que no lo descubran* (Lawrence, 2009: 404). Significativamente, Kate opta por quedarse porque no desea regresar a Inglaterra, donde como una mujer de cuarenta años, probablemente no hará más que *sentarse en Londres en un salón de dibujo y añadir otro más a los esperpentos*. Para Kate, su ‘ego’, su ‘individualidad’ e incluso su vida, *no valen ese espantoso precio* (Lawrence, 2009: 399). Kate sacrifica su personalidad distintiva porque desea ser ‘más que Kate’ (Lawrence, 2009: 336): prefiere la azarosa emoción de ser Malintzi en México que la monótona y opresiva seguridad de ser una viuda en Europa.

281

Lawrence termina la novela con una intensa nota pesimista en la que la muerte se percibe flotando en el aire. Ramón le advierte a Kate acerca del destino de los falsos dioses: *la asesinarían a usted y la violarían por haberla respetado [...] A menos que se reciba la nobleza de los dioses o que se obtenga la fuerza directamente de los cielos, se acaba siempre por ser asesinado* (Lawrence, 2009: 337). El precio de la trascendencia lograda por los imitadores de los antiguos dioses consiste en correr el riesgo de convertirse en víctimas de una violencia letal y carente de sentido. Esto difícilmente puede ser considerado como un panegírico de las *políticas del liderazgo* o el fascismo. Tanto los diálogos internos de Somers en *Kangaroo* como las reflexiones irresueltas de Kate en *The Plumed Serpent* colocan en un primer plano a los grandes problemas asociados con el autoritarismo, la irracionalidad y la violencia, pero no les ignoran complacientemente ni les identifican como situaciones deseables (Smith, 2002: 21).

No obstante, la situación que Kate enfrenta en México es muy diferente de aquella que Somers encuentra en Australia: mientras que Kangaroo afirma poseer un *discernimiento* privilegiado que le permite penetrar en los contenidos de la justicia, Ramón y Cipriano acumulan poder a partir del *incierto* carácter de Quetzalcóatl. Kate recuerda, tras enterarse por vez primera de la aparición de los dioses en Sayula, que en náhuatl –el lenguaje de los aztecas– *Quetzalcóatl* es un término compuesto: *quetzal* ‘es el nombre de un pájaro que habita en las alturas de las montañas tropicales, y que tiene unas plumas muy hermosas en la cola’; y *coatl* es –simplemente– ‘una serpiente’. Kate concluye que ‘su espíritu irlandés estaba

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, Millet (1970).

<sup>19</sup> En la primera versión de la novela, la última vez que el lector tiene noticias de Kate la encuentra empacando con la intención de marcharse a Inglaterra.

hastiado de significaciones precisas y de un dios de intenciones únicas' después de ponderar que el nombre de *Quetzalcóatl* representaba *un mundo de significaciones confusas y contradictorias*. Un dios, piensa Kate, *debería ser como el arco iris que sigue a la tormenta* (Lawrence, 2009: 51). Más tarde, cuando Kate pregunta a un alemán residente en México cuál es 'la idea' que mueve a 'los hombres de Quetzalcóatl', éste le responde: *No sabría decir. No se supone que tengan alguna, pero si la tienen, no te la dejarán saber* (Lawrence, 2009: 92). La amorfa naturaleza de Quetzalcóatl implica imprecisión más que polaridad. Quetzalcóatl anuncia y refleja al mismo tiempo la torcida lógica de la Revolución Mexicana que 'llama libertad' a la terrible potestad de 'cometer crímenes' (Lawrence, 2009: 32).

Hannah Arendt célebreme argumenta que la significación de las revoluciones modernas no radica en el noble pero infeliz objetivo de acabar con la pobreza ('la cuestión social' que, desde su punto de vista, fue culpable del fracaso de la Revolución Francesa), o en la institución de gobiernos limitados (algo que generalmente se considera el gran logro de la Revolución Americana). Arendt (2006) sostiene que las revoluciones modernas más bien han demostrado la forma en que los individuos, en la medida en que actúen juntos con un propósito común, pueden crear un nuevo espacio de libertad tangible que se sostenga exclusivamente en el poder implícito de sus propias promesas y acuerdos. La Revolución Mexicana no encaja en ninguna de estas descripciones: por el contrario, su nota característica es la *ausencia* de intención, programa o ideología (Paz, 1994: 137 ss.).

Cabe recordar que fue Francisco I. Madero –terrateniente y espiritista convencido– quien, instruido por 'los espíritus' para guiar a México hacia la democracia (Madero, 2000), confirió a la Revolución Mexicana su primer impulso al publicar 'el Plan de San Luis Potosí' en octubre de 1910. Dicho plan era un ingenuo manifiesto en el que Madero llamaba a la instauración de la democracia mediante el ejercicio de la violencia directa contra el régimen del dictador Porfirio Díaz. De hecho, Madero le pidió a los mexicanos que se levantaran en armas el 20 de noviembre a las 6:00 p.m.<sup>20</sup> En mayo de 1911, Díaz se embarcó rumbo a Francia y Madero convocó al pueblo mexicano para acudir a las urnas. Después de una victoria abrumadora, Madero incongruentemente trató de instrumentar una serie de reformas liberales y democráticas mientras conservaba al mismo tiempo el ejército de la dictadura y la mayoría de sus instituciones. En febrero de 1913, Madero fue finalmente derrocado y asesinado por un grupo de oficiales del ejército descontentos.

282

Madero fracasó estrepitosamente en la ejecución de su equívoco programa político, pero derruyó con éxito los mecanismos coercitivos que estructuraban la dictadura de Díaz. Miles de peones desposeídos que habían crecido en una pobreza centenaria optaron por levantarse en armas unas vez que se vieron libres de los grilletes de la dictadura. A raíz de ello, la revolución continuó su desarrollo a través de la movilización de masas desprovistas de dirección o ideología. Salvo por el vago ideal de alcanzar algún tipo de auto-determinación después de la dictadura de Díaz, los rebeldes carecían de algún estímulo ideológico definido. Tras el asesinato de Madero ninguna de las facciones revolucionarias fue capaz de atribuir una significación precisa a la revolución.

La muerte de Madero inauguró *la bola*, una forma vernácula e idiosincrática de entender 'la revolución'. Esta fórmula idiomática mexicana seguramente hubiese divertido a Derrida como un delicioso ejemplo de indecidibilidad semántica. *Bola* puede entenderse lo mismo como 'pelota' 'enredo', 'reyerta', 'reunión espontánea de

<sup>20</sup> Este documento está reimpresso en Silva Herzog (1960: 133-142).

personas', o 'mentira'. El término, que previamente había sido usado como sinónimo de *cuartelazo* durante el siglo diecinueve, conlleva la idea de que la Revolución Mexicana fue una revuelta desordenada sin coherencia ideológica ni propósito unificado. En 1887, el novelista y teórico político Emilio Rabasa (1988: 238) proféticamente contrastó los conceptos de 'revolución' y 'bola' en los siguientes términos:

La revolución se desenvuelve sobre la idea, convuelve a las naciones, modifica una institución y necesita ciudadanos; *la bola* no exige principios ni los tiene jamás, nace y muere en corto espacio material y moral, y necesita ignorantes [...] la revolución es hija del progreso del mundo, y ley ineludible de la humanidad; *la bola* es hija de la ignorancia y castigo inevitable de los pueblo atrasados.

En este sentido, Ramón Eduardo Ruiz (1984) sugiere acertadamente que entre 1905 y 1924 México no atravesó una Revolución sino una cataclísmica rebelión que básicamente consistió en feroces riñas entre facciones. Cada facción definió la revolución de acuerdo con las necesidades de su propia estrategia inmediata. Esto significa que el único uso crítico que admitía el término 'revolución' era fundamentalmente *posicional*. En *La Fiesta de las Balas*, por ejemplo, Fierro se autocalifica como 'revolucionario' y atribuye a los *colorados* la calidad de 'traidores'. La perspectiva de los *colorados* es simétricamente opuesta: ellos se percibían como los 'revolucionarios', mientras que Villa, Fierro y las tropas a sus órdenes eran los 'traidores'. Quizás nadie ha expresado el vacío conceptual que subyace a la revolución mexicana con la elocuencia involuntaria desplegada por Luis Cabrera, un abogado maderista que la definió en simples términos tautológicos: '*La Revolución es la Revolución*' (Cabrera, 1994: 45-65).

Lawrence percibió la indecidibilidad semántica (e ideológica) de la Revolución Mexicana como una condición favorable a la instauración de un régimen autoritario cuyo desarrollo inicial noveló a través del retorno sangriento de los dioses aztecas. La historia lo convirtió, a la postre, en un profeta bastante acertado. El desarrollo político y jurídico de México a lo largo del siglo XX está íntimamente vinculado con la indecidibilidad del término 'revolución'. En 1929, Plutarco Elías Calles auspició junto con los caudillos sobrevivientes la fundación del *Partido Nacional Revolucionario* (PNR), posteriormente conocido como *Partido Revolucionario Institucional* (PRI). Giovanni Sartori caracterizó a México bajo el PRI como un caso de partido pragmático y hegemónico, esto es, un régimen de partido único en el que los partidos menores existen pero no ejercen influencia alguna en las decisiones públicas, mientras que el partido mayoritario mantiene su posición dominante mediante el despliegue de estrategias prácticas y operativas antes que ideológicas (Sartori, 1976: 232-234). Las piezas claves de este sistema político era básicamente dos: el PRI y el presidente, quien asumió el rol de liderazgo que en el periodo revolucionario estuvo fragmentado entre los caudillos. De este modo, un partido dirigía todo y un hombre dirigía al partido.

El PRI no monopolizó exclusivamente el gobierno, sino también la *interpretación* de la Constitución durante setenta y un años. La Constitución Mexicana de 1917 sirvió como el principal canal para la *operatividad jurídica* de la revolución mexicana (Cossío, 2001: 101). La Constitución, por consiguiente, no fue concebida en términos funcionales. Antes bien, se le consideraba la expresión sustantiva de los 'ideales' revolucionarios. En vista de que tales 'ideales' continúan indefinidos al día de hoy, la Constitución fue repetidamente reformada de acuerdo a las preferencias políticas y las necesidades estratégicas del presidente. Las contradicciones entre estas reformas fueron soslayadas con el argumento de que sólo estaban expresando la adaptación de los supuestamente nunca cambiantes

‘ideales’ revolucionarios a los nuevos tiempos (Cossío, 2001: 102). De esta forma, desde 1929 hasta el año 2000 –cuando el candidato presidencial del PRI fue derrotado por primera vez en la historia por el candidato del conservador Partido Acción Nacional (PAN)–, la Constitución fue reformada en ciento cuarenta y dos ocasiones, mientras que la revolución mexicana fue definida sucesivamente como socialista, nacionalista, liberal o *social-liberal* (cualquiera que sea el significado de esta expresión), entre muchas otras caracterizaciones<sup>21</sup>.

La opción por la indecidibilidad y la ‘prueba y error’ como metodologías jurídicas que Manderson defiende, por lo tanto, puede presentar diferencias significativas según los contextos en los que pretenda aplicarse. El deseo de trascendencia de Kangaroo es asaz diferente de la pragmática avaricia de poder que motiva a Cipriano/Huitzilopochtli. Cuando Manderson asienta que *no hay nada tan hermoso [...] como un juez que cambia de opinión y lo admite* (Manderson, 2012a: 171), me parece que no ha imaginado la posibilidad de jueces –o cualquier otro funcionario público– que, por ejemplo, redefinan el término ‘democracia’ con el fin de perseguir a aquellos que hacen expresión pública de sus creencias religiosas<sup>22</sup>. En este caso, el ‘error’ subvertiría totalmente a ‘la prueba’: un auténtico lugar común mexicano que fascinó y horrorizó a Lawrence.

La transparencia discursiva no es una condición suficiente para establecer los cimientos del Estado de Derecho. Aunque Manderson acertadamente apunta que los discursos críticos del modelo positivista de Estado de Derecho –tal es el caso, entre otros, de la deconstrucción, el feminismo y el post-colonialismo– han evidenciado que el reconocimiento de ‘un núcleo duro de significado (jurídico)’ (Hart, 1957: 614) no representa sino una ficción y un fetiche (jurídico), cabe reconocer por otra parte que dicho núcleo duro de significado objetivo es, aún en los tiempos que corren, una ficción *necesaria* y un fetiche (jurídico) *conveniente* en el caso de que alguien resulte forzado a enfrentar en una *corte serpentina* las pretensiones de ilimitada y divina soberanía de los antiguos dioses aztecas. Podemos concluir entonces, parafraseando a Jürgen Habermas (1981), que el positivismo jurídico constituye actualmente un *proyecto histórico inconcluso*. La pertinencia del positivismo debe definirse, entre otros factores a considerar, con referencia a contextos específicos que son determinados conjuntamente por las instituciones y los sistemas sociales, los agentes políticos, y el arte y las formas simbólicas en general.

284

## 5. Epílogo: Las crisis de la modernidad

El contexto lo es *todo* en el ámbito de la teoría jurídica crítica. No podemos perder de vista que un Estado de Derecho *positivista* constituye una condición *sine qua non* para la construcción teórica del Estado de Derecho post-positivista que Manderson pretende. Las tesis adelantadas por Manderson en el ámbito del derecho y la literatura son, sin embargo, una contribución muy valiosa a la urgente tarea de repensar el Estado de Derecho. El contraste entre los modelos iusfilosóficos *australiano* y *mexicano* que Lawrence desarrolla a través de la práctica de la literatura simplemente introduce un pequeño matiz en la teoría de Manderson: la modernidad no es única y sus crisis son plurales. Bajo esta óptica consciente de los peligros que entraña el eurocentrismo, las *modernidades* llevan múltiples metanarrativas que compiten y se sitúan en diferentes contextualizaciones que, a su vez, resultan en múltiples crisis legales. Estas variedades de narrativas, contextos y

<sup>21</sup> Desde 1917 hasta 2013, la Constitución ha sido reformada en doscientas seis ocasiones. Una lista actualizada de las reformas puede ser consultada en línea en Cámara de Diputados 2013.

<sup>22</sup> En 1926, el presidente Calles reformó el Código Penal con el fin de criminalizar la expresión pública del culto católico.

crisis no sólo coexisten y se cuestionan entre ellas, sino que están entrelazadas de varias maneras<sup>23</sup>. *Kangaroo* y *The Plumed Serpent*, por ende, deletrean no sólo la finitud de los horizontes que enmarcan nuestro entendimiento del mundo y de nosotros mismos, sino también la conectividad potencial entre diferentes modernidades y sus formas contextuales de discurso, movimientos, conflictos e instituciones.

## Bibliografía

ABRAMS, M.H. (1971), *Natural Supernaturalism: Tradition and Revolution in Romantic Literature*, W.W. Norton, Nueva York.

ADORNO, T. y HORKHEIMER, M. (1998[1944]), *Dialektik der Aufklärung. Philosophische fragmente*, en ADORNO, T., *Gesammelte Schriften III*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

AGUILAR CAMÍN, H. y MEYER, L. (1991), *A la sombra de la revolución mexicana: Un ensayo de historia contemporánea de México, 1910-1989*, Cal y Arena, México.

ARENDT, H. (2006[1863]), *On Revolution*, Penguin, Nueva York.

BAKHTHTIN, M. (1981[1975]), *The Dialogic Imagination: Four Essays*, University of Texas Press, Austin.

BENJAMIN, W. (1991[1921]), “Zur Kritik der Gewalt”, en BENJAMIN, W., *Gesammelte Schriften II-1*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

BERLIN, I. (1999), *The Roots of Romanticism*, Princeton University Press, Princeton.

BERMAN, M. (1988[1982]), *All that is Solid Melts into Air: The Experience of Modernity*, Penguin, Nueva York y Londres.

CABRERA, L. (1994[1911]), “La Revolución es la Revolución”, *Revolución e historia en la obra de Luis Cabrera*, Fondo de Cultura Económica, México.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2013), *Reformas constitucionales en orden cronológico*. Disponible en línea: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm). Revisado el 23 de marzo de 2013.

CASTRO LEAL, A. (1942), “El México de David Herbert Lawrence”, *Cuadernos Americanos*, Vol.1, Núm. 4, pp. 181-196.

CLARK, L.D. (1964), *Dark Night of the Body: D. H. Lawrence's 'The plumed serpent'*, University of Texas Press, Austin.

COSSÍO, J.R. (2001), *Cambio social y cambio jurídico*, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Miguel Angel Porrúa, México.

DERRIDA, J. (1990), “Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”, *Cardozo Law Review*, Vol. 11, Núm. 5 y 6, pp. 920-1045.

DERRIDA, J. (2008), *La bête et le souverain I, 2001-2002*, Galilée, París.

EGGERT, P. (1999), “C. S. Pierce, D. H. Lawrence and Representation: Artistic Forms and Polarities”, *D. H. Lawrence Review*, Vol. 28, Núms. 1 y 2, pp. 97-113.

FJÄGESUND, P. (1991), *The Apocalyptic World of D.H. Lawrence*, Norwegian University Press, Oslo.

FOUCAULT, M. (1994[1984]), “Qu'est-ce que les Lumières?”, en FOUCAULT, M., *Dits et écrits 1954-1988*, Gallimard, París.

FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.

GOODRICH, P. (1986), “Law and Modernity”, *Modern Law Review*, Vol. 49, Núm. 5, pp. 545-559.

GUTTMANN, A. (1964), “D. H. Lawrence: The Politics of Irrationality”, *Wisconsin Studies in Contemporary Literature*, Vol. 5, Núm. 2, pp. 151-163.

<sup>23</sup> Véase Therborn (2003).

GUZMÁN, M.L. (2010[1928]), *El águila y la serpiente*, en GUZMÁN, M.L., *Obras Completas I*. Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México.

HABERMAS, J. (1981), "Die Moderne – ein unvollendetes Projekt", en HABERMAS, J., *Kleine Politische Schriften I-IV*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HART, H.L.A. (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, Núm. 4, pp. 593–629.

HYDE, V. Y CLARK, L.D. (1993-1994), "The Sense of an Ending in *The Plumed Serpent*", *D. H. Lawrence Review*, Vol. 25, Núm. 1-3, pp. 140-148.

JOYCE, J. (2000[1922]), *Ulysses*, Penguin, Londres y Nueva York.

KAFKA, F. (1966[1919]), *Letter to his Father. Brief an den Vater*, Schocken Books, Nueva York.

KANT, I. (1967[1784]), *Was ist Aufklärung?: Aufsätze zur Geschichte und Philosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

KATZ, F. (1998), *The Life and Times of Pancho Villa*, Stanford University Press, Stanford.

LACEY, N. (2008), *Women, Crime, and Character: from Moll Flanders to Tess of the D'Urbervilles*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.

LAWRENCE, D.H. (1922), *Aaron's Rod*, Thomas Seltzer, Nueva York.

LAWRENCE, D.H. (1923), *Kangaroo*, Thomas Seltzer, Nueva York.

LAWRENCE, D.H. (2009[1926]), *The Plumed Serpent*, Wordsworth Classics, Londres.

LAWRENCE, D.H. (1987), *The Letters of D.H. Lawrence IV: June 1921-March 1924*, Cambridge University Press, Cambridge.

LAWRENCE, D.H. (1989), *The Letters of D.H. Lawrence V: March 1924-March 1927*, Cambridge University Press, Cambridge.

LAWRENCE, D.H. (1991), *The Letters of D.H. Lawrence VI: March 1927-November 1928*, Cambridge University Press, Cambridge.

LAWRENCE, D.H. (1985), *Study of Thomas Hardy and Other Essays*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York.

LAWRENCE, D.H. (1995), *Quetzalcoatl: The Early Version of The Plumed Serpent*, Black Swan Books, Redding.

MADERO, F.I. (2000), *Obras completas VI: Cuadernos espíritas, 1900-1908*, Clío, México.

MANDERSON, D. (2011), "Modernism and the Critique of Law and Literature", *Australian Feminist Law Journal*, Núm. 35, pp. 107-125.

MANDERSON, D. (2012), "Between the Nihilism of the Young and the Positivism of the Old – Justice and the Novel in D.H. Lawrence", *Law and the Humanities*, Vol. 6, Núm. 1, pp. 1-23.

MANDERSON, D. (2012a), *Kangaroo Courts and the Rule of Law: The Legacy of Modernism*, Routledge, Londres y Nueva York.

MANDERSON, D. (2012b), "Mikhail Bakhtin and the Field of Law and Literature", *Journal of Law, Culture and the Humanities*, Núm. 8, pp. 1-22.

MANDERSON, D. (2012c), "Modernism, Polarity, and the Rule of Law", *Yale Journal of Law and Humanities*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 475-505.

MEYERS, J. (1974), "The Plumed Serpent" and the Mexican Revolution", *Journal of Modern Literature*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 55-72.

MEYER, J. (1975), *La Christiade: L'Église, l'État et le peuple dans la révolution mexicaine (1926-1929)*, Payot, París.

MILLET, K. (1979), *Sexual Politics*, Doubleday, Nueva York.

NUSSBAUM, M. (1995), *Poetic Justice: The Literary Imagination and the Public Life*, Beacon Press, Boston.

NIETZSCHE, F. (2002[1886]), *Beyond Good and Evil: Prelude to a Philosophy of the Future*, Cambridge University Press, Cambridge.

ODIO, A. (1999), "Lawrence among the Mexicans", en LIDA, T. (ed.), *The Reception of D. H. Lawrence around the World*, Kyushu University Press, Fukoka.

ORTIZ DE MONTELLANO, B. (1934), "México en 'La Serpiente Emplumada'", *El libro y el pueblo*, Vol. 12, Núm. 4, pp. 180-183.

ORWELL, G. (1968[1940]), "Inside the Whale", en ORWELL, G., *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell I: An Age Like This: 1920-1940*, Harcourt, Nueva York.

PAZ, O. (1994[1950]), *El laberinto de la soledad*, en PAZ, O., *Obras Completas VIII: El peregrino en su patria: Historia y política de México*, Círculo de Lectores y Fondo de Cultura Económica.

PAZ, O. (1976[1966]), "Poesía en movimiento", en PAZ, O. et al. (eds.), *Poesía en movimiento: México 1915-1966*, Siglo XXI Editores, México.

PAZ, O. (2003[1990]), *Pequeña crónica de grandes días*, Fondo de Cultura Económica, México.

PAZ, O. (1991), "La búsqueda del presente", *Vuelta*, Vol. XV, Núm. 170, pp. 10-14.

PLASCENCIA, DE LA PARRA, E. (1998), *Personajes y escenarios de la rebelión Delahuertista 1923-1924*, Miguel Ángel Porrúa e Instituto de Investigaciones Históricas, México.

POSNER, R. (1986), "The Ethical Significance of Free Choice", Vol. 99, Núm. 7, *Harvard Law Review*, pp. 1431-1448.

RABASA, E. (1888[1887]), *La bola*, Tipografía de O. R. Spíndola y Compañía, México.

RAZ, J. (1977), "The Rule of Law and its Virtue", *The Law Quarterly Review*, Vol. 93, pp. 195-211.

RUIZ, R.E. (1984), *México: La gran rebelión, 1905-1924*, Era, México.

SARTORI, G. (1976), *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge.

SCHMITT, C. (1985[1922]), *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, MIT Press, Cambridge.

SICKER, J. (1992), "Lawrence's Auto da fe: The Grand Inquisitor in *The Plumed Serpent*", Vol. 29, Núm. 4, *Comparative Literature Studies*, pp. 417-440.

SILVA HERZOG, J. (1960), *Historia de la Revolución Mexicana I: Los antecedentes y la etapa maderista*, Fondo de Cultura Económica, México.

SILVA HERZOG, J. (1960a), *Historia de la Revolución Mexicana II: La etapa constitucionalista y la lucha de facciones*, Fondo de Cultura Económica, México.

SMITH, J. (2002), "Völkisch Organicism and the Use of Primitivism in Lawrence's *The Plumed Serpent*", *D. H. Lawrence Review*, Vol. 30, Núm. 3, pp. 7-24.

SOUSA SANTOS, B. (1995), *Toward a New Commonsense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York.

TABLADA, J.J. (2003[1924]), *Obras VII: La resurrección de los ídolos: Novela americana inédita*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

TABLADA, J.J. (1992), *Obras IV: Diario (1900-1944)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

TALMON, J.L. (1960), *Political Messianism: the Romantic Phase*, Secker & Warburg, Londres.

ATHERTON, G. (2003), "Entangled Modernities", *European Journal of Social Theory*, Vol. 6, Núm. 3, pp. 293-305.

VICKERY, J. (1972), "The Plumed Serpent' and the Reviving God", *Journal of Modern Literature*, Vol. 2, Núm. 4, pp. 505-532.

VILLIERS, B. (1930), "D. H. Lawrence in Mexico", *Southwest Review*, Vol. 15, Núm. 4, pp. 425-433.

WARD, I. (2003), *Justice, Humanity and the New World Order*, Ashgate, Aldershot y Burlington.

WEST, R. (1985), "Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner", *Harvard Law Review*, Vol. 99, Núm. 2, pp. 384-428.

WEST, R. (1986), "Submission, Choice and Ethics: A Rejoinder to Judge Posner", *Harvard Law Review*, Vol. 99, Núm. 7, pp. 1449-1456.

WILLIAMS, M. (2005), *Secrets and Laws: Collected Essays in Law, Lives, and Literature*, UCL Press, Londres.

WOOLF, V. (2005[1927]), *Mrs. Dalloway*, Harcourt, Orlando.

WORLD ECONOMIC FORUM (2012), *Global Risks 2012: Insight Report*, World Economic Forum, Ginebra.

ZORAIDA VÁZQUEZ, J. (1989), "Antes y después de la Revolución Mexicana", *Revista Iberoamericana*, Vol. LV, Núm. 148 y 149, pp. 693-713.

R  
I  
N  
C  
O  
N

## Recensión

### ***Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism***

**Desmond Manderson,**  
**(2012) Routledge, Abingdon, 160 pp.**

**Iker Nabaskues**

*Basque Country University, San Sebastián*  
[iker.navascues@ehu.es](mailto:iker.navascues@ehu.es)

289

---

Desmond Manderson's brilliant work, *Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism* is a thorough, perceptive and deep critique of the *Law and Literature* movement. It provides us with many issues for discussion and it is a source for a healthy debate and intellectual exchange of philosophical arguments. I will develop in my review the five most striking aspects I found in Manderson's interesting work:

1. Critique of *Law and Literature*
2. Criticism of the justice of the outlaw
3. Criticism of the link between objectivity and modernism
4. Novel and Morals
5. Justice, Polarity and contradiction

#### **1. Critique of *Law and Literature***

Manderson points out a "Concentration on message and substance, a salvific belief in the capacity of literature to cure law (Chapter 2). The contribution of literature to the collective imagination is linked (among others) with the essence of literature; fantasy, an essential aspect to literature itself. First of all, Literature, as specific art, follows its own rules. In this sense, fantasy and imagination are the first inherently literary virtues of Literature. Vladimir Nabokov (1982), a modernist author, affirmed that every literary work, apart from narrative itself, must include other features as "charm" and "morality".

Manderson claims that *the idea that art can complete the law is a romantic fantasy* (Chapter 2). Literature complements the legal view from its own rationality. The question is *how can it serve the Rule of Law*. In any case, it must be pointed out that this complementation must be done only without denying the proper essence of literature itself. In his approach, Manderson claims that *Literature is a site of questions not of answers. Justice might be reconfigured not as an object of closure but a process, and experience and an opening* (Chapter 2). Literature could be a site

of questioning of different things... as well as a place where the reader finds the answers to questions he or she has in his mind. The limitation of literature only to the former could imply maybe the reduction of any literary work's virtues.

It is true that literary work as Manderson suggests, it must not necessarily affirm the end point of the question. It could be a starting point and a questioning of why things are the way they are. But a literary work can also fully illuminate different aspects linked to the Rule of Law. As Tolkien said, literary work can be a *subcreation*, where the author is able to create parallel worlds of enormous wealth. The field of vision can be expanded through imagination, there is a way for the widening of the subjectivity and therefore of perceptions of Justice and law that could be brought to real life. As Colin Wilson (1975) suggests, the literary work has through the imagination, the ability to extend the "angle of the camera which means the mind".

To despise the Platonic dimension of life, a tradition that goes back to Homer, with its implicit symbolic world could be an error. Whether the platonic "hidden or symbolic world" is objective or a mere human projection, is something we are not interested in now, since we are only considering the existence of this idealistic dimension of the human being and its enormous potential through literature. The radical denial of that "platonic world" corresponds to the rooting of an *episteme* linked to a reductionist idea of reason, the Cartesian reason that identifies the "being" with "thinking". However, other philosophers of reason as David Hume or Adam Smith defended the relevance of the imagination and empathy as inherent parts to rational analysis. Smith's theory of the "*impartial spectator*" describes an entity that observes the mind from outside and is able to imagine the thinking body as observed, denying the Cartesian equivalence between "being" and "thought". This vision or imagination operation avoids the identification of the self with thought, saving him from the alienation or the false consciousness. Consequently, the literary work will be a "closing" or "opening" space, it depends on the circumstance and the valuation carried out by the impartial spectator that the reader has created through his imagination. Therefore this valuation would be unpredictable from a prior rational opinion.

## 2. Criticism of Outlaw justice

In his approach about *Outlaw Justice* represented in heroes like Superman or the characters of the Wild West, the author says that "*The dream of a unique decision-maker responding only to the immediate problem (...) is deeply rooted in the Western tradition by the image of Christ*" (Chapter 3). It is very common in American popular culture, the appearance of comic's superhero (*Superman, Batman, Thor, Flash*, among many others...), that have in common some supernatural powers superior to ordinary human capabilities, such as throwing energy beams, flying, superhuman strength, invulnerability, telepathy, telekinesis, etc. I agree with Manderson when he links this artistic representation to Christianity. I differ however, on the bias the author attributes to the Justice of the superhero and that his religious, platonic or romantic origin necessarily excludes a modern dimension of the idea of Justice.

The hero who represents an outlaw Justice does not represent the dream of substituting society in decision-making on justice. Neither does the hero distrust the democratic institutions as a way of applying justice. If we would thoroughly analyse many of them, we could see that they possess a secret identity (a double identity or *alter ego*), a civil identity, pretending to be ordinary people, and a superhero one, as in the case of Clark Kent (*Superman*) or Peter Parker (*Spiderman*). This implies their

incarnation in ordinary people. Their representation in the story is not that of a character linked to an idea of absolute power in the terms in which Tolkien characterized the *Dark Lord Sauron*, the will to power and to subdue the world under a single command, representation in short of 20th century's totalitarianisms.

Paradoxically the essential feature of the superheroes is that they should arrive on the back of their strength, which is the humility of knowing that his power does not belong to them and that they have it only for some purpose: to defend the weak or even the democratic system itself from the attacks of his enemies, as recently showed in the film maker Christopher Nolan with his last trilogy on Batman. It is true as Manderson says, that it is a struggle on the fringes of the law, but only to defend the same principles defended by the law. This disinterested fight in the defence of the weak is always placed under a structure of moral values like generosity, sacrifice, self-control, or piety. This archetype, recently renewed by Christopher Nolan onto a postmodern society context is really rich.

In any case, the danger that the superhero could become "decision-maker" of the lives of others is from this approach, a danger to discard. The superhero does not change the political or legal structure; there is no political ambition under his actions. Far from it, as Christopher Nolan's Batman (*The Dark Knight*, 2008), bears with the blame of politicians in a conscious way, and makes it so that the democratic system can survive, not to legitimize himself for the replacement of a corrupt political class. Nolan places the superhero in the political conditions of crisis of values of a postmodernist society although it does not correspond to the subject of this debate.

The outlaw doesn't try to build an intellectually coherent system for society, he only show us the virtues represented by his character. Comic stories as well as films stress the story of the character of the hero, they do not highlight his philosophical conclusions. As an example of this we could take the unforgettable "*The man who shot Liberty Valance (1962)*" that displays the dialectical tension between the law and the outlaw and the strengths and weaknesses inherent to a hero of flesh and blood in a prodigious way, and represents a useful art work to understand the history of the United States.

This Outlaw Justice is far above the manichean scheme that is often attributed frequently from different academic approaches: it designates a platonic, aesthetic and symbolic truth of the human being that deploys its effects beyond the consequences of written law. From this symbolic and narrative perspective, this Outlaw Justice comes to us through the springs of sensitivity, the door that the *episteme* develops. Paradoxically the superhero does not dictate us unique or simplistic solutions to complex problems, just as a "Saviour of democracy" would do (this is not Batman's function but Joker's), but to show us in a platonic way our responsibility towards the values as human beings.

### 3. Criticism of the link between objectivity and modernist writers

Manderson considers that: "*The Great War destroyed literature's over confident regard for its universality and objectivity.* (*Ulysses*, *The Wasteland*). *Dickens, Tolstoy, Balzac...art too objective, altogether too omniscient for that; whatever failings they explore are their characters, not their own.* (...) *Kangaroo is an attempt to engage with literary, political and psychological modernism*" (Chapter 3). Writers such as Dickens or Balzac belong to modernity also and it could be arguable that they did not understand the modern world in the same way as James Joyce or T.S. Eliot did. Eliot (1932) cites in one of his essays the triple Aristotelian Unity that any novel or play should have (unit of time, situation and place) and the ending own

monologue of Joyce's *Ulysses* is rooted, as the modernist critic Wyndham Lewis points out, in the transcript of the inner dialogues of *Jingle* (one of the main characters of the novel) in Charles Dickens's *The Picwick Papers* masterpiece.

It is true that Eliot's and Joyce's novels as Manderson points out, imply a leap forward in representing a fractured conscience, but their literary works represent at the same time both reality of continuity and rupture, quality also shown in Fiodor Dostoevski (contemporary to Dickens, Balzac or Tolstoy), the modern master in the representation of the divided human being, the consequences of nihilism on the character and the effect of anxiety derived from the lack of answers to the big questions of the human being.

Manderson points out that *The Wasteland* and *Ulysses* marked a break with literary tradition...*Kangaroo* is in this way (Chapter 4). As I said above both novels marked a forward leap but it is a leap as a result of a natural literary evolution in the framework of an artistic tradition. In this sense, the novels represent rupture and continuity at the same time. Literary movements are the result of the evolution of a tradition as consequence of processes of social change, which does not necessarily imply a negation to the core elements of those traditions. It is clear as Manderson expresses that these authors broke with the past and renewed the value of literature in a different social context, but this break did not imply that they ignored the permanent characteristics that any literary work must have.

In relation to literary work in a modern context Manderson says that *Style is the soul of the work, as show the modernists (...) One of modernism's distinctive features was its rejection of the focus on plot and its pursuit instead of what one might call the eternal recurrence of play and form and the priority of voice over event*" (Chapter 2). Manderson separates plot and style, but we could consider that style and plot are two aspects of the same unit. The author narrates some facts, and not others, as a result of his own subjectivity, and he carries out his work with his personal style. The act of writing is an empirical operation and to separate the written event from author's style represents an idealistic dissociation that could be a projection of the mind. As Robert Louis Stevenson (1881) pointed out: *The best that can be offered by the best writer of prose is to show us the development of the idea and the stylistic pattern proceed hand in hand*.

292

From his approach Manderson says: *As a novelist Lawrence is a psychoanalyst (...) Defoe and Fielding has always set psychology against philosophy or history and this opposition forms part of the distinct register of truth it has??? claimed* (Chapter 4). The modern world is also present in an author prior to Lawrence as Dostoevski, who represents a canon of psychological novel as Freud or Nietzsche recognized. Again we must highlight that action and character (psychology) are two parts of the same unit. One of the leading representatives of this assertion is Daniel Defoe, who developed through his novels the political and epistemological program of the politician and scientist John Locke. On this framework, the psychological descriptions are not necessary in the story since the characters express themselves psychologically and morally through the event they face. When the characters act, they are manifesting their character and in that way we get to know them. The stroke, the gesture, the movement of the character describes him or her psychologically. The psychological features are distilled from actions taken in the story.

This is an aesthetic approach with roots in the Enlightenment and developed by Adam Smith (1762) in his classes on Art and Literature, whereby the description of particular facts is the essential part of a narration in which the characters are

reflected. This interpretive scheme would be years later studied and especially esteemed deeply by thinkers such as Gilles Deleuze (1977) developing the importance of the epistemology of the Anglo-American novel, or writers such as Jorge Luis Borges who developed a theory about the smithian scheme on Robert Louis Stevenson's works (Balderstone: 1985).

#### 4. Novel and morals

Manderson dissents about the conflictive relation between novel and morals: *The novel is the greatest instrument of relativity* (Chapter 7) or *To reduce literature to a moral lesson is a failure, literature is a journey, an activity and a process. Literature is a mode of doing justice* (Chapter 2). The Novel could be an instrument of relativity as Manderson expresses but also of completeness. It is true that novels question reality but they complete it at the same time. As mentioned before, literature can be a journey as well as a result. Morality is an intrinsic part of the literary work, insofar as it is always connected to a subjectivity expressed in relation to some values, whatever they are. The dissociation of moral and narrative may be the result of the thinking that while you do not want to link a literary work to any given moral code (which is a completely acceptable question), you might as well want to link it to a given moral code (and this is an equally acceptable thing to do). But it is hardly acceptable from a rational point to hold that literary work could be carried out in absolute disregard of any moral code (whatever this code should be).

Morality is inseparable from the action because the event, a core part of the plot, is the support in which moral action is reflected. Scottish enlightened philosophers as David Hume, Adam Smith and Dugald Stewart defended precisely the narrative as a suitable support for epistemological and moral theorizing analysis. As Manderson expresses, it is true that the novel should not be limited to a moral lesson: *A novel is not a moral treatise like Martha Nussbaum points out in Poetic Justice. Lawrence's novel does not tell us what he thought about politics and justice; it shows us what he learnt about them* (Chapter 8). But when characters act and as they act, they are being defined morally, whether they want to or not; that is why morality is inextricably linked to character. Hence Justice is genealogically linked to morals, it cannot be otherwise. Robert Louis Stevenson (1881) expresses the union between narrative and morals when he says: *The body of contemporary literature touches in the minds of men the springs of thought and kindness, and supports them on their way to what is true and right.*

#### 5. Justice, Polarity, contradiction and deconstruction

Manderson says: *Human experience is maintained and nurtured by contradiction. Lawrence rejected the synthetic urge of the romantics, the dialectic dream of progress and inclusion (...) Conflict for Lawrence was productive but interminable* (Chapter 8). I partly agree with Manderson when he says that conflict is endless, but this does not imply that human beings cannot place the value of Justice above the process itself. A very important part of the process that Manderson mentions is to be able to achieve Justice with resolution despite that "partiality" of the process. Our consciousness expands with the historical evolution.

The author defends a perspective of polarity in Lawrence when he claims that *[t]his notion of polarity is a rejection of unity* (Chapter 8). Dissociation is not from my point of view, a necessary condition (choice) of polarity, but unity of opposites. Again, the duality arises from the unity. The polarity is not a denial of the unity. There is a unity of opposites, but there is unity.

We have a paradox in this reasoning. Eventhough such a duality (polarity) described by Manderson does not have to involve a final choice, it still needs a consistent and regular decision, which is also precarious (when a judge takes a judicial decision, he or she is "doing justice" like it or not). As Manderson says: *We cannot choose between the constitutive opposites that tug at us, but neither can we find a balance, a mean, or a dialectical synthesis between them* (Chapter 8). We cannot make a synthesis, but we must make a choice to achieve Justice. Justice is not a synthesis, it is a decision, it implies taking a stance, deciding on a particular issue.

Finally, Manderson reclaims Derrida's concept of *difference*: *The movement of deconstruction, the movement of différence destabilises both terms of an opposition without our ever being able to abandon or resolve either one* (Chapter 8). We could object to this argument by saying that the exercise of deconstruction is not a thought apart from reality (obviously). Deconstruction does not "observe" reality, deconstruction "resolves" into reality. What is deconstruction's resolution? Not to resolve. And by not resolving, it resolves, it is also positioned in an orientation to Justice. The resolution of deconstruction in the framework of Rule of Law is a "no resolving" answer.

Manderson develops this idea of polarity: *Polarity recognises the tension between our legal and interpretative goals rather than giving us a way to trump them. It is not a circuit-breaker: it is, as Lawrence showed so beautifully, a circuit maker (...). The value of the rule of law, therefore, does not lie in the decision itself, which is of necessity unsettled and partial, but in the doubt and the challenge that comes before it and the public discourse of reason-giving and argument that comes after it.* "What is important for the rule of law is the endless polarity that forces us to keep deciding. Conversation is the soul of justice. And finally: *The notion of justice-beyond-the-rules is not a new foundation or a perfected authority, but quite the opposite. And justice is that which is never satisfied* (Chapter 8).

294

The Derridian focus derives from Althusser's poststructuralist approach in which ideology is considered *ahistorical* and like the Freudian unconscious, it is eternal. For Althusser, this is not a way to false consciousness but rather a normal relationship of individuals with society. The ideology is the imaginary relationship (it happens in the mind) of the subjects with their social relations. The poststructuralist approach is a specific approach. We could even see on it some similarities to the Platonic framework. If we would consider the novel as *the greatest instrument of relativity* (chapter 7) we must relativize every link of narrative with any ideological approach, including the poststructuralist one, as the author does in relation to New Romanticism or Positivism. So we could fall into the same mistake of linking narrative to a specific intellectual approach and linking narrative not to relativization but to ideological certainty.

Derrida's statement (*justice is that which is never satisfied*) may be true if we would consider "Justice" as the outcome of an operation of subordination to a series of rational precepts. I agree with Manderson when he says that deconstruction can be an act of Justice. But it could only be in a given situation. To defend that justice must be the product of a deconstruction process of a system of laws could imply that Justice is the consequence of a mere procedural operation. But experience shows us that Justice is a more complex issue than the mere application of a rational-intellectual resource such as deconstruction. According to Derrida, Justice demands an answer but we cannot reach it. This may be incompatible with Justice since this must always be applied. Reality denies somehow Derrida's claim, since it shows us that there are legal decisions that respond to Justice (There are fair judgments as

well as unfair). This is an inexorable reality. And whoever applies justice is always destined to take a stand. Justice has an irreversible character.

The author defends the application of this rational framework to the field of *Law and Literature*. It is obvious that Literature provides some virtues to law. And to reach them we must respect the own features of Literature as fantasy, imagination as well as the Platonic and Aristotelian tradition, which is in the root of our Western civilization. The extension of deconstruction to the field of "Justice" could suppose the danger of boosting the "moral loop" in which the postmodern society is involved. More and more people reaffirm an "autonomous morals", even closed to reason, as something immutable. In this scheme, reason is denatured since the link of reason with values as "good", "truth" of "Justice" is denied. The problem of the Derridian framework might be that it could help to reproduce that postmodern "moral loop". A postmodern ethical scheme where *doxa* (opinion) is the new-age Goddess who dispenses with the *episteme* (knowledge) and the *arete* (truth).

To treat values in the context of the postmodern and individualistic society forces us to uncover some of its inconsistencies, in which too often many people "pray to the God of Relativism". "The Nietzschean tradition uses the strategy of denying the concept of the "Christian" or "Platonic" good to reaffirm his own version of good, confusing the different incarnations, individual and social good with historical development" which is change, but also, permanence and continuity as we have mentioned before. Values, like other aspects of human life, are in permanent struggle, and with the application of deconstruction to the world of values we run the risk of reducing the value of "values". *If we weaken the value of the value, we give way to strength some other values which claimed the force that we deny to the former* (Lizarralde, 2013). Literature is primarily source and nurture of vitality through the imagination. We should not renounce it in relation to values.

## Bibliographical References

BALDERSTONE, D. (1985), *El precursor velado: Robert Louis Stevenson en la obra de Borges*, Sudamericana, Buenos Aires.

DELEUZE, G. y PARNET, C. (1977), *Dialogues*, Columbia University Press, New York.

ELIOT, T.S. (1932), *Selected Essays, 1917-1933*, Faber, London.

LIZARRALDE, I. (2013), *Origen, conciencia y verdad en la genealogía de la moral de Nietzsche*. Forthcoming.

NABOKOV, V. (1982), *Lectures on Literature*, Harcourt Brace, San Diego.

SMITH, A. (1762), *Lectures on rhetoric and belle letters, 1752-1764*, Bryce, Glasgow.

STEVENSON, R.L. (1881), "On some technical elements of style in literature", *Essays in the Art of Writing*, Chatto, London.

STEVENSON, R.L. (1881), "The morality of the profession of letters", *Essays in the Art of Writing*, Chatto, London.

WILSON, C. (1975), *The Craft of the novel*, Gollancz, London.

## Respuesta a Luis Gómez Romero e Iker Nabaskues

### ***Kangaroo Courts and The Rule of Law. The Legacy of Modernism***

**Desmond Manderson,**  
**(2012) Routledge, Abingdon, 160 pp.**

**Desmond Manderson**

*Australian National University*

[desmond.manderson@anu.edu.au](mailto:desmond.manderson@anu.edu.au)

#### *Tie that bind*

I have been asked to write a few words in reply to the review essays which appear in this volume in response to *Kangaroo Courts and the rule of law – the legacy of modernism*. It is more than appropriate; it is a privilege to have critics; any critics, to be honest, since a hostile reader is infinitely preferable to no reader at all, but especially ones as wise and generous as these. I have learnt more in reading their responses to my work than I am able to summarize here, but I wish to thank them for the honor they have done me in engaging with my book as carefully and as vigorously as they have.

It is more than appropriate, it is a privilege that this commentary should appear in the journal *Eunomia*, that is, a publication devoted not to order or value as such but to ‘good order’, to the question of the relationship that ought to pertain between harmony and order, governance and good governance. These questions have been at the centre of debates about justice and law for thousands of years. Not so very long ago the dispute between HLA Hart and Lon Fuller centred precisely on such questions. Fuller said that the ‘oughtness’ of law implied not just order but ‘good order’; Hart demurred and pointed out that just because law was a structure of obligation did not make it necessarily moral. ‘The baffled poisoner’, he pointed out, might equally say that he ‘ought’ to have given her a second dose. The two legal thinkers divided precisely on the question of law and eunomics.

Many hundreds of years earlier, Ambrogio Lorenzetti’s mural was given pride of place in the Palazzo Pubblico in Siena. The panoramic *Allegory of Good Government*, and its companion piece the *Effects of Good Government*, might be said to be the visual representation of *eunomia*, indeed perhaps even, in its strictest sense, its constitutive moment. Lorenzetti, as long ago as 1339, did not produce a representation of order, diagrams of lines of authority, summaries of rules, or catalogues of principles. On the contrary he portrayed in the most vivid manner a

complex web of relationships in which can be seen and felt a fluid and dynamic harmony, in which the ropes that bind us each to each other are kept in precisely the right balance of tension and release to allow the community to flourish. Lorenzetti's images give us a feeling that the most successful law is a dance, an oscillation, and a rhythm.

Professor Nabaskues is right to rebuke me for positing too crude a distinction between style and plot, form and content. As he says, they are indissolubly connected, and we can see in Lorenzetti, for example, how closely the style and feel, the emotional register of his painting is associated with the political principles he avows. The rhythmic feet of the ensemble seen dancing in the streets of his ideal city are not merely celebrating or ornamenting the Sienese *polis*; they are literally constituting it by their relations, by their feelings, and by their movements. But I cannot help feeling that the difference between Professor Nabaskues and myself, on this point as on most of his remarks, is one of emphasis. There is no difference between form and content, true; but it seems to me that a great deal of law and literature writing in recent years seems almost willfully ignorant of just this point. In the process it has given remarkably short shrift to the affective and stylistic elements of prose writing. In a strange paradoxical twist, literature is too often reduced, by legal writers, to a set of principles to be extracted from the teeth of the text like a *ratio* from a court decision. One of the tasks of *Kangaroo Courts* was to bring to bear a more holistic and less reductive analysis of works of literature.

So too the distinction I make between a way of reading the novel which aims at drawing out its 'moral' and a way of reading the novel which is more pluralistic and dialogic in orientation, is no doubt overdrawn. Professor Nabaskues is right to say that a novel could hardly avoid having *some* connection with morals, both in terms of its characters and its readers. But there is a world of difference between saying that all characters have morals and saying that all novels have 'a moral'. Yet this difference is often ignored by writers in the field. The former may be true; the latter is definitely false. In Lawrence, as I have tried to show, the error is a fatal one. If one looks for the 'moral' in the story, one will consistently miss both the counter-points to which it gives voice, and the overall tension, disagreement, and (as Lawrence puts it) 'polarity' that his books, *Kangaroo* in particular, seek to stage and not resolve. The moral reading of a novel, the sense that it is, as George Eliot put it, a kind of secular sermon, found its apotheosis in nineteenth century realism and in the narrative didacticism of writers like Eliot, Dickens, and Tolstoy. Not, as Bakhtin and Nabaskues point out, in Dostoevsky. The 'modernist movement', I insist, dismantled the moralistic novel though of course never ignoring the moral elements of its discourse or the discourse of its characters. That is not the same thing and it seems to me critical to a reconstruction of the field of law and literature to think about what that moral ambivalence and poly-vocal instability does to the question of justice and the idea of the rule of law.

Again, the disagreement between Professor Nabaskues and myself on this issue is surely one of emphasis. He correctly insists that justice 'is not a synthesis, it is a decision, it implies taking a stance, deciding on a particular issue.' The real task of my book was to try and think through this very modernist predicament, that is, the distinctive combination of contingency and necessity that shrouds and shadows our modern experience of legal judgment. The question goes back to turn of the century modernism, and is still intensely current. How can we accept the loss of transcendence in law and value, and yet not concede – as the nihilists, Dadaists, and Crits insist, that there is nothing to legal judgment but some form of partisan politics. That is the real question that Lawrence was struggling with then and that we are still struggling with now. My aim in *Kangaroo Courts* was to learn from Lawrence and in

the process to come up with some kind of coherent answer myself. It seems to me that it was and is possible to embrace –really embrace, not just with reluctance but with alacrity– the uncertainty and the polyphonic discourse of modern law; while still finding a defensible articulation of the rule of law and the value of legal judgment therein.

The alternative to finding a way through the thickets of modernism is to give in to fantasies of transcendence or to despair. Professor Nabaskues rather nicely, and sharply, disagrees with my reading of the tradition of popular culture heroes who take on the law in the interests of justice. He points out how strongly the superhero is limited –not by the laws of physics or probability, to be sure, but by moral values and by ‘the same principles defended by the law.’ On this reading, Superman or Batman and the rest are agents of legality (albeit in disguise). I see the point but in the end I don’t agree. A recent edition of *Law Text Culture* curated by Dr Luis Gomez-Romero, my second critic in this volume, shows how much the genre of the superhero gives voice to the urgent alienation of the modern world, and in particular modern youth culture, from the institutional structures of modernity. On the one hand Superman and his ilk are needed because of the enervating impotence of the legal system. On the other hand, their adventures stage a dramatic encounter between ‘law’ and ‘justice’ every bit as uncompromising as the encounter between Superman and Luthor, whose name you will recall is *lex*; or between Batman and the Joker, whose exploitation of the machinery of institutions for his own anarchic purposes seems uncannily, it seems to me, legalistic. A lawyer is a joker in an expensive suit. Indeed, the only exception to this opposition between superhero and legality is the Canadian superhero Captain Canuck. He has no super powers at all. He turns his captives over to the authorities. At his most desperate, he holds a press conference. And as a superhero he has been almost a complete dead loss. The only law Captain Canuck ever broke was the law of the genre. A superhero must be an outcast and an outlaw. He is, in the most philosophically rigorous sense of the word, the *supplement* to the legal system, its *pharmakon*, poison and antidote.

Dr Gomez-Romero’s own work on popular culture shows just how deep-seated the yearning for a rescue figure has been in the discursive history of modern law. And in his reply to my recent work, he takes this argument in a surprising new direction. He pays me what I think is the ultimate compliment, that of applying my methods and approaches to a different novel and a different social context. The reading he produces by applying my methodology to Lawrence’s next book, set in Gomez-Romero’s own homeland of Mexico, is nuanced and powerful. He justly chastises me for a static reading of Lawrence limited to one small encounter, Australia –my own homeland. Like the good student of literature he is, Gomez-Romero inevitably asks, ‘and then what?’ And what happened next was Lawrence’s encounter with Mexico in *The Plumed Serpent*, in which his consistent interest in questions of law and justice, myth, power and freedom, are given new tests under new circumstances.

In neither case does Lawrence indulge the *amour propre* of his guides, but instead tries to absorb local knowledge ‘warts and all.’ If this sometimes makes for disconcerting reading, Lawrence’s critical assessments seem only to have gained force over time. Gomez-Romero demonstrates just how the different contexts in these two countries leads to *different* tragedies. At the same time, reading Lawrence’s two novels highlights just how uncannily their contemporary circumstances seem to continue their historical arcs. In other words, Lawrence’s literary mythologies, now one hundred years old, continue to speak to these countries’ twenty-first century predicament. The tragedy for Australia in the 1920s was how alien the language of reactionary modernism seemed to the diffident

instrumentalism of the place. Modern-day Australia seems still to sustain an almost unparalleled culture of hedonism and anti-intellectualism. But the tragedy of Mexico was just how *plausible* the language of reactionary modernism seemed. Modern-day Mexico seems still to combine a culture of savagery illuminated –and sometimes clouded– by a passionate intellectualism. The writer Donald Horne famously christened Australia ‘the lucky country’ —he did not mean it as a compliment; he meant it as a curse. The curse of Mexico, on the other hand, is that it is not a lucky country. Australia’s luck has led to a dull complacency that enrages a good many of its citizens. Of Mexico, say what you will, neither dullness nor complacency spring to mind.

Gomez-Romero’s critique of *Kangaroo Courts* takes the argument about Lawrence and law in new and exciting directions. At the same time, he identifies an important objection to my own work. For Gomez-Romero, each place treads a distinct path through modernity and with different consequences for the relationship between polarity, uncertainty, and the rule of law. My book concluded by defending a culture of uncertainty, of unresolved conflicts, and of judgment as an exercise in the provisional. I saw these necessary attributes as virtues of a highly social understanding of the rule of law. ‘Justice,’ I wrote, ‘is like the rest of us. Its frailty is its strength.’ But as Gomez-Romero points out, ‘the critique of the rule of law... cannot function without a basis of legality, and of a civil society in which stability and social commitment are taken for granted.’ In short, in a place like Mexico in the 1920s where untrammelled violence was normalized through myth and history, positivism was a dream not a nightmare. Walter Benjamin’s divine violence likewise seems not creative but destructive. In Australia, Lawrence explored the fantasy of what such violence might accomplish. In Mexico he witnessed what it actually did accomplish in the inevitable hands not of gods but of men. In *Kangaroo*, Ben Cooley’s desire was naïve and deluded; in *The Plumed Serpent*, the parallel figure Huitzilopochtli did not so much share it as exploit it for his own cynical purposes. Gomez-Romero persuasively reminds us that ‘modernity is not unique, and its crises are plural. In this non-Eurocentric sense, *modernities* entail several competing master narratives and cultural contextualizations that result in multiple legal crises.’ The implications and resonances of these crises take very different forms in different places.

At the same time, there is I think a commonality which is worth emphasizing. Again, the commonality is not substantive but methodological. Granted, the contingency and polarity of the rule of law cannot and should not be applied universally. But beneath that claim lies another –of the relationship between literary and cultural traditions and legal resources, of the ways in which context determines meaning, and of the role of affect in the constitution of law. I struggled in this book to reclaim the important relationship between law and literature while at the same time reconfiguring it– not as a short cut to moral values but as a long cut to a dialogue about justice in which a much wider community would meaningfully participate. Reconnecting law and literature will give legal values back their particular histories and their particular contexts, and will help communities as a whole participate in what to make of –and out of– those histories and contexts.

Around the world, many international organizations promote ‘the rule of law’, especially when it comes to third world countries. But very often what they mean by this is the application of a particular set of institutional structures and forms. What they *don’t* very often mean is any sense of public engagement, participation, or transparency of process. I think in trying to fashion legal institutions in challenging contexts, whether we are talking about Mexico or Australia or somewhere else in the twenty-first century, we should pay far more attention to their literary and aesthetic traditions, and the resources those traditions provide to speak about values,

narratives, and social relations in complex and meaningful ways. D.H. Lawrence saw that too; he saw the ways in which narratives, speech patterns, and mythology gave people resources through which to engage in political action. He was often highly critical of the use and abuse of them, from England patriotic rhetoric during the first world war to Mexican revolutionary rhetoric after it. But his response was not to dismiss or despair of our mythic lives, as to find more sensitive ways of intuiting its force and more reflective ways of responding to it. In a very general sense both *Kangaroo* and *The Plumed Serpent* concern mythologies and the modern world.

Civil society, as Dr Gomez-Romero insists, is the essential foundation to legal discourse. It finds its deepest roots and its highest branches in literature and the creative arts. Look again at Lorenzetti's *Effects of Good Government*. One wonders if the title — which, after all, was not Lorenzetti's — is apt. This is not a question that anyone has thought much about. But are those dancers really just an 'effect' of government? Or are they rather and more deeply its cause? Hand holding hand, foot echoing foot in time with the music. Moving through space and time, working pleasurable together, separately but in pursuit of a common goal. In what sense - culturally, historically, emotionally- can this be reduced to an 'effect'? The rhythmic harmony and the social relations of trust Lorenzetti's dancers literally *embody* are not epiphenomenal to civil society but intimately bound up with it. The dance makes the law.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

## Recensión

***El tratamiento judicial de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional,***  
**Javier Chinchón Álvarez,**  
**(2012) Universidad de Deusto, Bilbao, 154 pp.**

**Carmen Pérez González**  
Universidad Carlos III de Madrid  
[carmen.perez@uc3m.es](mailto:carmen.perez@uc3m.es)

301

Es de sobra conocido que el profesor Javier Chinchón, uno de los mayores expertos españoles en el ámbito de la justicia transicional, viene reflexionado desde hace años sobre el alcance de la obligación de afrontar los desafíos que se derivan de un pasado de abusos y violaciones sistemáticas de los derechos humanos, de tal modo que se asegure que la justicia no queda postergada por una supuesta paz. Esa defensa se sustenta en un sólido análisis de los desarrollos que ha venido conociendo el Derecho internacional en el ámbito de la denominada Justicia Transicional, que abarcaría *toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.*

La definición del Secretario General de Naciones Unidas<sup>1</sup>, recogida por el autor en la página 19 del libro, nos sirve ahora para subrayar, tal y como él mismo hace, que en ésta no se contempla que para afrontar los “abusos a gran escala” del pasado la solución sea no implementar ninguna o prácticamente ninguna de esa serie de iniciativas.

En otras palabras, puede afirmarse que el Derecho internacional ha asumido como función propia la de guiar al Estado en la tarea de consolidar una paz justa y duradera tras un conflicto armado o la experiencia de un régimen dictatorial. Aunque, desde luego, los precedentes estatales no son homogéneos, lo cierto es que resulta posible identificar ya un nutrido grupo de Estados que se ha adentrado en procesos transicionales que, con sus variantes, tratan de afrontar las consecuencias de la comisión en el pasado de violaciones graves de los derechos humanos. Junto a esta práctica de los Estados, los órganos de protección internacional de los derechos humanos –los del sistema de la Organización de

<sup>1</sup> Véase su Informe al Consejo de Seguridad de 3 de agosto de 2004 (S/2004/616) sobre *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/spanish/docs/report04/repl04.htm>. Revisado el 7 de septiembre de 2013.

Naciones Unidas y los tribunales internacionales de derechos humanos- han abogado decididamente por la consolidación de un grupo de principios que obligarían a los Estados en este mismo sentido<sup>2</sup>. Unos principios que han asumido ya, por lo demás, la Asamblea General de Naciones Unidas y el propio Consejo de Seguridad.

De este modo, y como bien apunta el autor del libro, el Derecho internacional no permitiría al Estado elegir entre la protección de los derechos de las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos producidas en esos contextos transicionales o el derecho a la paz al que legítimamente aspira la sociedad que ha sobrevivido a ese tipo de experiencias. La idea que ha parecido imponerse es la contraria: se asume que esa paz sólo será real a largo plazo y justa si se ha enfrentado la situación de aquellas víctimas a través de la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Así las cosas, el Estado español se ha visto ya confrontado a la valoración que de su actuación en este ámbito han hecho algunos de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, que no han perdido la ocasión de recordarle qué medidas deberían ser adoptadas para dar pleno cumplimiento a las obligaciones impuestas por el Derecho internacional. Entre ellas, la tipificación en el Código Penal de la desaparición forzada como un delito grave y de naturaleza continuada; la investigación de las denuncias de desapariciones forzadas hasta que se logre aclarar las circunstancias de las mismas; la garantía por parte de los tribunales de justicia de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; el establecimiento de una comisión de la verdad, formada por expertos independientes, que deberá restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; la protección de los derechos de los familiares de los desaparecidos a través de la remoción de los obstáculos que impiden la búsqueda, exhumación e identificación de las víctimas de ejecuciones y desapariciones y, en su caso, de la indemnización; y la derogación de la Ley de 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Resulta evidente el papel esencial que en el cumplimiento de estas obligaciones están llamados a jugar los tribunales de justicia. Y es aquí donde el libro del profesor Chinchón resulta particularmente valioso, puesto que ofrece un sólido y exhaustivo análisis crítico del tratamiento judicial que han recibido en España las pretensiones de justicia de las víctimas de la guerra civil y la posterior represión franquista.

El libro está dividido en tres capítulos.

En el primero, el autor defiende brillantemente la vigencia y el valor del Derecho internacional, en general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, en contextos transicionales. Esto es, partiendo de la idea de que, en virtud del principio de la continuidad del Estado, este seguirá siendo el mismo tras los cambios que puedan acaecer en relación con su organización política interna y de que, por tanto, sus obligaciones internacionales frente a terceros seguirán plenamente vigentes, *no ha lugar pues ninguna potencial alegación que expresa o implícitamente abogue, sin más, por una suerte de excepcionalidad*

<sup>2</sup> Véase, de un lado, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1, disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1)) y, de otro, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobado mediante la resolución de la AGNU 60/147, de 16 de diciembre de 2005, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>. Ambos documentos revisados el 7 de septiembre de 2013.

R  
IN  
C  
ÓN

*jurídico-internacional sobre la base de la mera existencia o desarrollo de una transición a la democracia* (p. 24). Sencillamente: el nuevo Gobierno deberá dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales. Entre las que se encuentra las de lucha contra la impunidad, investigar y sancionar, en su caso, las violaciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el pasado, y de la de reparar a sus víctimas. A pesar de que, como afirma el profesor Chinchón *no hay marco, modelo general, o pauta alguna en este ámbito* (p. 18), se hace evidente desde las primeras páginas el intento serio de sistematizar, desde el análisis doctrinal y el de la práctica, las principales cuestiones que surgen a la hora de abordar de qué modo y cuándo debe darse cumplimiento a aquellas obligaciones. El primer capítulo del trabajo se cierra con el análisis de las “características” de la experiencia española. Un análisis que describe, creo que de modo irrefutable, a pesar de la pretendida –por mucho– ejemplaridad del proceso transicional español, el olvido y la indefensión en los que quedaron miles de víctimas de torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante y después de la confrontación civil.

El resto del libro, los capítulos segundo, tercero y cuarto, se embarcan en el relato de la actuación de los tribunales de justicia en este contexto. El año 2009, año en el que se inicia el procesamiento contra el magistrado Baltasar Garzón por el delito de prevaricación, sirve de punto de inflexión para la organización del análisis.

Así, el segundo capítulo, aunque pivota sobre las denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional a partir de mediados del año 2006, no renuncia a explicar cuál era la situación con anterioridad a dicha presentación, ni a dar cuenta de la actuación de los Juzgados territoriales durante el proceso que siguió a la misma.

Por su parte, el tercer capítulo se centra en el periodo que va desde 2009 hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 que, aunque decidía la absolución del magistrado Baltasar Garzón, venía a cerrar *toda posibilidad de investigar judicialmente los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España* (p. 97).

Esta sentencia, junto con el Auto de 28 de marzo de 2012, son objeto de análisis en el cuarto capítulo. La conclusión de ese análisis es contundente: *si nos referimos a la investigación judicial de los crímenes de la Guerra civil y el franquismo, incluso si sólo se tratase de realizar las meras diligencias para, ya la exhumación, ya la identificación de la persona desaparecida, ya la restitución de sus restos a sus seres queridos, la respuesta es que todo ello es inviable por jurídicamente imposible en este país. De hecho, tras la posición final del TS, las pocas excepciones que hemos destacado a esta regla es de temer que tocarán a su fin. En definitiva, no es exagerado concluir que ciertamente se ha llegado al final del camino en España.*

Lo que no quiere decir que la “vía judicial”, entendida ahora en su sentido más amplio esté cerrada. En este sentido, el autor no olvida incluir en su estudio algunas interesantes consideraciones sobre el proceso ante la jurisdicción argentina, ni las posibilidades que se abren ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como es sabido, el Tribunal de Estrasburgo ha conocido ya de un número significativo de demandas de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista. A pesar de que en ninguno de estos casos el TEDH ha atendido sus pretensiones, coincido con el profesor Chinchón en que se trata de una tendencia que se generalizará en el futuro.

El libro del profesor Chinchón es en mi opinión una sólida y fundamentada reflexión jurídica. Y es también, y se trata de una característica que me gustaría

resaltar para terminar, una reflexión honesta. El autor no oculta cuáles son sus posiciones de partida. No nos hurta cuál es, a su parecer, la *mejor* interpretación posible de las obligaciones que incumben a España en este ámbito y, a partir de ese momento, trabaja por argumentar jurídicamente sus posiciones de un modo sólido. Consigue así un trabajo que creo imprescindible para comprender como se ha construido, en lo político y en lo jurídico, la memoria histórica en España.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

## Recensión

### ***El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica,***

**Luis Prieto Sanchís,**  
**(2013) Trotta, Madrid, 309 pp.**

**Julián Gaviria Mira**

*Universidad Carlos III de Madrid*  
[jgaviria@derechoyjusticia.net](mailto:jgaviria@derechoyjusticia.net)

Desde hace algunos años se ha venido discutiendo de manera bastante intensa en la academia latina el significado y alcance de aquella escuela que algunos llaman *constitucionalista* y otros *neoconstitucionalista*. Muestra de ello son el monográfico dedicado a *Principia Iuris* publicado en 2012, la reciente discusión entre el mismo Ferrajoli y Juan Ruiz Manero en *Dos modelos de constitucionalismo* (2012) y la obra aquí reseñada *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (en adelante *CD*).

305

El término *neoconstitucionalismo*, que parece tener sus orígenes, como lo advierte Prieto, en la academia italiana (Comanducci, 2010: 175), se acerca ya a cumplir su segunda década de existencia. El éxito del término ha estado acompañado de una gran falta de claridad sobre cuál es su significado -que el libro aquí reseñado no pretende resolver-, así como por un gran número de problemas que giran a su alrededor y que Prieto Sanchís reúne y discute en *CD*.

Dos terceras partes del libro (sus primeros cinco capítulos) están dedicadas a un análisis tanto teórico como filosófico de los temas que entrelazan *neoconstitucionalismo*, *positivismo jurídico* y *iusnaturalismo*. En el presente comentario nos concentraremos en estos primeros cinco capítulos dado que presentan un mayor grado de coherencia. Lo contrario significaría hacer un análisis que resultaría demasiado fragmentado, además de extenso.

El constitucionalismo de los derechos se corresponde con lo que en algunos círculos académicos se denomina simplemente como *constitucionalismo*. De esta gran corriente se desprenden dos teorías: el *neoconstitucionalismo* y el *garantismo*. En la discusión surgida después de la publicación de *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli estás dos teorías se han venido llamando también *constitucionalismo principialista* y *constitucionalismo garantista* (Ferrajoli *et al.*, 2012); términos que seguiré usando -a pesar de no ser los elegidos por Prieto- dado el éxito que han tenido tanto en Italia como en España, así como el hecho de que tal distinción logra mostrar la relación tanto de parentesco como de contradicción entre ambas corrientes.

Este parentesco se debe a la pretensión compartida de dar cuenta del fenómeno constitucional consistente en el establecimiento de la supremacía constitucional acompañada de la materialización del contenido de la misma. Pero el parentesco derivado del reconocimiento de un mismo fenómeno como fundador de

ambas vertientes no significa que las coincidencias vayan mucho más lejos. Mientras los principalistas ven una relación necesaria entre derecho y moral, desarrollan una teoría conflictualista de los derechos y se apoyan en una fuerte teoría de la argumentación, el garantismo, apegado al positivismo jurídico, defiende la separación entre derecho y moral y la subsunción antes que la ponderación principalista.

Si bien *CD* no es en estricto sentido un estudio sobre la contraposición o acercamiento entre ambos constitucionalismos, sí se puede decir que es esta confrontación, entendida de manera amplia, la que da al libro su fuerza argumentativa y, de alguna manera, su hilo conductor. Prieto describe ambas corrientes de manera extensa (aunque, en lo que se refiere al constitucionalismo principalista, no siempre acertada) y a ambas dedica un amplio número de críticas, haciendo un poco difícil identificar en qué posición se encuentra el autor, dando por sentado que él, a su manera, es un defensor del constitucionalismo de los derechos.

En el primer capítulo, que sirve como introducción al volumen, se abordan de manera preliminar los problemas que rodean al constitucionalismo principalista (*Neoconstitucionalismo: un catálogo de problemas y argumentos*). De manera sumaria se establecen las características del neoconstitucionalismo, se plantean las tensiones entre constitucionalismo y democracia, se contraponen neoconstitucionalismo y positivismo y, finalmente, se estudia de manera breve al neoconstitucionalismo como contrario tanto del iusnaturalismo como del positivismo.

El segundo capítulo (*Garantismo y constitucionalismo*) se concentra en los planteamientos del Luigi Ferrajoli y su teoría garantista. El constitucionalismo garantista se constituye en una especie de vía media entre el viejo positivismo de autores como Kelsen, Hart o Bobbio y las nuevas corrientes principalistas –que Ferrajoli considera una nueva expresión de iusnaturalismo-, y da cuenta del cambio de paradigma que significó el auge, después de la segunda guerra mundial, de constituciones con fuertes contenidos materiales garantizados por instituciones como las cortes o tribunales constitucionales, pero haciendo siempre un gran esfuerzo por mantener su apego a la escuela positivista.

Pero el garantismo no es la única escuela que pretende dar cuenta del nuevo Estado constitucional. El constitucionalismo principalista, conjunto de planteamientos que han desarrollado toda una teoría de los derechos y de la argumentación jurídica alrededor del nuevo modelo constitucional, se convierte en su alternativa y su rival natural.

Prieto Sanchís fija en tres las características propias del constitucionalismo principalista. La primera es la afirmación del vínculo necesario entre derecho y moral y la preponderancia del punto de vista interno; la segunda es la fuerza normativa de la constitución que la hace aplicable directamente por los jueces y la tercera es la visión conflictualista de las normas sustantivas de la constitución. (pp. 71 ss.).

Los tres son los puntos que diferencian a principalistas y garantistas. En este capítulo (el más extenso de libro) vienen tratados todos, siendo de particular interés el último de ellos (el *conflictualismo* defendido por los principalistas). Este mismo tema ha venido siendo discutido tanto por Prieto Sanchís como por José Juan Moreso desde hace algunos años y ataca uno de los puntos más problemáticos de la teoría garantista: su rechazo de la tesis (ampliamente defendida por los neoconstitucionalistas) de la ponderación entre principios y, de paso, su teoría de la argumentación jurídica.

Según la teoría principalista, el establecimiento de constituciones dotadas de rigidez y con fuertes contenidos materiales (derechos), lleva a que se den conflictos entre normas que no pueden ser solucionados por los criterios de jerarquía, especialidad o temporalidad. Dado que en un caso concreto, de la aplicación de diferentes principios de rango constitucional (el derecho al honor y la libertad de expresión, por ejemplo) se pueden derivar exigencias distintas y contradictorias, debe existir un mecanismo que permita solucionar dichas contradicciones. Este mecanismo es la ponderación o balance de principios.

A través de la ponderación, al decir de Ruiz Manero, se apela *al mayor peso que tengan las razones para realizar la acción que figura en el consecuente del principio de que se trate frente al peso que puedan tener las razones para realizar otra(s) acción(es) que figure(n) en el consecuente de otro(s) principio(s)* (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 100).

Esta descripción, alega Ferrajoli, es incorrecta. Los principios regulativos no pueden ser ponderados sino simplemente observados o no observados (dado su carácter tético-deóntico). No es posible una ponderación entre normas, sino una *ponderación equitativa compleja*, es decir, el balance equitativo que se debe hacer cuando hay un concurso de normas que no se da *entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la iuris-dictio sino que simplemente la precede como ejercicio de iuris-prudentia del mismo modo como la aceptación y valoración de lo hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica* (Ferrajoli et al., 2012: 356).

307  
Esta tesis, una vertiente de la denominada teoría interna de los derechos fundamentales, es también tratada en el capítulo quinto en el que se debate la objetividad en la interpretación de los conceptos morales (pp. 149 ss.). En este punto Prieto se encuentra más cercano a posiciones principalistas que a aquellas defendidas por los garantistas, considerando que *[e]n suma, no hay un indubitable contendio “verdadero” del derecho ex ante, sino un contendio ex post, que se obtiene después y no antes de ponderar, es decir, de tomar en consideración las razones que hablan a favor de uno u otro derecho* (p. 96).

En el tercer capítulo se retoma un punto ya tratado brevemente en el segundo: las relaciones entre el derecho y la moral. En el mismo, Prieto ataca el *constitucionalismo ético*, combinación de planteamientos positivistas y neoconstitucionalistas que llevarían a la identificación de los justo con lo legal, o de lo legal con lo justo.

En este capítulo se ponen en relación las tesis del constitucionalismo ético y del constructivismo moral. El argumento desarrollado es el siguiente: un gran número de defensores del neoconstitucionalismo (como Dworkin o Alexy) han adoptado también las tesis del constructivismo ético. Estas dos corrientes, que en apariencia podrían convivir pacíficamente, se revelan luego contradictorias en tal grado que hacen imposible para los neoconstitucionalistas defender ambas sin tener que abandonar varias de sus principales premisas. Si, según la interpretación hecha por Prieto del constructivismo ético, la determinación de lo moralmente correcto se logra a través de un proceso de diálogo en el que las diferentes posiciones son presentadas y debatidas, y las constituciones, tal como las conocemos hoy en día, garantizan las condiciones de la discusión democrática, debemos llegar a la conclusión de que lo constitucionalmente válido es también moralmente correcto, por lo que habría que aceptar, con los defensores del constitucionalismo ético, la identificación entre el derecho que es y el derecho que debe ser –siempre que haya sido producido conforme a los procedimientos constitucionales.

Dado que se ha identificado constitución con justicia, una vez aceptado que una norma es constitucional, se debe llegar a la conclusión de que esta norma es justa. Si es así, no habría posibilidad de una crítica externa al derecho pues, en un modelo como el así planteado, *[l]a posibilidad de un Derecho injusto tiende a disolverse porque tiende también a disolverse el dualismo moral crítica/moral social y, por extraño que parezca, el Derecho democrático se erige en juez de su propia justicia* (p. 113).

No sé hasta donde sea correcto afirmar que es esto lo que se desprende del pensamiento neoconstitucionalista. Creo que es posible entender que los principalistas no pretenden que todo derecho constitucionalmente válido sea, por este sólo hecho, *el mejor derecho* o *un derecho justo*. El ejemplo de la teoría jurídica de Dworkin nos servirá para el caso. Dworkin de hecho distingue entre *moral social, derecho y justicia*. La primera está compuesta por las opiniones que *la mayoría de los miembros de [una] comunidad o quizás alguna élite moral dentro de la misma sostienen acerca de la justicia y otras virtudes políticas y personales [...] como cuestiones de convicción personal*. La justicia en cambio consiste en la *correcta o mejor teoría de los derechos morales y políticos*. Por último, el derecho es *una cuestión de cuáles supuestos derechos dan una justificación para usar o no la fuerza colectiva del Estado, por estar ellos incluidos de manera explícita o implícita en efectivas decisiones políticas del pasado* (Dworkin, 1986: 97).

Esta diferenciación tiene implicaciones importantes en su teoría. Una de las más relevantes es la distinción entre *derecho como integridad* e *integridad pura*. Precisamente debido a que justicia y derecho –así sea derecho constitucionalmente válido- no son lo mismo, decidir un caso basándonos en la integridad pura, que tiene en cuenta sólo la justicia, y decidirlo tiendo en cuenta el derecho como integridad, en la cual la sola justicia no basta, sino que es necesario también tener en cuenta cuestiones de equidad y debido proceso (Dworkin, 1986: 404 ss.) nos lleva a decisiones distintas. Si de acuerdo con la primera nos preguntamos por *la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos* de acuerdo con los principios que emanan del sistema, en el segundo caso debemos tener en cuenta, además de los principios, la historia de decisiones anteriores, así como las competencias propias de cada uno de los órganos encargados de tomar decisiones jurídicas.

Es cierto que en una teoría como la defendida por Dworkin ambas cuestiones serían morales, pero corresponderían a diferentes partes de la moral: la primera a la moral política y la segunda al derecho, que no es más que una rama o sección del mismo *árbol de la moral*<sup>1</sup>. Visto de esta manera podemos decir que, en efecto, sí es posible elaborar un discurso crítico que, si bien no es externo en el sentido en que los positivistas afirman que hacen sus críticas, sí diferencia entre el derecho que es de aquel que debe ser<sup>2</sup>.

En el quinto capítulo el autor retoma el tema de la supremacía constitucional. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2003), Prieto había ya hecho algunas afirmaciones sobre el asunto, diferenciando entre rigidez de la constitución y supremacía de la constitución. Afirmaba Prieto que es lícito imaginarse una constitución que no exija un procedimiento diferente al de la creación de la ley para reformar su contenido, a condición de exigir, para que se mantenga la supremacía constitucional, que ese acto sea expreso, es decir, que de manera clara se

<sup>1</sup> Dworkin (2011: 405 ss.) se extiende en esta metáfora, en la que se ve a la moral, la ética, la política y el derecho como partes de un árbol en crecimiento, en el capítulo 19 de *Justice for Hedgehogs*.

<sup>2</sup> No es por ello extraño que Dworkin haya tratado de manera recurrente el tema de la obediencia al derecho (que está directamente relacionado con el de la obligación política) y haya tratado de mostrar cómo no cae en la confusión de no diferenciar entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

especifique que por medio de ese proceso se está modificando el texto constitucional

En CD se mantiene la misma posición, se responde en particular a la críticas que le dedica Juan Carlos Bayón (2004: 75 ss.) en el apéndice a *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo* y se rebate también la tesis defendida por Ferrajoli, según la cual el modelo kelseniano de control de constitucionalidad es claramente superior al norteamericano. Este es un nuevo aspecto en el que Prieto se separa, al igual que el caso de la teoría interna de los derechos fundamentales, del garantismo ferrajoliano.

El autor afirma, creo que con razón, que el control difuso tiene las virtudes de ser más cercano a los ciudadanos (pues no requiere ser presentando por ningún sujeto político cualificado –como es costumbre en los modelos de corte kelseniano–), así como más deferente con el legislador, ya que la ley no es expulsada del sistema jurídico, sino que se considera no apta para regular un determinado caso, siendo posible que en otros la misma pueda ser considerada conforme con la constitución (p. 169 y ss.).

La obra aquí reseñada es, para concluir, un diálogo constante entre las dos grandes vertientes del constitucionalismo, la garantista y la principalista, diálogo en el cual el autor mantiene siempre una prudente distancia hacia ambas corrientes, aunque declarándose siempre un defensor más del *constitucionalismo de los derechos*.

## Bibliografía

309

BAYÓN, J.C. (2004), "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *Seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra*, Barcelona, pp. 1-80.

COMANDUCCI, P. (2010), "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (eds.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.

DWORKIN, R. (2011), *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge.

FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J. (2012), *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. et al. (2012), *Un Debate sobre el Constitucionalismo. Monográfico Revista Doxa*, Num. 34, Marcial Pons, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.

## Recensión

***La constitucionalización de la crisis económica,***  
**Antonio Embid Irujo,**  
**(2012) Iustel, Madrid, 160 pp.**

**Marta Fernández Martín**

Universidad Carlos III de Madrid  
[marta.fernandez@mineco.es](mailto:marta.fernandez@mineco.es)

La actual crisis financiera ha puesto de manifiesto que el gobierno económico en la Unión Europea no es tan eficaz como se previó inicialmente. Han fallado la regulación, la supervisión financiera, la convergencia y la coordinación entre los Estados miembros, mientras no ha cesado de crecer el desequilibrio macroeconómico y fiscal. El débil mecanismo de vigilancia para controlar el déficit y la deuda ha contribuido a reiteradas infracciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, provocando la insostenibilidad de las cuentas públicas en los Estados miembros, y con ésta, la crisis de la deuda soberana en la zona del euro.

Desde hace al menos cinco años, son muchas las voces que reclaman la mejora de los instrumentos para la vigilancia del ámbito financiero y apuestan por avanzar en la regulación de una Unión económica plena en Europa. Destacan las declaraciones de políticos de la talla de Helmut Schmidt, Massimo D'Alema y Lionel Jospin, múltiples portavoces de la Sociedad Civil Organizada así como de reputados juristas consagrados al ámbito académico como Antonio Embid Irujo.

310

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, el autor de la obra objeto de recensión ha dedicado más de treinta años a la investigación en materia de organización del territorio, libertades públicas, derecho de aguas y del medio ambiente.

Desde 2008, motivado por el contexto de gran incertidumbre económica que padece España y el entorno europeo, Embid Irujo centra su atención en la crisis financiera y sus implicaciones en la configuración del derecho público económico, habiendo publicado hasta la fecha dos obras en esta materia: *El derecho de la crisis económica* (2009) y *La constitucionalización de la crisis económica* (2012).

La primera obra, que recoge la “Lección inaugural del curso académico 2009-2010 de la Universidad de Zaragoza”, se centra en analizar la intervención normativa del Estado, con especial atención a la reestructuración del sistema financiero, al tiempo que somete el estudio del Derecho de la crisis económica a los parámetros del Estado Social y Democrático de Derecho.

La segunda, es una breve monografía en la que el autor realiza una valoración de la reacción jurídica a la crisis económica desde 2009 hasta febrero de 2012, sosteniendo como tesis principal que se ha iniciado el proceso de “constitucionalización” necesario para alcanzar un efectivo gobierno económico en la Unión Europea.

En su disertación, de claro estilo divulgativo, de narrativa fluida y fácil comprensión, Embid Irujo se centra en analizar las competencias económicas de la Unión Europea, poniendo de manifiesto la levedad de los instrumentos jurídicos adoptados para la superación de la crisis económica, tanto a nivel nacional como europeo.

Desde el inicio, el autor propone como objetivo concreto de la monografía estudiar el sentido e impacto del debate surgido en torno a la constitucionalización de la crisis económica, considerando que se trata de un proceso que, por sus principios y consecuencias, resulta decisivo para la pervivencia de la Unión Europea.

En las apenas cuatro páginas introductorias, Embid Irujo resume, además de la tesis antes expuesta, el inicio de la crisis financiera en los Estados Unidos, y su reflejo en la Unión Europea, con especial referencia a la crisis de la deuda soberana que aceleró la adopción de medidas por parte de las autoridades europeas y nacionales en los Estados miembro. En España, la respuesta se tradujo en la modificación del artículo 135 de la Constitución Española, realizada el 27 de septiembre de 2011, para introducir el principio de estabilidad presupuestaria al que deberán adecuar su actuación las Administraciones Publicas. Se sigue de esta forma el modelo de reforma constitucional realizado en Alemania en el verano de 2009 para poner freno al endeudamiento, reforma que motivó varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán en defensa de la Ley Fundamental de Bonn.

Estos acontecimientos, avanzados sin gran detalle en la introducción de la monografía, sirven de pretexto para analizar en el cuerpo central los elementos en que se sustenta su argumentación: las características singulares de esta crisis y del derecho aparecido durante la misma; el concepto de la constitucionalización de la crisis económica; la reforma de la Ley Fundamental de Bonn y los recelos del Tribunal Constitucional alemán frente a la nueva normativa; la reciente reforma de la Constitución Española; y por último, las perspectivas de modificación de los Tratados de la Unión Europea para alcanzar la futura gobernanza económica.

A explicar lo anterior dedica el autor gran parte de la obra referida. Procede a continuación a examinar en detalle y de forma crítica el contenido básico de los seis capítulos en que se estructura la monografía.

El análisis del derecho de la crisis económica requiere una mención, siquiera sucinta, a los acontecimientos que ocasionaron su aparición, tanto a nivel internacional como nacional. En el Capítulo Primero (pp. 19-34), se enumeran los hechos fundamentales que explican el paso de una época de bonanza a otra de grave recesión en el ámbito económico y de descrédito en lo político.

Tras una breve relación general de lo acontecido en el ámbito internacional y europeo, Embid Irujo se centra en el caso de España, refiriendo el crecimiento propio de mediados de la década de los noventa, el alza del consumo y la gran profusión del emprendimiento arriesgado. Destaca cómo el derroche de recursos iniciado en ese periodo contrasta con lo que algunos han identificado como déficit de ética, individual y colectiva, que explica, aunque solo en parte, que en ese contexto se fragüen gran parte de los casos de corrupción política y económica de los que solo en época reciente ha tenido conocimiento el ciudadano medio.

Entre los aspectos que singularizan esta crisis económica, Embid Irujo señala su fácil ubicación geográfica y temporal, así como la rápida transmisión a

otros países, favorecida por las nuevas tecnologías. El impacto inicial en los llamados países emergentes, fue rápidamente remplazado por el agravamiento de la situación en Europa, donde parece haberse centrado la crisis.

La globalización del fenómeno ha tenido reflejo en la homogénea respuesta política y jurídica producida en los Estados europeos, que tienen en común órganos y mecanismos supranacionales. Esta circunstancia determina el interés por centrar el estudio de la posible constitucionalización en el continente europeo, donde se ha producido una importante intervención regulatoria de los poderes públicos en el sistema financiero para hacer frente a la crisis económica.

En cuanto a las características del derecho aparecido durante la crisis, el autor destaca, en primer lugar, el uso abusivo de los Decretos-leyes. Debido a lo apremiante de la situación, en 2011 se aprobaron por el Ejecutivo más de 40 reales Decretos-ley, seis de los cuales estaban dedicados a la reforma del sistema financiero. Al cierre de 2012, se contabilizaron casi 30, de los cuales un tercio se justifica como respuesta a la crisis. La utilización masiva del Decreto-ley resulta criticable por cuanto se trata de un procedimiento excepcional que la Constitución reserva a casos de “extraordinaria y urgente necesidad”, en el que se prescinde del debate parlamentario previo y que, salvo que se convierta en un proyecto de ley, impide a las Cortes realizar su función esencial de examen, enmienda y aprobación.

En segundo lugar, Embid Irujo constata que los poderes públicos han empleado todo el instrumentario disponible en el ámbito de la intervención de la economía, destacando la adopción de medidas tributarias, liberalizadoras y de fomento de algunos sectores económicos, al tiempo que se aprueban políticas de austeridad para reducir el gasto público.

312

Critica el autor que la fuerte intervención regulatoria de los poderes públicos en el sistema financiero para hacer frente a la crisis económica no se ha traducido, hasta la fecha, en un replanteamiento serio de la estructura, configuración y justificación de los “organismos reguladores” que intervienen en la vida económica a nivel nacional (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de la Competencia y Comisión Nacional de la Energía).

Como tercer elemento característico del Derecho surgido con la crisis, Embid Irujo señala que, debido a la distribución competencial recogida en la Constitución, el papel fundamental ha correspondido al Estado, quedando las Comunidades Autónomas relegadas a un segundo plano. Además, el autor precisa que la mayor parte del derecho español surgido con motivo de la crisis económica tiene una referencia europea, y afecta sensiblemente a la transformación del sistema financiero. Tal es el caso del anteproyecto de Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, actualmente en tramitación parlamentaria, aun cuando de momento no está previsto que se vaya a transformar el órgano de gobierno de estas entidades financieras para desvincularlas, en la medida de lo posible, de las influencias políticas.

Junto a estas medidas de carácter estructural, Embid Irujo se refiere –sin concretarlas- a otras respuestas de naturaleza coyuntural cuya finalidad no es la permanencia.

En cuarto y último lugar, señala el autor que las medidas económicas adoptadas no cuestionan el actual modelo económico, al tiempo que inciden en el papel del mercado como esencial en el funcionamiento del sistema económico. Los intentos de incrementar la protección en este ámbito han sido hasta el momento

excesivamente tímidos, y siempre condicionados -en la sombra- por entidades supraestatales de naturaleza difusa.

Un elemento de interés, que no figura entre los señalados por Embid Irujo, es que la nueva regulación económica se centra exclusivamente en aspectos de carácter administrativo, financiero, tributario y mercantil, sin que tenga el oportuno reflejo en otras ramas del derecho público, como el sancionador, el disciplinario o incluso el penal. Ello invita a pensar que en el sentir de los poderes públicos nos encontramos ante una crisis económica con fuertes consecuencias pero sin responsables a los que culpabilizar por los errores cometidos.

El concepto de constitucionalización de la crisis económica es esencial en la monografía de Embid Irujo, que dedica a su análisis el Capítulo Segundo (pp. 35-46). Se trata de un proceso complejo en el que se identifican hasta cuatro fenómenos. Por un lado, en el ámbito interno, destacan la modificación de los textos constitucionales nacionales para incluir preceptos cuyo origen y causa se encuentran en la crisis, y la interpretación y desarrollo que de la normativa adoptada con motivo de la crisis realizan los Tribunales Constitucionales de los Estados miembro. En el ámbito externo, se encuentran la reforma en algún punto de los Tratados que fundamentan la Unión Europea para poder dominar y conducir la crisis económica, y la adopción o modificación de instrumentos de Derecho derivado europeo (Reglamentos y Directivas) para avanzar en la gobernanza europea, ganando terreno a ámbitos tradicionalmente reservados a la "soberanía" estatal de las autoridades nacionales.

Tras analizar las grandes cuestiones que afloran en los procesos tradicionales de constitucionalización (soberanía, representatividad política, reparto competencial), el autor las extrae al plano europeo y al caso concreto de la gobernanza económica, identificando la ineficacia y falta de representatividad de las instituciones europeas como limitaciones al proceso.

En los capítulos siguientes, Embid Irujo analiza algunos ejemplos del proceso de constitucionalización, comenzando por la reforma de la Ley Fundamental de Bonn realizada en julio de 2009 (Capítulo Tercero, pp. 47-52), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Capítulo Cuarto, pp. 53-64) y la reforma de la Constitución Española (Capítulo Quinto, pp. 65-90).

El autor dedica una tímida atención a la modificación de la Ley Fundamental de Bonn, señalando apenas las razones en las que trae causa: la escasa regulación de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* y la necesidad de prohibir el endeudamiento excesivo, eliminando toda excepción a la regla general del equilibrio presupuestario.

Los recelos del Tribunal Constitucional Federal alemán frente a la nueva normativa son objeto central del Capítulo Cuarto. Embid Irujo se centra en el análisis pormenorizado de tres importantes sentencias y un auto dictados por el *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Las dos primeras sentencias ("Maastricht" de 2009 y "Lisboa" de 2011) resultan desestimatorias y permiten que se ratifiquen los Tratados homónimos adoptados en el ámbito europeo. Su importancia radica en que determinan que incluso la normativa comunitaria pueda ser confrontada con la Constitución alemana ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. Esta jurisprudencia es clave por cuanto se aplica para analizar bajo ese mismo prisma las medidas adoptadas como reacción a la crisis económica. La sentencia de septiembre de 2011, motivada por la reforma de la Constitución alemana en julio de 2011, establece una importante restricción para el futuro: la necesaria intervención

del Parlamento alemán, que habrá de prestar su consentimiento previo a las futuras regulaciones europeas que tengan efectos importantes sobre el presupuesto interno, por considerarse éste parte fundamental de la capacidad de autodeterminación democrática del Estado.

El Auto, adoptado meses después, constituye la primera aplicación de esta nueva jurisprudencia y determina la suspensión de la ejecutividad de la Ley de 9 de octubre de 2011 que aprueba –sin el consentimiento previo del *Deutsche Bundestag*– el mecanismo comunitario temporal de estabilización. Esta jurisprudencia ha cobrado renovada vigencia en época reciente con motivo de la tramitación del Proyecto de Unión Bancaria, cuya entrada en vigor se ha retrasado a 2014 a petición de Alemania, obligada a satisfacer el trámite del consentimiento del Parlamento previo a la adopción de los dos Reglamentos en que se articula la propuesta.

La modificación del artículo 135 de la Constitución Española es objeto de análisis en el Capítulo Quinto. Se sorprende Embid Irujo de la celeridad de la tramitación de la reforma y la compara, en lo formal y lo material, con la reforma constitucional realizada en 1992. En ambos casos subraya el elemento europeo como causa de las reformas, identificando en esta última las notas de voluntariedad, carácter proactivo y el efecto mediato, al requerir como instrumento de implementación la aprobación de una Ley Orgánica.

Desde el punto de vista del contenido, la reforma del artículo 135 supone la subordinación nacional a decisiones europeas en materia de déficit y deuda, límites que ya estaban presentes en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (1997) y que resultan, por ende, vinculantes para España. Del estudio que Embid Irujo realiza de la reforma resulta especialmente interesante la enumeración de las consecuencias jurídicas, políticas y sociales.

314

En primer lugar, se produce una confusión de los planos de la constitucionalidad interna y externa en lo relativo al déficit y la deuda, circunstancia que engarza con el control que en la materia puede realizar el Tribunal Constitucional español. En segundo lugar, se constitucionaliza la pertenencia del Estado a la Unión Europea, poniendo de manifiesto la importancia de avanzar en la coordinación de las políticas económicas entre los Estados miembros. Por último, desde el punto de vista social, la incorporación del principio de “estabilidad presupuestaria” plantea evidentes limitaciones en la capacidad de configuración de las políticas sociales por parte de los poderes públicos.

Al hilo de lo anterior queda en el aire una interesante reflexión de Embid Irujo: considerando que en el pasado se ha producido un incumplimiento reiterado de las reglas de disciplina en déficit y deuda, en qué medida la constitucionalización del principio cambiará la tendencia y contribuirá a la consecución del objetivo final.

En el Capítulo Quinto resulta interesante, además, la comparación que el autor realiza de la reforma de la Constitución alemana y la española. Destaca, entre otros aspectos, la diferente aplicabilidad plena desde el punto de vista temporal (diferido hasta 2020 en el caso de España); la determinación constitucional de las cifras de déficit en el caso alemán y su remisión a Ley Orgánica en el español; la asunción de la reforma como resultado de la incorporación a la Constitución alemana de decisiones internas autónomas frente al reconocimiento expreso del elemento europeo en el caso español; y los distintos *tempos* que han regido la tramitación de la reforma constitucional.

Finalmente, en el Capítulo Sexto (pp. 91-144) el autor analiza las perspectivas de una modificación de los Tratados para una futura gobernanza económica de la Unión Europea.

Este capítulo es el que merece mayor atención, tanto en extensión como en contenido. El autor dedica el primer apartado, a analizar la crisis de la deuda y el surgimiento de las políticas europeas de ayuda a los Estados miembros, con la consiguiente modificación del Derecho originario de la Unión Europea. En concreto, se refiere a la modificación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para incorporar el Fondo de Rescate Permanente (sustituto del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera) por el que se constituye un fondo económico, se regula el procedimiento para otorgar las ayudas y los mecanismos para controlar su uso. La relevancia de esta primera modificación que se realiza de los Tratados con motivo de la crisis radica en su naturaleza de condición necesaria para su superación, pero ello no la exime de algunas incertidumbres que Embid Irujo señala. Por un lado, se cuestiona la capacidad de los Estados beneficiarios para devolver la ayuda junto con los intereses pactados. Por otro, se anticipa que la participación en el Fondo implicará un incremento material de déficit y deuda para los países prestamistas. De ahí que concluya la necesidad de acompañar el mecanismo de rescate con la oportuna reactivación económica, creciente y sostenida.

En otro orden de cosas, el autor critica que las Instituciones Europeas vivan de espaldas a las medidas de restricción impuestas a los Estados miembro. Menciona en particular la pervivencia del favorable tratamiento tributario, las generosas clases pasivas y los privilegiados regímenes retributivos de su personal, que contrastan con la imposición de políticas de austeridad en el ámbito interno de los Estados.

315

En línea con lo anterior, Embid Irujo aprovecha para valorar algunas respuestas europeas a los retos derivados de la crisis económica. Por un lado, califica de burocrática y lenta la creación de múltiples organismos, entre los que destaca las tres Autoridades Europeas de Supervisión constituidas en 2010 (la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y que, enmarcadas en el Consejo Europeo de Riesgo Sistémico, tienen por función alertar de las posibles amenazas que pongan en riesgo la estabilidad económica y fomentar la mejora de la supervisión financiera dentro y fuera de la Unión Europea.

En esta crítica, coincido –si bien sólo en parte- con el autor. La creación de órganos implica un incremento en el uso de recursos materiales y humanos, pero desde el punto de vista técnico no debe obviarse la importancia de las funciones que tienen asignadas las referidas Autoridades supervisoras. Centrándonos en la respuesta jurídica a la crisis, destaca la elaboración por estos organismos de normas técnicas de implementación, así como la identificación de los estándares mínimos que permiten la armonización en los ámbitos de su competencia; instrumentos que, a medio y largo plazo, contribuirán a anticipar y resolver eficazmente situaciones como la presente.

Por otro lado, Embid Irujo se refiere al fracaso de la coordinación de las políticas económicas de los Estados de la eurozona prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si bien no entra a examinar la efectividad económica de las medidas jurídicas adoptadas hasta la fecha.

Analiza en particular dos cuestiones distintas pero conexas por su común fundamento en el Derecho originario europeo y las implicaciones jurídicas y políticas

que ambas presentan. En primer lugar, subraya la levedad del sistema establecido en el Tratado para la coordinación de las políticas económicas de los Estados, por cuanto carece de consecuencias punitivas para garantizar el cumplimiento de las orientaciones, razón esta que explica, en opinión del autor, la actual falta de coordinación.

La segunda cuestión se refiere a la compra de deuda pública de los Estados miembros por parte del Banco Central Europeo. En este caso reflexiona Embid Irujo si el instrumento resulta jurídicamente compatible con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia que establece el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata de una práctica que entraña evidentes riesgos, ya que la prohibición de compra de deuda directamente por emisores públicos tiene un claro sentido económico (prevenir la distorsión de los precios de la deuda) y jurídico (respeto a la “constitucionalización” económica existente).

Una cuestión interesante que Embid Irujo no aborda en su análisis es la relativa a los proyectos de normativa comunitaria iniciados en 2010 y que se encuentran actualmente en tramitación. Por su interés y relevancia en la materia objeto de estudio, merece la pena destacar la modificación de la regulación de las agencias de calificación crediticia. El objetivo de la reforma es asegurar una supervisión centralizada y eficiente de las agencias de calificación a nivel comunitario por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, con la triple finalidad de afinar la supervisión, aumentar la competencia en el sector de las agencias de calificación y mejorar la protección al inversor.

Otros elementos escapan al análisis de Embid Irujo debido al marco temporal considerado en su estudio. Ello explica, por ejemplo, que no mencione recientes propuestas surgidas en el ámbito europeo (como el impulso de la Unión Bancaria) ni refiera las importantes medidas adoptadas en España en materia de reestructuración y mejora del sistema financiero (la creación de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, el “Banco malo”, en su acepción popular).

316

En el penúltimo subapartado del Capítulo Sexto, se analiza la tramitación de un nuevo tratado europeo de perfil intergubernamental, no propio del método comunitario, al que Embid Irujo augura una escasa trascendencia constitucionalizadora, al no innovar sobre las prescripciones en materia económica actualmente vigentes. Anticipa que se trata de una oportunidad perdida para avanzar en la constitucionalización de un verdadero gobierno económico, al carecer de nuevos elementos que permitirían subvenir a las insuficiencias del régimen vigente.

Por último, Embid Irujo dedica una decena de páginas a elaborar una “reflexión final conclusiva” en la que analiza el futuro y límites del gobierno económico de las economías nacionales en el proceso de intensificación de la integración europea, siendo esta la aportación esencial de la monografía.

Entre otras ideas, anuncia como condición frente al “estallido” de la Unión Europea, la necesidad de una nueva forma de concebir Europa, apostando por el gobierno europeo efectivo de las economías nacionales en un proceso de intensificación de la integración europea que ha de ir acompañado en todo caso de la modificación de las Cartas magnas nacionales para incluir los nuevos principios de la gobernanza económica. Señala, como límites de la constitucionalización en el plano europeo actual, la poca homogeneidad de los Estados miembros y la defensa

de la “estatalidad” de elementos esenciales que conforman el núcleo intangible en ciertas constituciones.

Para el autor, la opción realista para resolver la crisis se encuentra en mejorar la respuesta a nivel supranacional sin incurrir, como hasta ahora, en la adopción indiscriminada de medidas. Tras varios años de desaciertos considera que ahora debe primar la reflexión frente a la respuesta rápida. Embid Irujo se muestra partidario de fomentar la gobernanza en materia económica, identificando la existencia de ciertos elementos de vinculación supranacional que justifican la adopción de medidas de política económica a nivel europeo.

Por virtud de lo anteriormente expuesto, considero que el análisis que realiza Embid Irujo en “La constitucionalización de la crisis económica” constituye un interesante punto de partida para la reflexión sobre el futuro de la gobernanza económica en la Unión Europea, siendo su lectura aconsejable –aunque no imprescindible- para quienes se interesen en la materia.

Consciente del carácter complejo, heterogéneo y dinámico del Derecho público económico, Embid Irujo anticipa en la obra recensionada la necesidad de publicar en el futuro una nueva monografía, ampliada y actualizada, donde se analicen los últimos avances en el proceso de constitucionalización de la Unión económica recién iniciado. Quedamos por ello emplazados a su lectura, pudiendo afirmar sin error a equivocarnos que la misma resultará útil y enriquecedora, contribución doctrinal necesaria para un Derecho en constante evolución.

## Recensión

### ***La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública,***

**Andrea Greppi,**

**(2012) Trotta, Madrid, 216 pp.**

**Ana Catalina Arango Restrepo**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[aarango@der-pu.uc3m.es](mailto:aarango@der-pu.uc3m.es)

En un contexto de angustia y pesimismo generalizado en donde la instauración de la democracia que una vez devolvió la esperanza a generaciones enteras devastadas por la opresión y la violencia hoy parece agotada para responder a las exigencias de los ciudadanos de justicia y libertad, cobra especial relevancia volver a discutir la función que deben cumplir sus instituciones. La debilidad de los gobiernos para controlar la influencia de los grupos económicos en la dirección del Estado, la corrupción de una clase política que apática a la indignación de los ciudadanos se perpetúa en el poder y la incapacidad de estos mismos para organizarse y participar activamente más allá de protestas callejeras en momentos de crisis, son problemas que se repiten de una democracia a otra con el hastío y el desgaste que supone, en algunas de ellas, la implementación de medidas que no logran contener su fracaso.

318

La investigación de Andrea Greppi participa de este malestar por las “promesas no cumplidas de la democracia” (Bobbio, 2007) y encuentra la causa de su degradación en el progresivo vaciamiento de los principios de representación política y de separación de poderes. Si bien no son estos los únicos elementos que determinan la consolidación de un sistema democrático, cobran especial importancia en la medida en que constituyen el escenario en donde se forma, y *también se deforma, la opinión y la voluntad del ciudadano* (p. 199). Por esta razón, el diagnóstico del autor va acompañado de una propuesta de corte deliberativo que insiste en que la solución a esta crisis no está en acercar los ciudadanos a sus representantes mediante el diseño de nuevos mecanismos de participación política, sino en fortalecer la capacidad discursiva que les permitirá expresarse, construir una opinión propia e intervenir en aquellos asuntos de relevancia política.

El interés de Andrea Greppi por las propuestas que han hecho las teorías deliberativas para solventar las crecientes deficiencias de los sistemas representativos, no es nuevo. En escritos como *Representación política y deliberación democrática* y *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, ya había abordado algunas de las inquietudes que desarrollará con mayor detenimiento en este libro. No obstante, en esta ocasión, inconforme con los criterios que se siguen utilizando para diferenciar la democracia de otros regímenes políticos o incluso de variaciones distorsionadas de la misma,

Greppi va más allá y se lanza a sugerir un criterio que obedezca al contexto histórico y cultural actual y, a partir del mismo, plantea una interesante relectura de los principios de representación política y de separación de poderes.

Los cinco capítulos que componen el libro se debaten entonces entre el pesimismo de constatar la decadencia de los principios en que se funda una democracia y la necesidad de reinventar las posibilidades que ésta tiene de cumplir sus promesas. Si bien no encontrará el autor una fórmula definitiva para responder al sinnúmero de problemas que identifica y devolver la credibilidad en la “ficción de la representación” –porque como él mismo lo advierte no es éste el propósito de su libro– su gran contribución consiste en proponer un cambio de perspectiva que supone replantear el problema hacia el cual deben dirigirse las próximas reflexiones.

Da comienzo a su estudio un diagnóstico de los factores que ponen en riesgo la estabilidad de las democracias actuales que, para ser certero, y como ya hemos anotado, exige establecer una pauta que permita diferenciar la democracia de su contrario. Dice el autor: *[e]n tiempos en que la democracia no tiene rivales, cuando la gran mayoría de los países son, o dicen que son, o quieren llegar a ser democráticos, ¿bajo qué condiciones podemos hablar de calidad democrática? ¿Cómo se mide lo más y lo menos democrático?* (p. 20).

Un criterio estrictamente procedimental que defina la calidad de la democracia a partir de la celebración de elecciones libres y regulares parece insuficiente en los tiempos que corren, sobre todo para analizar aquellos casos híbridos que cumplen con los estándares procedimentales pero que no logran deshacerse de la actuación de poderes despóticos o autoritarios en su interior. Al mismo tiempo, la adopción de criterios cualitativos para medir *lo más y lo menos democrático* en aspectos como el respeto por la libertad, la representación de los intereses de los ciudadanos o la responsabilidad de los representantes, entre otros, supone la inclusión de términos valorativos que harían de los resultados una evaluación condicionada por las concepciones de quien elabora los indicadores.

Encontrándolos insuficientes a ambos, Andrea Greppi sugiere centrarse en la dimensión deliberativa y definir la calidad de una democracia a partir de *la capacidad efectiva del ciudadano para incidir de forma responsable, reflexiva, en el proceso de formación de la voluntad colectiva* (p. 33). En la medida en que, para el autor, la voluntad no se forma con anterioridad al proceso de deliberación sino que se construye dentro del mismo, este criterio exige tener en cuenta no sólo *la regularidad del proceso político, o sus condiciones sociales y materiales*, sino también, y sobre todo, *el entorno en que el sujeto despliega sus capacidades reflexivas* (p. 34). El indicador propuesto por Greppi devuelve el protagonismo al ciudadano y enfoca el análisis en sus competencias comunicativas y el proceso en que se moldea su opinión y su voluntad. Este criterio de calidad democrática es utilizado más adelante, como veremos, para proponer una reinvención de la representación.

Ahora bien, uno de los puntos más interesantes del libro y en el que nos centraremos a continuación es el que se refiere al principio de representación política. Como adelantamos, el vaciamiento de su contenido constituye para el autor, una de las principales variables que contribuyen a la degeneración de una democracia. Este capítulo propone una reinterpretación del concepto de voluntad general planteado por Rousseau y a partir de ella, transforma de manera radical lo que hasta ahora se ha entendido por representación.

Aun cuando en el *Contrato social* encontramos una clara oposición a la posibilidad de que los ciudadanos elijan representantes que actúen en su nombre – pues para Rousseau que el pueblo tome personalmente las decisiones es la única forma de garantizar que sus miembros se interesen en los asuntos públicos y que éstas respondan al interés general y no al propio de los representantes– el concepto de voluntad general por él desarrollado ocupa un papel central en la teoría de la representación política<sup>1</sup>. En efecto, como veremos más adelante, ésta se ha definido en función tanto de la actuación en nombre y por cuenta de otros, como de la realización de la voluntad de esos otros a favor de los cuales se actúa.

Pero, para entender la relectura que propone Andrea Greppi, conviene hacer un breve recuento de cómo entiende Rousseau la voluntad general. Para el ginebrino ésta no se construye en las deliberaciones de la asamblea. Partiendo de que existe un bien común objetivo que es conocido por todos los ciudadanos entiende que la voluntad general, que encarna ese bien común, se manifiesta individualmente en la conciencia de éstos mediante un simple ejercicio de sensatez que antecede al debate. Cada ciudadano participa entonces de la voluntad general en la medida en que los intereses que ésta reclama, coinciden con los suyos propios. No quiere decir esto que Rousseau desconozca que los ciudadanos tienen también una voluntad particular, pero sí advierte que cuando esos intereses que no comparten con el resto de la sociedad entran en conflicto con aquellos que favorecen el bien común, deben darle siempre prelación a los primeros. Esta identificación de los ciudadanos con un interés que es común a todos supone que las leyes que se aprueban en la asamblea van a ser siempre un fiel reflejo de su voluntad. Cuando una decisión no se adecúa al interés general es porque durante las votaciones se ha dado cabida a intereses particulares que socavan la voluntad general.

Con gran acierto y en un sentido similar al de autores como Plamenatz<sup>2</sup>, Andrea Greppi da un giro a la idea de voluntad general planteada por Rousseau y advierte que no existe una voluntad previa al proceso de discusión que pueda ser revertida en las decisiones políticas. La voluntad general, si es que existe alguna (el autor lo pone en duda), no se manifiesta en la conciencia de cada ciudadano sino que es resultado de “un proceso de elaboración pública”, de un diálogo en el que confluyen los ciudadanos y las instituciones. Antes de que se despliegue este diálogo la voluntad general es un concepto vacío que no es susceptible de representación. Sólo durante la marcha la voluntad se va dotando de contenido en un proceso que estará determinado por el papel que jueguen las instituciones en el “intercambio comunicativo” y las influencias que ejerzan unos ciudadanos sobre otros.

Este cambio de perspectiva, que considero afortunado, trae consigo un giro en la forma en la que se ha definido el concepto de representación política pero,

<sup>1</sup> Advierte Rousseau (1996: 120): *[I]a soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra: no hay término medio.* No obstante, cuando intenta aplicar estos principios al caso de Polonia, Rousseau encuentra que es fácticamente imposible reunir al pueblo para que él mismo redacte la ley. Ante este hecho, acepta que se elijan representantes para que actúen en nombre de la voluntad general, no sin antes advertir que, en todo caso, éstos deberán quedar sometidos a estrictos controles que impidan su corrupción.

<sup>2</sup> Al respecto afirma John Plamenatz: (1988: 397): *[p]rivate citizens who come together to debate public matters and to reach common decisions do not ordinarily have precise and fixed ideas about what should be done; their ideas are mostly fluid and take firmer shape in the course of debate. It is largely by meeting together to deal with public affairs that they acquire definite political opinions : opinions about what they and others are entitled to ask of the community and what has to be done to meet their claims.*

planteado en los términos que propone Greppi, puede correr el riesgo de ser desdibujado. En efecto, teniendo en cuenta que con anterioridad al debate no existe voluntad o interés alguno que pueda representarse, el autor deja a un lado la idea de medir la representación en función de la *correspondencia, equivalencia o simetría* que debe existir entre los intereses de los electores y las decisiones de sus representantes.

Con el ánimo de renovar entonces este concepto y dar sentido a la idea de que la voluntad es resultado de un proceso que se construye sobre la marcha, Greppi propone atender a las condiciones, al entorno en el que los ciudadanos despliegan sus capacidades discursivas. En este sentido: *la representación es entendida como un proceso cuyos referentes centrales no están ni en las elecciones y los parlamentos, ni en los sistemas de control, sino en el intercambio discursivo entre ciudadanos e instituciones, en el ir y venir de las razones que permite tomar conciencia de la relevancia de las cuestiones sometidas a debate, en un proceso constitucionalmente reglado, en el que intervienen distintos actores, en diferentes roles* (p. 61).

Para reforzar la tesis de que ya no es posible seguir entendiendo la representación como un *juego de espejos* en donde las opiniones y necesidades de los electores se reflejan en las decisiones de quienes actúan en su nombre, el autor se apoya en dos circunstancias concretas: *la individuación de la base social y la fragmentación del espacio de acción política* (p. 46). La primera, produjo el doble efecto de politizar aspectos que concernían exclusivamente a la esfera privada (por ejemplo, el matrimonio, la familia etc.) y despolitizar aquellos que habían sido objeto de discusión pública (como la economía), alterando con ello los escenarios en que se llevaban a cabo los procesos representativos. La segunda, trajo consigo la dificultad para encontrar en sociedades tan divididas como las contemporáneas un interés común que identifique a los ciudadanos y que pueda traducirse en demandas concretas a los representantes.

A lo anterior, advierte Greppi, se suma el hecho de que las demandas de los electores no permanecen inmutables durante todo el proceso representativo ni tampoco las decisiones de los representantes tienen el mismo significado en todas las etapas del mismo. Unas y otras están expuestas a un proceso de elaboración cuyo resultado no siempre es previsible pues, tanto los ciudadanos pueden cambiar de opinión respecto a sus demandas iniciales como los representantes verse en la necesidad de moldearlas atendiendo a las posibilidades que tienen de realizarlas y los fines que persiguen.

Pero, dejar a un lado la representación como un sistema de equivalencias para centrarse en su dimensión deliberativa no significa alterar el marco institucional de la democracia representativa. Se trata simplemente de enfocarse, no en el resultado de la representación (si se cumplieron las promesas electorales o si la creación de las leyes obedece a las demandas de los ciudadanos), sino en los procesos a través de los cuales se forman su opinión y su voluntad. Debe abogarse así, por el establecimiento de las condiciones adecuadas para que los ciudadanos puedan desarrollar “las capacidades necesarias para formar y expresar una opinión propia, y para lograr que esa opinión pueda ser escuchada y tomada en consideración en público” (p. 83).

En este sentido, para asegurar la calidad de una democracia no haría falta idear nuevos mecanismos de participación o aumentar el número de veces en que el ciudadano es convocado a las urnas, ni siquiera sería suficiente con delegar todo a la educación. De hecho, Greppi se muestra escéptico frente a la idea de que la

implementación de mecanismos alternativos a las instituciones representativas que estimulen la intervención directa de los ciudadanos en la toma de aquellas decisiones que los afecta de manera inmediata, baste para reducir la brecha que los separa de sus representantes.

Experiencias como los *presupuestos participativos*, la *democracia de sondeos* o los *sondeos deliberativos*, son un claro ejemplo de que si bien la creación de estos espacios de diálogo entre las instituciones y los ciudadanos ayuda a combatir la apatía de estos por los asuntos públicos y les permite expresar sus preferencias de manera eficiente, no logran compensar por sí solos *la pérdida de representatividad de nuestros sistemas políticos* (p. 64). *En definitiva* –advierte Greppi– *lo que me interesa subrayar aquí es que el efecto educativo de la deliberación colectiva en espacios de participación local no depende sólo de la disposición cívica de los participantes y de la buena voluntad de políticos y burócratas, sino también de la calidad del entorno discursivo en que se desarrolla el proceso, esto es, de las condiciones en las que se discute y se toman las decisiones* (p. 66).

Pero, si no es ampliando los canales de participación, ¿cómo se devuelve la credibilidad en las instituciones de la representación? Para Greppi la solución consiste en recuperar los contenidos de los principios de representación política y separación de poderes que “dibujen un marco comunicativo adecuado para los procesos de formación de la opinión y la voluntad”. Para ello serían de gran ayuda las medidas que se propongan mejorar las capacidades discursivas de los ciudadanos, multiplicar los espacios en los que se delibera y fortalecer los canales de comunicación entre éstos y las instituciones. Esta propuesta no es nueva y por el contrario se enmarca dentro de las tan exploradas soluciones aportadas por las teorías de la democracia deliberativa. Se trata de retomarlas e insistir en su implementación y mejora, cosa que, como advierte el autor, no es poca.

322

Si bien entonces Andrea Greppi hace un análisis riguroso que claramente enriquece el debate sobre cómo hacer frente a la crisis del sistema representativo, su relectura del concepto de voluntad general y las consecuencias que de ella se derivan para el principio de representación política no están exentas de objeciones; sobre todo en lo que se refiere a la definición de los intereses que preceden al debate y a la negación de la representación como un sistema de correspondencia.

Respecto al primer punto, comparto con Greppi la reformulación del concepto de voluntad general que supone entenderlo como el resultado que arroja un proceso de deliberación en espacios en los que los ciudadanos deciden el sentido y alcance que van a otorgarle. No obstante, la premisa de la que parte para llegar a esta conclusión es bastante discutible. El autor afirma que antes de poner en marcha las mediaciones institucionales el ciudadano no tiene una voluntad que pueda ser trasladada a la arena política y no porque carezca de una voluntad propia sino porque por sí sólo es incapaz de descubrir su contenido, de evaluar críticamente los intereses que ésta encierra. Es a lo largo del proceso deliberativo cuando el ciudadano descubre sus verdaderos intereses y su voluntad toma forma. En este sentido, si antes de la discusión no existe voluntad alguna susceptible de ser representada, la correspondencia no puede ser el criterio para medir la representación.

Contrario a lo defendido por Greppi, considero que antes de poner en marcha las mediaciones institucionales la voluntad individual no es un concepto vacío. Los ciudadanos sí tienen la capacidad de conocer sus intereses y preferencias por sí mismos antes de que se despliegue el proceso de deliberación;

de hecho, movidos por ese conocimiento, actúan en un sentido u otro y trasladan a la arena política sus inquietudes. La discusión al interior del órgano representativo tiene lugar entonces, sobre la base de que existen voluntades que deben ser armonizadas de acuerdo a lo que durante el proceso de deliberación se decida que conviene al bien común. De esta forma, si la voluntad general es una construcción y no una entidad que se manifiesta individualmente en la conciencia de los ciudadanos, no lo es porque éstos carezcan de una voluntad que se forma con antelación al debate y de un criterio de lo que favorece a todos o a unos cuantos.

Sí existen voluntades individuales con un contenido claro pero no podemos decir que encarnan la voluntad general antes de que hayan sido sometidas a un debate en el que se acuerda que encierran unos intereses que nos favorecen a todos. El objeto de la discusión consiste en moldear, reelaborar o decantar esos intereses, no en crearlos. Afirmar que éstos se forman a partir de la discusión traería consigo el peligro de que, dependiendo su definición exclusivamente de los representantes, queden limitadas las posibilidades de los ciudadanos de autogobernarse y anulado el vínculo que los une con ellos.

El segundo punto, estrechamente vinculado al primero, se refiere a que la propuesta de Greppi de abandonar la representación política en términos de correspondencia corre el gran riesgo de desdibujar el concepto mismo de representación. En efecto, su definición entraña la existencia de algún grado, si no de “equivalencia” o “simetría”, al menos sí de “concordancia” entre los intereses de los electores y las decisiones de sus representantes. Autores como Hanna Pitkin, según lo habíamos adelantado, han definido la representación política en función de dos elementos: la sustitución de una persona y la actuación en favor del interés de la persona a quien se sustituye<sup>3</sup>. También Sartori ha encontrado en la proporción entre las demandas de los electores y las decisiones de sus representantes, la medida del todo sistema de representación<sup>4</sup>.

Esto no implica, en todo caso, desconocer la arraigada prohibición del mandato imperativo. Si bien su función está lejos de ser la de ejecutar las instrucciones de sus electores pues conservan independencia respecto a estos, sí supone “encontrar un equilibrio delicado entre receptividad y responsabilidad, entre rendición de cuentas y comportamiento responsable, entre gobierno *de* y gobierno *sobre* los ciudadanos” (Sartori, 1999: 6). La representación se degrada, advierte Sartori, cuando se rompe el equilibrio entre sus dos componentes principales: la receptividad y la responsabilidad.

El balance entre ambos, receptividad y responsabilidad, es llevado a cabo por los ciudadanos en las elecciones. En ese momento, emiten un juicio en el que evalúan la inclusión de sus intereses en las decisiones adoptadas por sus representantes y basados en éste, calculan las probabilidades que tendrán en el siguiente período de que esas inquietudes sean atendidas o por lo menos evaluadas por éstos (el denominado voto retrospectivo y voto prospectivo).

<sup>3</sup> Dice Hanna Pitkin (1985: 247): *[e]s representación si el pueblo (o un distrito electoral) está presente en la acción gubernamental, aun cuando no actúe literalmente por sí mismo. En la medida que se trata de una cuestión de actuar sustancialmente por otros, requiere una acción independiente en interés de los gobernados, de una manera al menos potencialmente sensible en la respuesta frente a ellos, pero que no esté normalmente en conflicto con sus deseos.*

<sup>4</sup> En un sentido similar al de Hanna Pitkin, advierte Sartori (1999: 4): *[[]a <representación electiva> trae ciertamente consigo: a) receptividad (responsiveness), los parlamentarios escuchan a su electorado y ceden a sus demandas, b) rendición de cuentas (accountability), los parlamentarios han de responder, aunque difusamente, de sus actos, y c) posibilidad de destitución (removability), si bien únicamente en momentos determinados, por ejemplo, mediante un castigo electoral.*

De esta forma, aun cuando las promesas electorales no son vinculantes *los representantes que persiguen el objetivo de la reelección tienen el incentivo de asegurar que sus decisiones actuales no provoquen un rechazo futuro por parte del electorado. Por consiguiente, han de tratar de predecir las reacciones que generarán esas decisiones e incluir esa predicción en sus deliberaciones* (Manin, 1998). La rendición de cuentas y el sometimiento a evaluaciones periódicas obliga a los representantes a incluir en sus cálculos políticos la voluntad de los votantes, lo cual constituye sin duda un argumento razonable de que la correspondencia sigue siendo un elemento inherente a la representación.

De otro lado, si bien las teorías deliberativas de la democracia aportan una nueva perspectiva que resuelve algunos de los problemas que plantea la representación política, su adopción no supone abandonar la definición de representación en términos de correspondencia. En este sentido, Andrea Greppi (2007: 163) advierte –en un artículo publicado con anterioridad– que la concepción deliberativa de Habermas propone que el papel de las instituciones en un sistema representativo no se limite a reflejar los distintos intereses presentes en la sociedad, pues, *[s]u función consiste en establecer un puente, o mejor, una red de puentes, un sistema de vasos comunicantes que sirvan para poner en contacto los distintos espacios en los que se desarrollan, de manera espontánea, los procesos de reproducción del consenso y la solidaridad. Y han de ser capaces, además, de introducir esos procesos en el núcleo de legitimidad del sistema político*. Si bien entonces las decisiones de los representantes no se reducen a una fiel reproducción de las demandas de los electores, sí deben éstos participar en los procesos de discusión en los que se forma la opinión y la voluntad política y, en esa medida, las leyes creadas por los representantes expresan o representan los intereses de los ciudadanos: *[l]a vieja democracia liberal –afirma Greppi (*Ibid.* : 164)– ha dado paso a una democracia deliberativa en la que la esfera pública funciona como caja de resonancia de los impulsos vitales que provienen de la sociedad civil.*

Por último, si dijéramos que todo el acento debe ponerse en el debate y el vínculo con los electores desaparece, ¿qué sentido tendría elegir representantes? Así entendido, cualquier grupo de personas que delibere con las condiciones propuestas por el autor serían representantes legítimos de los ciudadanos aun cuando no hayan sido elegidos democráticamente para tomar las decisiones en su nombre. Aunque esta conclusión es un absurdo que parece alejarse bastante del planteamiento de Greppi, nos sirve para ilustrar hasta dónde puede llevarnos una propuesta que pretenda romper el vínculo que une a los representantes con sus electores. Así lo reafirmaría también el argumento del mismo autor en el sentido de que: *un sistema político no se vuelve democrático por el mero hecho de que en el interior de las instituciones se delibere mucho: esto sucede también en el gabinete del peor de los déspotas. Lo que importa no es que se discuta, sino dónde se discute y entre quién* (p. 184).

Podría reconstruirse entonces la propuesta de Greppi advirtiendo que la representación sí puede definirse en términos de correspondencia siempre que ésta no sea entendida como una simple reproducción, un fiel reflejo sin más de los intereses de los ciudadanos sino como el resultado de un proceso de deliberación en el que éstos intervienen en la formación de la opinión y la voluntad política. Una vez se ha deliberado y los ciudadanos han intervenido en su formación, sí debe existir una correspondencia entre esa voluntad y las decisiones de los representantes. La representación no supone, en todo caso, la inclusión de cada

uno de los intereses y preferencias de los ciudadanos<sup>5</sup>, pues también es responsabilidad de los representantes evaluar su conveniencia y decantar sus inquietudes. En un sentido similar, advierte J. Cohen (1999: 135): *[[]a deliberación, por tanto, centra el debate en el bien común. Y las concepciones relevantes del bien común no incluyen simplemente los intereses y preferencias previos a la deliberación. Al contrario, los intereses, objetivos, e ideales que incluye el bien común son aquellos que sobreviven a la deliberación, intereses a los que, tras la reflexión pública, pensamos que es legítimo apelar para hacer reclamos de recursos sociales.*

Otro punto interesante es el desarrollado en el capítulo cuarto. En él, advierte el autor que a la degradación del principio de representación política le acompaña un vaciamiento del principio de separación de poderes que define en los siguientes términos: *asistimos impotentes a la disolución de las líneas de demarcación entre poderes públicos y entre poderes públicos y poderes privados. Proliferan los poderes difusos, no necesariamente perversos, pero sí técnicamente ab-solutos, que no están sujetos a ninguna forma de control específico, poderes inaferrables, 'líquidos'* (p. 93).

Para hacer frente a esta situación propone, al igual que con el principio de representación política, una relectura del principio de separación de poderes que resulta bastante innovadora. Desde sus inicios, la justificación de éste principio se encontró en la necesidad de diferenciar y distribuir funciones y establecer límites y controles al poder. El autor introduce un elemento nuevo a ésta justificación y señala que la insistencia en crear reglas que contemplen una *estricta determinación de poderes* va más allá de ejercer un control sobre el poder para impedir sus abusos. Además de ser un mecanismo para fragmentar la autoridad y distribuir el trabajo, su verdadera función consiste en servir de “autodeterminación democrática”.

En efecto, la visibilidad que dicho sistema otorga a las decisiones adoptadas por cada órgano permite al ciudadano identificar con claridad quién decide y bajo qué condiciones, de manera que pueda asignar responsabilidades y pronunciarse sobre ellas. La diferenciación de los poderes facilita entonces el diálogo entre los ciudadanos y las instituciones y les permite intervenir en la discusión y definición de las medidas que los afectan. Por el contrario, la confusión de poderes y la imposibilidad de determinar quién decide, rompe los canales de comunicación entre ellos propiciando la imposición de poderes arbitrarios.

Esta reinterpretación del principio de separación de poderes implica un giro que guarda una estrecha relación con el objeto buscado por el autor en el capítulo anterior: fortalecer los canales de comunicación entre los ciudadanos y las instituciones. No obstante, encierra una contradicción con su tesis sobre la representación política. En efecto, la asignación de responsabilidades no parece tener sentido en un sistema en donde la decisiones adoptadas por los representantes no se evalúan en razón de los intereses o preferencias expresados por sus ciudadanos. ¿Con base en qué criterios los ciudadanos podrían atribuir responsabilidades si antes de ser desplegadas las mediaciones institucionales son

<sup>5</sup> Es importante aclarar que la exigencia de un grado significativo de correspondencia no supone que la composición del órgano legislativo deba reproducir cada uno de los sectores en los que se encuentra dividido el electorado. En efecto, *[S]i la representación política no es más que un mecanismo mediante el cual se concentran en un órgano de decisión los intereses de los distintos segmentos sociales a través de unos voceros cuya función consiste en cuidar de cada uno de esos intereses, entonces la democracia aparece directamente como un proceso de negociación incesante de intereses a la búsqueda de una solución de compromiso, y el corporativismo no sería sino una extensión de la democracia.* (Laporta, 1989: 134).

incapaces de conocer sus intereses?, en otras palabras, ¿podrían los ciudadanos pronunciarse en contra de esas decisiones cuando no tienen una voluntad definida con la que contrastarlas? Tal vez, si hablamos de dar visibilidad a las decisiones para asignar responsabilidades al órgano que las toma es porque creemos que le hemos delegado la realización de determinados objetivos. Parece entonces que la finalidad perseguida por el autor con este segundo principio, reafirma el argumento de que la representación no puede dejar de medirse en términos de correspondencia.

Ahora bien, el pesimismo que acompaña la mayor parte del libro va cediendo a medida que el autor encuentra las posibles causas que conducen a la degradación de una democracia. Los principios de representación política y de separación de poderes, que han ido perdiendo contenido, reclaman un lugar protagónico en el diseño de los canales de comunicación que determinan la formación de la opinión y la voluntad del ciudadano. No obstante, la recuperación de su sentido no es una tarea que corresponda exclusivamente a las instituciones, también exige un compromiso por parte de los ciudadanos con la creación de espacios en los que puedan ejercer de manera efectiva su autonomía.

La realización de un proyecto con tales características implica el reconocimiento de la igualdad en la toma de decisiones políticamente relevantes. Sin embargo, Greppi evidencia algunos obstáculos que impiden que todos logren formarse una opinión propia y asumir una postura de manera responsable. En primer lugar, la “fatal convergencia entre populismo y tecnocracia” (p. 147) ha dado lugar a una gran diferencia entre el lenguaje utilizado por los ciudadanos y los expertos, acentuando la brecha entre ambos y dificultando sus encuentros. En segundo lugar, el crecimiento desmesurado de la información desborda la capacidad del ciudadano de procesarla, además de ser objeto, en algunos casos, de distorsiones por parte de los medios de comunicación. Todo lo anterior, sumado a la pérdida de prestigio y autoridad de las instituciones educativas como orientadoras de la cultura, dificulta la educación del ciudadano y la posibilidad de que pueda adoptar una postura de forma responsable.

Pero, aun cuando existan trabas que dificulten la formación de una opinión propia por parte de los ciudadanos, Greppi no renuncia a centrar la atención en la dimensión deliberativa de la democracia pues entiende que *la función de los procedimientos democráticos consiste, antes que nada, en crear ocasiones para la elaboración pública y privada de las opiniones, desestabilizando las creencias asumidas o impuestas acriticamente, sobre la base de meros prejuicios* (p. 184).

En definitiva, el análisis que emprende Andrea Greppi en *La Democracia y su contrario* logra con gran acierto un diagnóstico de las causas que conducen a la degradación de las democracias actuales. Su relectura de los principios de representación política y separación de poderes, polémica pero sobre todo, novedosa y arriesgada, no se propone entregar una respuesta acabada pero sí un cambio de perspectiva que no podrán pasar por alto quienes pretendan estudiar, con la misma seriedad y rigor, las falencias de la democracia. Este libro, que sin duda constituye un valioso aporte, tanto para los expertos como para quienes apenas empezamos a acercarnos a estos temas, deja planteadas diversas preguntas que ameritan un cuidadoso debate y justifican volver a pensar en un tema que, en ocasiones, da la sensación de estar agotado.

**Bibliografía**

BOBBIO, N. (2007), *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

COHEN, J. (1989), "Deliberación y legitimidad democrática", *Cuaderno Gris*, Núm. 9, pp. 127-146.

GREPPI, A. (2007), "Representación política y deliberación democrática", *Cuaderno gris*, Núm. 9, pp. 147-170.

LAPORTA, F. (1989), *Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate*, Doxa, Núm. 6, pp. 121-140.

MANIN, B. (1998), *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.

PITKIN, H. (1985), *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PLAMENATZ, J. (1988[1963]), *Man and society: a critical examination of some important social and political theories from Machiavelli to Marx*, Longman, Nueva York.

ROUSSEAU, J.J. (1988[1771]), *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Tecnos, Madrid.

ROUSSEAU, J.J. (1996), *El Contrato Social*, Alianza, Madrid.

SARTORI, G. (1999), "En defensa de la representación política", *Claves de Razón Práctica*, Núm. 91, pp. 2-6.

## Recensión

***La constitución de Europa,***  
**Jürgen Habermas,**  
**(2012) Trotta, Madrid, 128 pp.**

**Jesús Ignacio Delgado Rojas**  
Universidad Carlos III de Madrid  
[jdelgadorojas@gmail.com](mailto:jdelgadorojas@gmail.com)

La última publicación del filósofo alemán Jürgen Habermas contiene un relato de candente actualidad, apareciendo en un momento social convulso y en el que el *status quo* del panorama internacional está llamado a revisión, so pena de quedar profundamente dañado para los tiempos venideros, difícilmente capacitado para dar respuesta a los reclamos de la cambiante comunidad internacional y debilitado para afrontar con éxito las nuevas exigencias de la realidad que nos rodea. Entre estas preocupaciones se mueve nuestro autor que alumbra, con depurado estilo y sofisticada técnica, la obra que lleva por título “La Constitución de Europa”, y en la que desarrolla una fecunda reflexión en torno a los problemas que asedian hoy al Viejo Continente, a la par de ofrecer atractivas propuestas que arrojen algo de luz al futuro del camino europeo. El ensayo recibe su traducción al español en marzo de 2012 bajo el fiel trabajo de Javier Aguirre Román (coord.) y lo edita Trotta con prólogo del propio autor firmado desde Starnberg (Baviera, Alemania).

328

Habermas, que ya se ha ocupado del pensamiento político europeo en trabajos anteriores<sup>1</sup>, muestra interés en esta ocasión por abordar la problemática de un proyecto comunitario que parece no dar los frutos esperados. Y es que el estallido de la crisis financiera y sus devastadoras consecuencias y el déficit de legitimidad democrática del que adolecen las élites políticas han revelado un cierto fracaso en la construcción de una aspiración común para Europa.

Es bien conocida la toma de postura de Habermas a favor del modelo de la Europa de la República Federal. De este parecer sigue participando el autor en el presente trabajo y así deja entrever claramente sus sensaciones al respecto. Pero la cuestión del *federalismo* no ocupa un lugar central en este ensayo, como sí lo ha hecho en otras intervenciones. Es por lo que creo que aquí debemos detenernos en un análisis más pormenorizado de las nuevas argumentaciones que nos presenta el

<sup>1</sup> “¡Ay, Europa!” (2009), “El Occidente escindido” (2009), “¡Necesitamos a Europa! El nuevo estreñimiento: ¿nos es ya indiferente un futuro común?” (2010), “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso” (2010).

pensador alemán y remitirnos a otros trabajos suyos para un mejor y más profundo estudio sobre la idea del federalismo europeo.<sup>2</sup>

El andamiaje institucional de la Unión, pionero por superar las concepciones tradicionales precedentes del estado-nación, y el alineamiento de las decisiones estatales, reclaman una coordinación y complicidad más allá de los ámbitos a lo que se ha venido ciñendo la colaboración (económicos, fundamentalmente) y que se han mostrado insuficientes. La soledad e incapacidad de la vocación individualista de *un Estado* queda ya muy desdibujada en un panorama demasiado globalizado, donde lo que determina las reglas de juego son las relaciones multilaterales.

La máxima habermasiana de alcanzar la legitimidad por la legalidad ha revelado que la Unión Europea del Tratado de Lisboa ha perdido una provechosa oportunidad cuando esta opción no se erigió como una forma plausible de democracia transnacional. Pues precisamente esa superación de la actuación política más allá del estado nacional necesita -a juicio del autor- inscribirse en un proceso de *juridificación* y *civilización* del poder estatal. Nuestro filósofo, atento siempre a las tradiciones del pensamiento social que beben del idealismo alemán de K. Marx y M. Weber, acusa un derrumbe de las ilusiones neoliberales en la incapacidad que ha revelado el estado individual para afrontar la complejidad y macromagnitud de los nuevos procesos funcionales de la sociedad mundial (incluidos de modo paradigmático los mercados financieros). Ante ello, Habermas (p. 3) destila cierto optimismo al afirmar la que podríamos considerar su tesis central:

En cierto modo, la política como tal, la política en singular, se ve desafiada por esta necesidad de regulación: la comunidad internacional de Estados tiene que desarrollarse en el sentido de una comunidad cosmopolita de Estados y ciudadanos del mundo.

Antes de ahondar en su reflexión política, Habermas se detiene en una antesala que considero que es la piedra angular de su trabajo y la que dota de sentido y fertilidad a las conclusiones que pudiera alcanzar. Sin detenerse previamente en un estudio de la relación entre los derechos humanos y el concepto de dignidad humana, difícilmente podríamos comprender lo que en el plano fáctico el filósofo revela de su observación de la realidad europea. Este trabajo con el que el autor introduce su análisis político constituye el prismático a través del cual el lector debe observar las reflexiones posteriores. Este estudio previo retoma un concepto histórico que ha sido el que ha colmado de sentido y contenido a los derechos humanos, como progresivo resultado de las vulneraciones de la dignidad humana que nuestra historia ha padecido. Solo desde la indignación que nos provocan los errores del pasado, es posible que la experiencia aliente un impulso razonablemente esperanzador de *implantar globalmente los mismos derechos para todos*. (p. 12).

Este discurso ético de optimismo comedido -y contextualizado en lo utópico que puede resultar su plasmación en una sociedad como la actual- creo que es el gran logro y lo verdaderamente novedoso de un Habermas que tampoco se presenta rupturista con sus aportaciones anteriores. Lo que sí creo que es interesante es el arrancar ahora del concepto mismo de dignidad humana para

<sup>2</sup> Sobre la cuestión puede ser de interés: "Tras la bancarrota. Una entrevista", que Thomas Assheuer realiza a Jürgen Habermas, y se publica el 6 de noviembre de 2008 en el semanario *Die Zeit*, p. 53; o el artículo "El destino de la Unión Europea se decide en el euro", publicado el 20 de mayo de 2010 en *Die Zeit*, p. 57; y "¿Un pacto a favor o en contra de Europa?. No faltan razones para la comunidad, pero sí voluntad política y responsabilidad", publicado el 7 de abril de 2011 en *Süddeutsche Zeitung*.

elaborar un articulado discurso político: y solo a partir de la esencia misma de esa dignidad humana y su manifestación cumbre (los derechos humanos) es posible entender la nueva configuración social que propone el pensador alemán. Considero que esa institucionalización de los derechos humanos que propugna el autor en la nueva *sociedad mundial constituida políticamente* y cómo es necesario superar la concepción tradicional de la dignidad humana del ciudadano nacional para enraizarla con su opción más completa del ciudadano cosmopolita, son los puntos de interés por los que el filósofo va discutiendo nítidamente y presentando al lector un panorama superador del etnocentrismo europeo.

Tomemos este punto de partida en el que Habermas nos invita a compartir sus reflexiones en torno a la idea de una dignidad humana como *fuente moral* de la que todos los Derechos Fundamentales obtienen su sustancia y como, a su vez, estos irradian su fuerza explosiva contra cualquier menoscabo que pudiera serles reprochado.

Parecería contrariado invocar como bien jurídico una misma dignidad humana -que es la *misma* por ser *humana*-, y cuya protección desemboque en productos legislativos tan diferentes. La eutanasia, el aborto o la manipulación eugenésica del patrimonio genético nos dan rendida cuenta sobre ello, alumbrando regulaciones tan dispares como contextos culturales diferentes. En cambio, el fundamento último que mueve el debate de estas cuestiones no se encuentra tan distanciado como parece y podría responder, en último término, a idiosincrasias temporales. Es el producto de retos históricos diferentes los que *“actualizan en cada caso diferentes aspectos del significado de la dignidad humana. Los aspectos de la dignidad humana así especificados con ocasión de motivos distintos -dirá Habermas- pueden luego conducir tanto al agotamiento progresivo del contenido normativo de los derechos fundamentales garantizados, como al descubrimiento y la construcción de nuevos derechos fundamentales.* (p. 18). Creo que es acertado colmar de contenido histórico ese concepto de dignidad humana<sup>3</sup>, pues es ciertamente cuando la realidad evidencia sus situaciones más hostiles cuando se han producido los mayores avances y principales logros en la materia. Y han sido precisamente esas *experiencias de exclusión, miseria y discriminación* las que *enseñan que los derechos fundamentales clásicos adquieren «un valor igual» para todos los ciudadanos* (p. 20).

330

Para empezar a perfilar la amplitud de una dignidad humana que sea capaz de abrazar el rol de un ciudadano futuro cosmopolita sería imposible si pretendiéramos despojar de ese concepto su carácter marcadamente básico y universalizable; esto es, solo partiendo de este significado dotado de validez absoluta podríamos dar cobijo en una misma dignidad ya no al ciudadano culturalmente concreto, sino al ciudadano culturalmente indiferenciado por ser cosmopolita. Es por ello que Habermas se muestra partidario de sostener una noción de dignidad humana que entronca con el valor mismo de cada persona, que se posee por el mero hecho de serlo, un mínimo innegable por tener condición humana que impide su banalización. Esta no-superioridad entre iguales constituye el orden jurídico que los ciudadanos de una comunidad política deben darse a sí mismos para poder respetarse unos a otros como miembros de una asociación de personas libres e iguales. Y afirma Habermas con especial rúbrica: *solo la garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadanos que, en calidad de sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir que se los respete en su dignidad humana* (p. 21).

<sup>3</sup> La influencia e importancia de los estudios históricos de los derechos humanos del Prof. Gregorio Peces-Barba creo que es más que acreditada. Valgan por todas, Peces-Barba (1998).

RINCON

El acople más perfecto que en un ordenamiento jurídico encuentra esa dignidad humana es su materialización en forma de Derechos Fundamentales, esto es, *derechos positivos, penables y subjetivos que garantizan al individuo espacios de libertad y pretensiones pacíficas (que) [h]an sido diseñados para ser concretizados por medio de la legislación democrática; para ser especificados, caso a caso, mediante la jurisdicción, y para ser impuestos con sanciones estatales* (p. 22). De esta forma la dignidad humana se convierte en la puerta de acceso del contenido igualitario y universalista de la moral que es importado al derecho. Los derechos morales innegables al hombre encuentran su moneda de cambio en el plano jurídico en la idea de dignidad humana que es, en definitiva, el puente de unión que ensambla la moral con el derecho positivo, manifestado en la forma de Derechos Fundamentales así institucionalizados.

Llamará la atención Habermas que ese ambiente propio en el que la dignidad humana puede aflorar y positivizarse no surge espontáneamente, ya que *ese marco es producido por los ciudadanos mismos con los medios del derecho positivo, y debe ser protegido y desarrollado en condiciones históricamente cambiantes* (p. 26). De ahí que anteriormente resaltáramos que la coherencia de sus afirmaciones reclama vincularse a un concepto histórico de los derechos humanos, que no han sido ni siempre los mismos ni -mucho menos- han ido evolucionando acompañadamente con la historia de la humanidad. La dignidad humana que es raíz de los derechos humanos se *encuentra asociada con el estatus que los ciudadanos asumen en el orden político autoproducido* y, por lo tanto, protegible y desarrollada solo si se logra *fundar y mantener un orden político basado en los derechos humanos* (p. 26). Se distancia el filósofo alemán en este punto de la concepción universalista kantiana de la dignidad humana de la que deriva el contenido moral de los derechos, pues le critica que *se pierden precisamente aquellas connotaciones de estatus que la habían permitido actuar como enlace histórico entre la moral y los derechos humanos* (p. 29).<sup>4</sup>

Para Habermas es imposible atemporalizar el carácter jurídico de los derechos humanos que estriba en que estos protegen una dignidad humana derivada -precisamente- de un espacio-tiempo determinado: el del ciudadano del Estado democrático. Y si a esta situación ha sido posible llegar hoy es sin olvidar el origen beligerante -siempre tenso y traumático- que explica el carácter polémico y complejo de su evolución histórica. Esta fuerza explosiva que los derechos humanos son capaces de irradiar en toda sociedad donde se dan unas mínimas condiciones para que estos fecunden, se manifiesta en el panorama actual como un riesgo de provocar una brecha entre realidad (a) y utopía (b), que así distingue Habermas:

(a) Los derechos humanos únicamente pueden adquirir la calidad positiva de derechos fundamentales, por de pronto, en una comunidad política particular, esto es, en el interior de un Estado-nación

Y su correlativa contradicción,

(b) su pretensión universal de validez, que rebasa toda frontera nacional, no podría encontrar satisfacción más que en una comunidad mundial inclusiva.

Tensión dialéctica ésta que *solo podría encontrar una solución razonable en una sociedad mundial constituida democráticamente* (p. 5).

<sup>4</sup> Y cita el autor por Kant (1983). En cambio, sí me parece acertada la aportación kantiana como aproximación al concepto de dignidad humana: *En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene un precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad* (Ibíd.: 92).

Este desencuentro en la realidad política y social de nuestro tiempo obedecería, sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis, a la función simbólica que han desempeñado los derechos fundamentales en algunas “democracias de fachada” que encontramos en América Latina y en otros lugares del mundo, así como a causa de la actuación contradictoria de la política de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. Es sobre todo esta última la que ocupa gran parte de la preocupación del filósofo alemán ya que encuentra una peligrosa dicotomía el difundir y propagar las bondades del sistema de derechos humanos y, a la par, *abusar de ellos como medio para legitimar la política de poder usual* (p. 32). O lo que parece más revelador en palabras del propio autor: *cuando la política de derechos humanos se convierte en una simple tapadera para encubrir, y en vehículo para imponer, los intereses de las grandes potencias* (p. 34).

No escatima nuestro pensador en dar rendida cuenta de las *tuertas decisiones de un Consejo de Seguridad carente de representatividad, las cuales están muy lejos de la imparcialidad* (p. 33). Las denominadas *misiones de paz* parecería que deben ponerse seriamente entre interrogantes cuando, alzando la impoluta bandera en pro de los derechos humanos, se oculta la sospecha de un abuso imperialista. Todo ello avalado por la espectacularidad de las intervenciones - eso sí- humanitarias, autorizadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en nombre de la comunidad internacional. Toda una panoplia de operaciones policiales, siempre atestiguadas por los distorsionadores medios de comunicación, que *continúan siendo conducidas como guerras en las que los militares dan por descontados la muerte y el sufrimiento de la población inocente en calidad de “daños colaterales”* (Kosovo) (p. 33).

Estas constataciones no nos pueden hacer desfallecer en el intento de coronar en el lugar que se merece la grandeza de los derechos humanos ni hacernos sucumbir ante la tentación de restarles la fuerza con la que impregnán hasta el último resquicio de un orden jurídico y social. Pues *esos fracasos no son razón suficiente para despojar a los propios derechos humanos de su plusvalía moral* (p. 35). En este punto, el argumento habermasiano es prudente: pues partiendo de la innegable máxima de *que todos son respetados en su dignidad humana como sujetos de iguales derechos (...) en vista de los fatales fracasos de la política de derechos humanos se recomienda cautela* (p. 35).

332

Creo que es un acierto de Habermas, y que aporta la nota de novedad a este último trabajo, el utilizar esta vía de una parte universalizable de la dignidad humana (la que entronca con los derechos humanos) como postulado necesario para hablar de un ciudadano cosmopolita. Su concepción de esta superación del ciudadano nacional engarza con una necesaria superación del concepto mismo de dignidad humana, extensible irremediablemente a toda persona, a todo ciudadano: el del mundo. Y partiendo de esta idea, Habermas va atisbando el camino inevitable pero arduo hacia una sociedad cosmopolita, va asumiendo los designios que marca la globalización y alumbra un ensayo crítico con los errores del pasado y los excesos del presente.

En esa tarea, la primera barrera observada ha sido la carencia de una legitimación democrática desde las instancias supranacionales. Sin embargo, *el camino hacia una Europa (o su núcleo) capacitada políticamente para actuar y legitimada democráticamente no está bloqueado* (p. 46), siempre y cuando se realizara una apuesta decidida que abogara por combatir la falta de competencias de la Unión Europea *para la armonización necesaria de unas economías nacionales* (p. 45). Ello no supone ningún tipo de peligro, pues la calidad democrática no se menoscaba por la transferencia de soberanía al plano supraestatal; es más, *la*

*limitación de la soberanía nacional a favor de una transferencia de los derechos de soberanía a instancias supranacionales no tiene que pagarse al precio de una incapacitación de los ciudadanos democráticos. Esta transferencia, siempre y cuando deje intactos los procedimientos democráticos, prosigue aquella forma de constitucionalización del poder estatal a la que los ciudadanos ya deben su libertad dentro del Estado nacional* (p. 45).

Junto a esta innovación reclamante de una primacía del derecho supranacional frente al derecho nacional de los monopolistas del poder, siempre a salvaguarda de los cauces democráticos, su correlativo aparece indisolublemente ligado a la propia división de un *poder constituyente* que encuentra fricciones cuando intentamos asemejarlo con el reparto de soberanía nacional: *mientras que los Estados miembros mantienen el monopolio del poder y transfieren derechos de soberanía mediante una autorización particular a la Unión (...), la Unión misma no desarrolla ningún carácter estatal, los ciudadanos de la Unión no gozan, en sentido estricto, del estatus de ciudadanos de un Estado* (p. 60). Lo cual implica estar ante una escisión del sujeto constituyente que comprende a “ciudadanos” y “Estados”, requiriendo los primeros una cualificación importante en tanto que *participan de una manera doble en la constitución de una comunidad política de nivel superior: en su papel de futuros ciudadanos de la Unión y como pertenecientes a uno de los pueblos de Estado* (p. 64); o si se quiere, *son las mismas personas las que participan en el proceso constituyente al mismo tiempo en los papeles de (futuros) ciudadanos tanto de la Unión como de uno de sus Estados miembros* (p. 65). En definitiva, la maquinaria democrática está bien ensayada en el aparato estatal cuando éste ha tenido que erigirse en sujeto constituyente de instancias supranacionales, pero el proceso integrador reclama de la intervención protagonista del ciudadano en su doble faceta de “ciudadano europeo” (miembro de la comunidad que ha de constituirse) y el de miembro de una nación concreta dotada de Estado. Este reparto del poder constituyente entre estados y ciudadanos, nos reclama de un especial esfuerzo para democratizar un proceso que equilibre la participación de ambos sujetos. Sobre todo, por lo que se refiere a la parte débil y no experimentada. Si el protagonismo ciudadano es indispensable en el proceso y, sin embargo, encuentra trabas fácticas para su intervención en el mismo, el resultado es el que la realidad evidencia de modo desalentador.<sup>5</sup>

Es lo que Habermas intenta poner de manifiesto cuando se refiere a “la indiferencia e incluso la apatía de los *ciudadanos de la Unión* con respecto a las decisiones de su Parlamento en Estrasburgo” (p. 74). Esta desidia no trae causa de que no exista un diseño en el que el ciudadano europeo encuentre un escenario amplio para desarrollar su vida comunitaria<sup>6</sup>. Sino que la transnacionalización lo que reclama es directamente *otra praxis de los medios rectores existentes* (p. 74). El mayor interés por lo que ocurra y se decida en Bruselas debe venir fomentado por

<sup>5</sup> Durante estos meses he tenido ocasión de leer (y sirvan solo de ejemplo porque parece que este tipo de cuestiones se han convertido en constantes pronunciamientos diarios en los medios de comunicación) artículos que abordan temas paralelos que revelan la candente actualidad de la polémica. Entre otros: “¿Federalismo sin federalistas?” de P. Beramendi (2012), en el que se subtitulaba que *la posibilidad de reformar el diseño de la UE para federalizarla de verdad está limitada tanto por factores económicos como por las consecuencias políticas de estrategias pasadas*; y escriben Cramme y Hobolt (2012), el primero director de Policy Network y el segundo titular de la cátedra Sutherland de Instituciones Europeas: *tiene que ver con la federalización gradual de la UE y con una mayor legitimidad democrática (...) el futuro de la integración europea depende del apoyo de los ciudadanos*.

<sup>6</sup> Señala Habermas, a modo de ejemplo, que *las instituciones europeas diseñaron desde hace tiempo, para todos los ciudadanos de la Unión con derecho a voto y dotados de un pasaporte de color burdeos, el espacio virtual que debería ser llenado de vida* (p. 74).

un condicionante básico que se desglosa en dos: crear mayor conciencia de la participación activa en el proceso democratizador europeo; esto es:

- (a) cuanta mayor sea la conciencia que adquieran las poblaciones nacionales -y cuanto más se contribuya a esa conciencia por los medios de comunicación- de cuan profundamente influyen las decisiones de la Unión Europea en su vida cotidiana, tanto más aumentará su interés en hacer uso de sus derechos democráticos también como ciudadanos de la Unión (p. 75).<sup>7</sup>
- (b) El ciudadanos europeo quiere decidir al igual que lo hace cuando ejerce su condición de ciudadano nacional, es decir, *ejercer una influencia democrática en su papel de ciudadanos de la Unión sobre aquello que sus jefes de gobierno negocian o acuerdan* (p. 75).

El principal obstáculo que está encontrando este concepto ampliado de ciudadanía es el que creo que acertadamente constata Habermas cuando afirma que *en la vida política de un ciudadano se superponen muchas lealtades que se pueden valorar individualmente de forma muy diferente: entre otras, los lazos políticamente relevantes con la región de origen, con la ciudad o la provincia del correspondiente lugar de residencia, con el país o la nación, etc.* (p. 73). Entre nosotros, el catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, Eusebio Fernández (2004: 328), también se ha ocupado de este fenómeno al que denomina como *patriotismo cosmopolita*<sup>8</sup> y que constituye una visión más moderada o ecléctica ante la propuesta de una ciudadanía mundial sin reservas: *la identidad personal va unida a un sentimiento de pertenencia a comunidades de vida y de sentido (...). El pluralismo no puede tener un alcance ilimitado. En una sociedad pluralista (y la sociedad cosmopolita debe serlo necesariamente), no pueden convivir comunidades de vida y de sentido radicalmente distintas* (Fernández García, 2001: 115). Y asevera el profesor que *la ciudadanía cosmopolita, a secas, corre el riesgo de convertirse en una estructura artificial y fría* (ibid.).<sup>9</sup> Creo que no se aleja demasiado Habermas de este parecer cuando afirma que *una solidaridad ciudadana de alcance europeo no se puede formar si perduran estructuralmente las desigualdades sociales entre los Estados miembros, esto es, en los puntos de ruptura nacionales* (p. 77). Pero, desde luego, me parece que la postura del Prof. Fernández García ofrece un contrapunto interesante a las palabras de Habermas, puesto que el filósofo español impregna la idea del cosmopolitismo de una mayor severidad y lo sujeta a un escepticismo y revisión más acomodado a los tiempos que corren que al idealismo de lo que podría llegar a ser.

Es cierto que las desigualdades *no pueden ser eliminadas de un día para otro* (p. 90), pero las exigencias de justicia -o si se quiere, de los criterios igualitarios de los ciudadanos del mundo- y la consideración de una dignidad humana con

<sup>7</sup> Por ejemplo, *en la crisis del euro se ha sentido el factor de impacto que ha tenido el peso atribuido a las decisiones europeas y cómo el Consejo Europeo adopta decisiones que tienen un hondo calado sobre los presupuestos nacionales* (p. 74).

<sup>8</sup> Aboga a favor de un *patriotismo constitucional que de solidaridades y lealtades particulares se dirige hacia solidaridades y lealtades cosmopolitas y que se apoyan entre sí para evitar tanto el patriotismo excluyente e inmoderadamente nacionalista, como un cosmopolitismo inclusivo y sin contenidos*.

<sup>9</sup> Me parece interesante cuando el Prof. Fernández (2001: 115) reconoce que la universalización y extensión a todos de los derechos humanos *no implica necesariamente la creación de la figura de la ciudadanía cosmopolita, puesto que esa figura puede no ser posible pero puede que tampoco sea deseable (...) ni tan siquiera en Europa se tiene conciencia clara, ni voluntad manifiesta, ni confianza en esa ciudadanía cosmopolita. La idea de pertenencia a una comunidad política, abarcable y diferenciada, con la que nos sentimos identificados y comprometidos, aunque sea de forma parcial y relativa, es un elemento muy importante (...). El patriotismo, el amor a la patria, es un sentimiento individual y una virtud social y política que no puede ser impuesta y que, por tanto, difícilmente puede considerarse el contenido de obligaciones morales y jurídicas. Quizá el equilibrio adecuado entre un patriotismo que excluya al nacionalismo exacerbado y una actitud cosmopolita sea lo más correcto*.

vocación de ética globalizada (si fuera posible, la teoría de los derechos humanos sería su más firma candidata) auguran *una armonización fáctica y políticamente querida de las condiciones de vida* (p. 91).

## Bibliografía

BERAMENDI, P. (2012), “¿Federalismo sin federalistas?”, *El País*, 29 de octubre de 2012, p. 33.

CRAMME, O. y HOBOLT, S. (2012), “¿Qué es exactamente la unión política?”, *El País*, 23 de octubre de 2012, p. 31.

FERNÁDEZ GARCIA, E. (2001), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2004), *El patriotismo constitucional*, en PESES-BARBA. G. y RAMIRO AVILÉS. M.A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid.

KANT, I. (1983), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid.

PESES-BARBA, G. et al. (1998), *Historia de los derechos fundamentales*, T.1, Dykinson, Madrid.

PESES-BARBA, G. (1998), *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid.