

EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 2. Marzo – agosto, 2012
ÍNDICE

Presentación

- José María Sauca 1

Estudios

- Corrupción y financiación electoral: Una perspectiva burkeana 3

Jonathan Mendilow

- Neoliberalismo y política penal. Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt 17

José Ángel Brandaris y Agustina Iglesias Skulj

- Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad 31

Claudina Orunesu

- Jugar al fútbol con las manos 49

Eric Millard

Foro y ágora

- Marco jurídico de la desmovilización paramilitar en Colombia 64

Rodrigo Uprimny

- Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011 86

Rafael Escudero Alday

- A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*? 99

Ricardo Cueva Fernández

Voces de Cultura de la legalidad

- María José Fariñas:* «Globalización y Cultura de la Legalidad» 109

- Francisco Javier Álvarez:* «Impunidad» 115

- Roberto Losada:* «Riesgo» 121

- Alejandro Soltonovich:* «Desviación y legalidad» 127

- Mauricio García Villegas:* «Norma social vs. norma jurídica» 133

- Isabel Lifante:* «Poderes discretionales» 139

- Antonio Descalzo:* «Eficacia administrativa» 145

- Julio Alguacil:* «Administración relacional» 152

- Jacobo Dopico:* «Prevención de la delincuencia empresarial» 161

- Ruth Martínón:* «Fraude fiscal» 170

Releyendo a...

- Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano 176

José Ignacio Solar Cayón

Rincón de lecturas

- Scott J. Shapiro (2011), *Legality* 227

Mariano C. Melero de la Torre

- Rafael Escudero Alday (coord.) (2011), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido* 234

Begoña Marugán Pintos

- Rosa Cobo (2011), *Hacia una nueva política sexual* 239

Mª Candelaria Quispe Ponce

- Ricardo Cueva Fernández (2011), *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional* 244

Julián Gaviria Mira

- Michael Walzer (2009), *Pensar políticamente* 249

Carlos Alonso Mauricio



Presentación

La primera piedra en una obra o el primer paso en un camino disfrutan de cierto *glamour* y suelen complacerse en gozar de la atracción de la novedad. Sin embargo, la segunda piedra, el segundo paso, se deslizan desapercibidos cuando todavía no se ha conseguido acumular más que aquella corta experiencia que se limita a un singular antecedente. Creo que es una buena descripción de esta segunda entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* que ahora es publicada. No lanzamos una iniciativa sino que perseveramos en un proyecto aún necesitado de propulsión de arranque cuyos rastros detectará el lector en las páginas que siguen. En esta idea, mantenemos la misma estructura que en el número anterior, permanece el mismo equipo y proseguimos la senda de ir conformando una línea editorial que contribuya a configurar una cultura de la legalidad.

La sección de *Estudios* recoge cuatro aportaciones de proveniencia diferente y con metodologías heterogéneas pero complementarias. Dos trabajos corresponden a autores americanos (Mendilow y Orunesu) y otros dos a europeos (Millard y Brandariz e Iglesias). El segundo de cada par está escrito en español mientras que el primero está en inglés y en francés. Asimismo, la aportación de los tres primeros encuentra su origen en actividades promovidas por el equipo de trabajo que sostiene *Eunomía* y la cuarta hace confiar en el creciente éxito de las llamadas abiertas a publicar en la revista. En cuanto a la metodología de los trabajos se alterna tanto el retorno a los clásicos de la teoría política con la filosofía del Derecho y la teoría de la constitución como la articulación del análisis económico del Derecho y la política criminal con la elaboración de un ensayo sugestivo sobre la evaluación moral de las normas.

La primera de las aportaciones corresponde a Jonathan Mendilow y ofrece la mirada del político contemporáneo hacia el concepto de corrupción política formulado por Edmund Burke y su utilidad en el contexto de los partidos políticos contemporáneos. Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en el *Seminario Internacional sobre Corrupción, Transparencia e Integridad en el Sector Público* celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el pasado mayo*. La segunda corresponde a los penalistas José Ángel Brandariz y Agustina Iglesias quienes analizan las más recientes aportaciones de Harcourt y su crítica al giro punitivo del Derecho penal alejado del ideal garantista. La tercera es obra de la investigadora argentina Claudina Orunesu quien propone una delimitación de las condiciones de legitimación del control de constitucionalidad en contextos democráticos. Finalmente, Eric Millard elabora un original ensayo basado en una alegoría de los juegos, y en concreto del fútbol, y su relación con el Derecho, a fin de sostener la continuidad entre la evaluación moral de la conducta de los agentes y la de las reglas subyacentes. Estos dos últimos trabajos fueron objeto de debate en el *XVII Seminario Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho. 50º Aniversario de “The Concept of Law”. Balance de una Cultura Jurídica*, celebrado en la antes citada Universidad el pasado octubre**.

* La celebración de dicho Seminario contó con la colaboración del Programa de Investigación en Cultura de la Legalidad, de la Comunidad de Madrid (CAM: 2008/00237/001) y de la Acción Complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación (Micinn AC: 2011/00110/001) así como del apoyo de la Universidad Carlos III de Madrid.

** La celebración de dicho Seminario contó con la colaboración del Programa de Investigación en Cultura de la Legalidad, de la Comunidad de Madrid (CAM: 2008/00237/001) y de la Acción Complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación (Micinn AC: 2011/00442/001) así como del apoyo de la Universidad Carlos III de Madrid y su Departamento DIEFD.

En la sección de *Foro y Ágora* se publican tres trabajos que abordan dimensiones legislativas, constitucionales y jurisprudenciales especialmente actuales y relevantes para una *Cultura de la Legalidad*.

El primero de ellos, a cargo de Rodrigo Uprimny, analiza la legislación colombiana tendente a la desmovilización de los grupos paramilitares y el tratamiento que dicha normativa ha recibido por parte de varias altas instancias jurisdiccionales. El segundo, elaborado por Rafael Escudero, nos ofrece una lectura de la reciente reforma de la Constitución española en materia de estabilidad presupuestaria que articula las dimensiones jurídicas de la misma con las procedimentales y políticas. Finalmente, Ricardo Cueva analiza una reciente sentencia del Tribunal Supremo español en materia de los límites a la libertad de expresión en los aspectos relativos a los *discursos del odio*.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* prosigue su objetivo de contribuir a conformar un léxico conceptual en la materia. Las diez entradas de este número se concentran en torno a cuatro ideas fundamentales. En primer lugar, conceptos básicos relevantes como *globalización*, *impunidad* o *riesgo*. En segundo lugar, conceptos de impronta sociológica que son centrales para el mundo de lo jurídico como *desviación* y *norma social*. En tercer lugar, ideas relevantes de referencia ejecutiva como *eficacia administrativa* y *administración relacional* a las que se suma la de *poderes discrecionales*. Finalmente, se aportan voces relativas a las transgresiones de la cultura de la legalidad como *prevención de la delincuencia empresarial* y *fraude fiscal*.

El *Releyendo a...* recoge un artículo de larga influencia en la teoría jurídica del siglo pasado que, sorprendentemente, no había sido aún traducido al español y que constituye una relevante fuente de inspiración para los presupuestos teóricos de fondo de la *cultura de la legalidad*. Me refiero al fundacional trabajo de Karl N. Llewellyn titulado *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, que viene a constituir la presentación en académica sociedad del realismo jurídico norteamericano. José Ignacio Solar, además de encargarse de la traducción, aporta el estudio introductorio que sintetiza los contextos de descubrimiento y justificación del trabajo de Llewellyn con la perspectiva que le facilita haber estudiado largamente a esta corriente de pensamiento.

Finalmente, el *Rincón de lecturas* recoge cinco comentarios que tanto por la monografía en estudio como por los autores que los formulan, pretenden articular la multiplicidad de perspectivas de la línea editorial de la revista: el positivismo excluyente y sus eventuales componente morales (Schapiro); las relaciones actuales entre liberalismo y comunitarismo (Walzer); la memoria histórica como elemento de justicia transicional (Escudero); las políticas sexuales en los marcos culturales, económicos y de violencia sexual (Cobo) y, finalmente, la tradición republicana en la conformación de la democracia constitucional (Cueva). Los comentarios corresponden tanto a profesores como Mariano C. Melero o Begoña Marugán como a jóvenes investigadores como Candelaria Quispe, Julián Gaviria o Carlos Alonso Mauricio.

En definitiva, este segundo número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* ensaya distintas metodologías, aborda temas diferentes e incorpora trabajos de variados perfiles de investigadores que, sin implicar la coincidencia de la misma con las opiniones de éstos, pretendemos que resulten significativos de las inquietudes intelectuales promovidas bajo la rúbrica de la Cultura de la Legalidad.

José María Sauca



Corrupción y financiación electoral: Una perspectiva burkeana*

Jonathan Mendilow

Rider University. New Jersey

jmendilow@rider.edu

Resumen

En las postrimerías del siglo XVIII, cuando Gran Bretaña figuraba como un reino pacificado y con riquezas, el político y pensador Edmund Burke se inquietaba por la reforma económica y la corrupción política de su país. La corrupción era ya un problema en alza y amenazaba la estabilidad de cualquier estado si las relaciones de cooperación entre actores sociales y políticos colapsasen. Era un momento oportuno para reafirmar valores tradicionales bajo nuevas circunstancias, por ello, la perspectiva de Burke sobre el tema combina dos concepciones de corrupción –clásica y liberal- en una comprensión más rica del fenómeno que resulta relevante en nuestros días.

3

Palabras clave

Corrupción, conservadurismo, Burke, financiación de partidos políticos, siglo XVIII, valores tradicionales y liberales.

Corruption and campaign funding: A Burkean perspective

Abstract

At the end of 18th century when Britain became a calm and wealthy kingdom, the politician and thinker Edmond Burke was concerned with economic reform and political corruption in his country. Corruption was an increasing problem that threatened the government of any state if all cooperative relationship between political and social actors collapses. It was a time to reaffirm traditional values under new circumstances; therefore a Burkean perspective on this subject combine two conceptions of corruption -“classic” and liberal- into a richer understanding of the phenomenon to clarify questions that seem as relevant today.

Keywords

Corruption, conservatism, Burke, campaing funding, 18th century, traditional and liberal values.

* Traducción de Ricardo Cueva Fernández. Profesor de la Universidad Pompeu Fabra y miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho.

Recibido: 14 de diciembre de 2011

Aceptado: 3 de marzo de 2012

Edmund Burke fundamentó su petición de reforma económica de 1780 en un concepto de corrupción política que abordó sólo en unas escasas cartas y en unos pocos discursos de la época. Resultó pronto eclipsada por otras cuestiones "candentes" que ocuparon sus reflexiones y permanece como una de sus ideas menos desarrolladas y estudiadas. Sin embargo, merece toda nuestra atención. Como político pragmático con inclinación filosófica, su principal objetivo en el discurso sobre la reforma fue influir en la política de su tiempo; es más, su razonamiento deductivo le condujo a generalizaciones que quizás señalen una dirección posible con la cual podamos buscar soluciones a algunos de los problemas que rodean la comprensión actual sobre la corrupción. Resulta de especial interés en este contexto su tratamiento de situaciones donde una extensa percepción de la corrupción existe sin un incumplimiento generalizado de la legalidad. En lo que sigue sostendré que la concepción de Burke se ancla en una posición intermedia entre la perspectiva más antigua, es decir, la versión clásica sobre la corrupción, y el pensamiento de los liberales del siglo XVIII que articula nuestras habituales percepciones del fenómeno. Ambas perspectivas han recibido amplia atención en el área. No obstante, el siguiente escrito podría ser útil para tomar en consideración las ideas de Burke sobre la materia.

En un importante artículo sobre "La corrupción del Estado", Patrick Dobel (1978) analizaba la perspectiva propuesta por Tucídides, Platón, Aristóteles y, en la modernidad, por Maquiavelo y Rousseau¹. La corrupción, de acuerdo con tales pensadores, no es producto de una conducta particular. Más bien emerge de permanentes y extensas desigualdades de riqueza o poder político (o de ambos), que erosionan los compromisos morales comunes respecto a "acciones, símbolos e instituciones que favorecen el bien común". La pérdida del sentido del deber cívico y de la lealtad implica que "la actitud primaria entre ciudadanos es una competición para preservar lo que uno posee y obtener lo más que le sea posible" (Ibid: 960). Los pensadores del siglo XIX, tales como Carlyle y Tocqueville, hablaron así de la crisis de autoridad que podía resultar de la disipación de comunes orientaciones valorativas bajo presión de las desigualdades originadas por cambios económicos de carácter estructural o circunstancias que convirtieran los símbolos comunes y sistemas de creencias en irrelevantes (Mendilow, 1993). Instituciones y leyes descansan sobre valores compartidos que otorgan a la sociedad su identidad, distinguiéndola así tanto de un simple agregado de individuos, por una parte, como de otro tipo asociaciones, de otra. Una vez que tal "fuente oculta de energía" se desvanece, lo que emerge son períodos de "equilibrio inestable" (Tocqueville, 1955: 203) que pueden desembocar en una crisis total de legitimidad desencadenada por cualquier problema grave al que la ciudadanía rehúse enfrentarse de forma colectiva.

Burke compartía las ideas de decencia y corrupción que podían ser evaluadas mediante la conexión percibida por la ciudadanía entre la intención y los objetivos subyacentes a la política, los acuerdos concretos con los que tales metas resultaban alcanzadas, y las conductas específicas de quienes eran autoridad. También para él, la "honestidad" significaba que las tres podían ser comparadas a tres puntos de un triángulo equilátero, mientras que la corrupción suponía pérdida del equilibrio y amenaza de colapso estructural. Burke difería de aquel esquema, sin embargo, en varios aspectos. Para él, la cuestión no era directamente relativa a los niveles de igualdad política o socio-económica, sino a la percepción general acerca del equilibrio entre ellas. Todos los órdenes políticos dependen de asunciones

¹ Para el enfoque republicano sobre la corrupción como una pérdida general de virtud, véase Euben (1989).

normativas básicas que regulan el equilibrio entre posiciones socio-económicas y poder político. Estas presunciones establecen límites de “corrección” para la influencia socio-económica y dan origen a las conductas políticas que son consideradas correctas de forma generalizada. La corrupción no significa erosión colectiva de la lealtad a tales compromisos. Más bien este “estado colérico” (Burke, 2009: 344) es consecuencia de la corrupción –el trastorno del equilibrio por elementos que se hallan en el seno de la sociedad (individuos, grupos, o instituciones) y que usan el poder para un beneficio particular. La violación de los lazos existentes o el rechazo a ajustarlos a circunstancias cambiantes resultan percibidos de manera extensa como una traición a la confianza. Desde una perspectiva burkeana, así, los teóricos de la escuela de la “corrupción del Estado” confundieron el fenómeno con su efecto, porque es una percepción extensa de la influencia corruptora la que conduce a los ciudadanos a “no apreciar en el gobierno nada que pueda ser respetable. Advierten entonces el abuso y no perciben nada más” (Ibid: 344).

El significado restringido de la corrupción como incorrecto uso de la autoridad para favorecer intereses privados o de un grupo específico trae a la mente concepciones habituales del fenómeno. Burke comparte con ellas la distinción entre lo privado y lo político, considerando al último como una forma de relación distinguible de la esfera de la actividad social, económica u otra cualquiera. Al igual que los teóricos modernos, Burke comprendió que la corrupción implicaba la introducción del interés particular en la política, y como consecuencia de ello el impacto de irrevocables distribuciones de recursos para ventaja de grupos o personas específicas. Y asimismo consideró tal comportamiento tan criticable como corrosivo para el régimen. Es la trabazón de estos componentes lo que forma el núcleo común denominador de numerosas definiciones de corrupción que uno encuentra en los textos de hoy en día.

Las definiciones deberían ser suficientemente generales como para permitir su uso más allá de la simple descripción, pero también precisas en un grado necesario como para admitir su adecuada identificación dentro de contextos específicos. Una noción de corrupción que satisfaría tales requerimientos tendría por lo tanto que basarse en concepciones habitualmente aceptadas sobre lo privado y lo público, así como acerca del saludable equilibrio entre ambas y el significado de la desviación que implicaría el uso del término. El problema es que estos “son asuntos polémicos en muchas sociedades y de variable grado de ambigüedad en la mayoría de ellas”, algo que explica “la naturaleza inconclusa del debate sobre las definiciones” (Jonhston, 2005: 12). Los intentos para resolver el rompecabezas se han convertido en tan numerosos que uno encuentra muchas clasificaciones en los textos. Este no es el lugar para reiterarlas o para detallar sus críticas. Sólo indicaré aquéllas que resultan en especial relevantes para la consideración sobre la noción burkeana de corrupción.

La más antigua es la concepción basada en el cargo recibida de James Madison y sus compañeros de construcción institucional, para quienes corrupción significaba la ruptura de las obligaciones del cargo público formalmente reconocidas, con el fin de obtener una ventaja privada². Como Warren (2004: 329-332; 2006: 803-804) y otros señalaron, a pesar de que esto se convirtió en la base de la acepción moderna de corrupción, padece serias limitaciones. Asume que la perspectiva del

² Relacionado con esto se hallan conectadas las definiciones orientadas al mercado que no son propiamente tales sino explicaciones del motivo conducente a la corrupción. Por ejemplo, “Concebiremos la corrupción en términos de un empleado público que considera el cargo público como un negocio que en el caso extremo buscaría maximizar. El cargo viene a ser entonces un unidad maximizadora” (Van Klveren, 1989: 26).

cargo público se halla exactamente delimitada y que es uniforme a través del tiempo y de las sociedades, ignorando el hecho de que las reglas no son estáticas en lugar alguno y que "hay límites a lo que las normas pueden abarcar, especialmente cuando las tareas de los cargos públicos requieren inventiva, tal y como ocurre tanto en muchas posiciones burocráticas como en todas las de carácter político"; y es individualista, haciendo así difícil pensar sobre la corrupción institucional o la que tiene como meta conseguir ventaja para grupos y partidos. Y esto a su vez acentúa una debilidad adicional de la definición: la de que resulta estatista y por tanto inaplicable a entidades como partidos o agencias no estatales a las que, cada vez más, el Estado encomienda funciones a través de contratas.

Considerando que los códigos jurídicos son al mismo tiempo más claros y más estables que el ámbito del cargo, la utilización de criterios jurídicos para valorar la desviación de los deberes formales propios de éste aliviaría los dos problemas mencionados. Tal cosa resulta evidente, por ejemplo, en la definición de Fackler y Lin (1995: 972) de la corrupción como una "variedad de... actuaciones públicas ilegales relativas a conductas de actores políticos", o la tan a menudo mencionada caracterización del fenómeno realizada por Nye (1989: 966) como "violación de reglas... (incluyendo) comportamientos tales como sobornos (uso de recompensas para corromper el criterio de una persona que está en posición de confianza); nepotismo (concesión de protección por motivo de relación atribuida más que por el mérito); y apropiación indebida (apropiación ilegal de recursos públicos para usos particulares)". La limitación del enfoque burocrático también puede resultar superada por el empleo de términos más generales, como, por ejemplo, la definición de Johnston de corrupción como "el abuso de roles o recursos públicos para el beneficio privado" (Johnston, 2005: 12). Sin embargo, permanecen como problema tanto el elemento individualista como el hecho de que las leyes cambian a lo largo del tiempo y a través de los Estados. Asimismo, resulta reconocido de manera amplia que la perspectiva jurídica es demasiado estrecha: la propia ley quizás emerja de procesos corruptos, mientras que uno puede señalar con facilidad casos en los cuales las conductas que no son taxativamente prohibidas por la ley violan el sentido público de la adecuación (e.g. Gibbons, 1989: 166; Philp, 1997: 441).

En principio podría encontrarse una posible solución bajo las definiciones basadas en una íntima conexión entre interés público y opinión pública. El primero asume la existencia de un genérico "interés estatal", que al ser sacrificado por quienes se hallan en el poder y se guían por el provecho individual o de grupo, originaría la corrupción. La pregunta obvia entonces es la de cómo identificar aquel interés. Una aproximación más reciente parece ofrecer la única respuesta razonable; en concreto, que el interés general resulta ser equivalente a lo que el grupo cree que abarca. Después de todo, como Gibbons (1989: 167) argumenta, escándalo significa una "respuesta hostil y producto de la commoción, dirigida contra una actuación determinada". Pero entonces la pregunta es la de quién es el público implicado. Podría encontrarse luz al problema en el análisis de Redlawsk y McCann (2005) sobre las encuestas de partida en las elecciones generales estadounidenses del 2000, donde la acusación de una "cultura de la corrupción" jugó un papel significativo en la difusión de propaganda partidista oficial. La mayoría de los encuestados estuvo de acuerdo en que la ruptura de la legalidad por quienes se hallaban en el poder constituía corrupción, pero existió un alto grado de disconformidad acerca de si comportamientos en principio legales como el favoritismo debían ser incluidos. La conclusión fue que el concepto es

"fundamentalmente ambiguo" y que podría "significar diferentes cosas para según qué individuos" (Ibid: 262)³.

Con la excepción de la concepción basada en el cargo, Burke habría estado de acuerdo con los elementos de todas las aproximaciones mencionadas. Sin embargo, habría considerado estéril el intento de acercarse al fenómeno con una lista de conductas específicas que pudieran ser aplicables universalmente a la definición de corrupción. Tal procedimiento soslayaría el hecho de que corrupción implica la violación de patrones establecidos por la tradición histórica y la cultura política y que configuran un contrato social que no resulta contenido en constitución alguna. Asimismo, abordaría el fenómeno político al tiempo que ignoraría aquello que sitúa a la política al margen de otras relaciones (sociales, económicas). Los intercambios sociales y económicos son gobernados por cálculos a corto plazo de un individuo (o grupo específicos) sobre capacidad y preferencia. Las interacciones políticas están fundamentadas en beneficios colectivos a largo plazo, generados por el sistema político y que resulta necesario asegurar; se trata de compromisos colectivos vinculantes para el individuo y que establecen límites al empleo de las facultades que configuran decisiones colectivas y por tanto a la "parte corrupta, codiciosa y ambiciosa de la naturaleza humana" (Burke, 2009: 363). Los principios fundamentales que contienen estos compromisos fraguan una identidad comunitaria compartida por la ciudadanía y constituyen la base de la legitimidad necesaria para el comportamiento gubernamental. Por añadidura, la tensión entre el rasgo supratemporal y general, y la naturaleza dinámica de las realidades en que tales principios deben operar implica que éstos no son cuantificables ni detallables con grado alguno de precisión. Resultan encarnados por una ley que los aplica al cambio social y económico y a otras circunstancias. En este sentido, "un acto legislativo no tiene referencia a norma alguna excepto a estos dos aspectos -la justicia originaria y la aplicación discrecional" (Ibid: 364). Lo mismo vale decir de aquéllos cuya misión es realizar un "control oficializado general de todas las conductas... sin el cual nunca se podrían satisfacer adecuadamente todas las aspiraciones de la sociedad". La diferencia entre el estadista y el profesor universitario, sosténía Burke, es que "el segundo sólo tiene una perspectiva general sobre la sociedad; y el primero, el estadista, tiene un número de circunstancias para combinar con tales ideas generales y para tomar en consideración... puede arruinar a su país para siempre si realiza su evaluación de forma contraria a las exigencias del momento" (Ibid: 377). La corrupción, argumentaba Burke, implica preferencia otorgada a intereses grupales o individuales de carácter económico o social de modo que se quiebren los principios políticos públicamente aceptados y según los que resultan distribuidos en última instancia los recursos y son resueltos los conflictos sociales (Ibid: 342). No es necesario que el daño derive del incumplimiento legal. Se produciría el mismo efecto si los acuerdos pervivieran aun cuando su razón de ser hubiese desaparecido. En el caso de la reforma que Burke defendía, los patrones de influencia empleados por la Corona eran "necesarios antiguamente", pero una vez que las realidades los convertían en irrelevantes, su pervivencia era similar a "ofrecer carne y bebida a los fallecidos [de modo que tal cosa no resulta] tanto un honor para el difunto como una desgracia para los supervivientes" (Ibid: 351).

³ La dificultad se intensifica donde los desacuerdos siguen a distinciones de clase o ideológicas. Para superar tal problema, Heidenheimer (1978) sugirió un código de colores: negro para indicar los supuestos de acuerdo interclásico, gris donde hay desavenencia entre élites y masas, y blanco en los casos en donde los comportamientos que resultan definidos por algunos como corruptos no encuentran una vigorosa oposición de la comunidad en su conjunto. No es necesario señalar que tal esquema extrae la definición simplemente de la opinión pública.

De todo ello se desprenden dos consecuencias. La sustitución por intereses económicos y sociales a corto plazo de normas aceptadas como orientaciones para el ejercicio de autoridad no es probable que resulte contenida en un solo ámbito, conduciendo así a un despilfarro general de recursos públicos y abuso de autoridad. La influencia corruptora viene a ser, de este modo, "el resorte perenne de toda prodigalidad y todo desorden". Al mismo tiempo, el sentimiento generalizado de que la autoridad es ejercida para el bien de unos pocos conduce a una pérdida de la confianza tanto en el liderazgo como en los modelos tradicionales de gobierno y autoridad. La corrupción, por lo tanto, "suprime... toda la proyección de autoridad y confianza de las partes más venerables de nuestra constitución" (Ibid: 342-343). Como con la corrupción en el mundo físico (por ejemplo, con la podredumbre), la corrupción política es un fenómeno dinámico: empieza en la superficie, extendiéndose cada vez más sobre ella y hacia dentro, hasta que las vigas quedan infectadas.

A diferencia del concepto de corrupción amparada en el cargo, que consiste en el fraude a las obligaciones reconocidas del puesto público, la noción de Burke se refiere al debilitamiento de la distinción entre la política y otras esferas de las relaciones humanas. Dicho de otra forma, de lo que convierte a los procesos políticos en necesarios y legítimos. Es la base de esa concepción lo que le facilitó aplicar su criterio a quienes se hallaban en el poder, sin entrar en consideraciones sobre su posición ni acerca de las instituciones en su conjunto (en el discurso de la reforma económica, la monarquía respecto a la persona del rey) y tanto para acciones como respecto a omisiones, tal y como ya se ha indicado un poco más atrás. La presentación de este concepto de tan extensa cobertura hace que aflore una pregunta. En los casos de corrupción individual, es decir, en aquellos en los cuales los titulares del poder infringen la ley, el caso no resulta problemático. El hecho de que el infractor o infractores mantengan su actuación en secreto indica por sí mismo su reconocimiento de que los principios subyacentes al proceso político no resultan puestos en duda. Tales casos, así, se asemejan a los de otros delincuentes, excepto en que son moralmente más odiosos. Más que variar la inserción de los límites entre lo socio-político y lo político, el culpable usa su posición para traspasarlos. Pero ¿qué desencadenaría la acusación de corrupción en supuestos de omisión, donde no está en juego una conducta delictiva individual, sino la corrupción del proceso político? (y aquí uno puede añadir una pregunta que Burke no señala -¿qué ocurre allí donde la ley por sí misma es consecuencia de un comportamiento corrupto?). El asunto resulta relevante porque tales casos son de mayor gravedad. "A la luz del día", la conducta o su ausencia es más fácil de detectar y esto apunta a la discusión sobre los propios límites que separan la política de otros ámbitos. Por otra parte, Burke fue consciente de que acusaciones inescrupulosas de corrupción se convertirían en un arma para desacreditar a rivales o instituciones políticas en su conjunto. Aplicando su concepto, tal conducta sería corrupta en sí misma. Así, escribió a un miembro del Bell-Club de Bristol, "son los propios corruptos quienes hacen circular esta acusación genérica de corrupción. Pues tienen interés en confundir todas las distinciones e implicar a la totalidad en una acusación generalizada" (Burke, 1960: 148). La respuesta sugerida por el Discurso de Reforma Económica es que con motivo de que el problema abarca los fundamentos de la política, y porque el legislador representa a la sociedad, la insatisfacción y la disputa que sean amplias y versen sobre la limitación de las influencias deberían ser encauzadas y debatidas con miras a una reforma. Esto parece asemejarse a la definición moderna de corrupción basada en el interés público y conlleva la misma asunción. Pero entonces Burke no se refería a las disputas políticas o a opiniones de segmentos de la ciudadanía. Lo que tenía en mente eran grandes mayorías que atravesaban divisiones socio-económicas. Cuando tal elemento aflora, parecía querer decir, no señalarlas constituiría la

abdicación del papel de representación que justifica el poder del legislador. Tal debate público, admitía también en algún otro lugar, quizás no conduciría a reformar prácticas o a ajustar la ley a una realidad huidiza, sino a la revisión de los principios constituyentes, porque a menudo "tengan defectos...y tales defectos, cuando se advierten, deberían ser corregidos". Es aquí donde el conservadurismo burkeano resulta evidente, pues como quiera que la reforma resulta necesaria para la preservación de un formato específico recogido por los principios constituyentes "en este lugar y momento", la cuestión presentada afectaría a las principales bases de legitimidad y a los procesos políticos que éstas justifican. "Capacitarnos para corregir la Constitución, el conjunto...debe ser contemplado de forma global; y ha de ser relacionado con el estado actual del pueblo y las circunstancias del momento"; y lo mismo se sostiene para el remedio a la "enfermedad", porque "hay muchas cosas en la reforma que resultaría apropiado acometer, si otras cosas pudieran realizarse junto con ellas, pero que, en caso contrario, nunca deben emprenderse" (Burke, 2009: 383).

Desde que Burke sostuvo su propuesta para reforma económica hace unos 230 años, tanto la naturaleza del gobierno como las "circunstancias del momento" han cambiado radicalmente. Para evaluar la posible relevancia de sus nociones hoy en día, propongo sucintamente aplicarlas a la incómoda cuestión del sostenimiento de la competición política. Este es un caso interesante, tanto por motivo de su conexión intrínseca a los principios básicos de la democracia como porque el asunto de la corrupción fue hecho emerger en esta conexión sólo por unos pocos investigadores (notablemente Johnston, 2005: capítulo 4; 2006). El tema resulta conocido por todos. En la segunda mitad del siglo XX los partidos políticos enfrentaron una inflación presupuestaria antes nunca vista y resultante del crecimiento exponencial de las técnicas publicitarias y electorales, de la necesidad de alcanzar un público más amplio, y de la incapacidad de recoger fondos proporcionados por los miembros ordinarios del partido para sostener su aparato. El resultado fue la adopción de soluciones que fueron percibidas de manera extensa como corrosivas del gobierno democrático. Una fue la petición de contribuciones a corporaciones económicas y particulares solventes que tenían los medios para inyectar grandes sumas de dinero en las arcas de los partidos o candidatos, ya fuera como recompensa por políticas favorables o como una inversión a tal fin. Otra fue el tirón de servicios públicos como fuentes de sostenimiento directo o indirecto. El primero tenía relación con el uso gratuito de recursos, especialmente donde las redes de radiodifusión o de transporte eran controladas por el gobierno. El segundo implicaba la imposición de "contribuciones" regulares a servidores públicos elegidos o nombrados ("macing") o a los beneficiarios de contratos o licencias gubernamentales ("toll gating"). Incluso una tercera fuente de ingresos fue la "venta" directa de políticas, concesiones, honores y títulos, o acceso a los directores de las primeras, a cambio de dinero o equivalentes⁴.

Donde las cuestiones de corrupción afloraron fue en relación con el tercer método de financiación, que frecuentemente envolvía la infracción de la ley (y específicamente el soborno). Incluso las definiciones basadas en el interés público/opinión pública no podían ser aplicadas fácilmente desde el momento en que un partido representaba por definición una versión del bien común y una parte de la opinión pública general y aun el enfoque fundamentado jurídicamente se veía dificultado cuando la conducta corrupta señalada no estaba al servicio del interés individual. El "macing" y la "financiación plutocrática" (Gidlung, 1983: 353; Nassmacher, 2009: 239-246) son aún más problemáticas si cabe. La "venta" de

⁴ El Reino Unido ilustra la "venta" de honores y títulos mientras que las cenas de recaudación de fondos ejemplifican la adquisición de acceso a los decisores.

cargos públicos o contratos fue una práctica regular en las monarquías absolutistas de la modernidad temprana (Scott, 1972). Hacia la mitad del siglo XX sólo unas pocas democracias aprobaron leyes que prohibían diáficamente el "macing" o, cuando no estaba implicado ningún soborno explícito, el "toll gating". Como para la "financiación plutocrática", no sólo no hubo leyes prohibiendo a los intereses económicos contribuir a las causas que les favorecían, sino que además ese gasto era buscado y percibido frecuentemente como cualquier otra donación dirigida a un fin virtuoso. E incluso las tres fuentes se cobijaron entre sí. Aun donde las conexiones del suministrador-consumidor resultan sólo implícitas, la "financiación plutocrática" hace aparecer la sospecha de que las políticas, servicios o bienes públicos son explotados para el beneficio privado o partidista. Como uno de los principales estudiosos de la política financiera puso en evidencia, las disparidades en el tamaño de las contribuciones señalan "el deseo de superar las restricciones democráticas de 'un hombre un voto' para ganar influencia desproporcionada en el proceso de toma de decisiones" (Paltiel, 1981: 138). Lo mismo resulta obviamente cierto en relación con las otras dos formas de financiación, donde es detectable la adscripción de políticas y servicios públicos. En consecuencia, las tres formas de favoritismo financiado discriminan a quienes están fuera del poder. Al mismo tiempo, todos dañan la igualdad de oportunidades políticas entre los ciudadanos, por tratarles de manera distinta y de acuerdo con su capacidad para "adquirir" beneficios o políticas públicas.

El argumento de que tales prácticas requerían coherenciar los principios democráticos con una realidad mutante fue usado generalmente para justificar la concesión de subsidios públicos con el fin de sostener las campañas políticas. Fuera en la forma de fondos públicos para los partidos sobre una dotación establecida, fuera como subvenciones a competidores para el desarrollo de campañas específicas, tal medida fue adoptada por casi todas las democracias estables y se ha convertido en modelo hegemónico entre las emergentes nuevas democracias de todas las regiones del mundo, excepto en el Caribe (donde sólo ha sido adoptado por las Barbados) y en África (donde sólo existe en un 46% de los países)⁵. La noción básica es una solución de compromiso, es decir, restricciones en el disfrute del cargo público y el empeño con la igualdad política a cambio de un ingreso seguro y estable. Tal intención implicaba que las regulaciones que darían cuerpo a la noción no se quedarían en el suministro de fondos. El tercer *quid pro quo* fue la prohibición de contribuciones provenientes de fuentes dudosas, las limitaciones a las cantidades que los individuos podían donar, un techo sobre cuánto podía ser gastado y la transparencia contable. La financiación pública, se sostuvo, rebajaría así el gasto electoral excesivo, animando a los partidos a representar los intereses de un gran número de electores y no sólo a unos pocos adinerados, limitaría las disparidades entre igualdad política y desigualdad económica, y sufragaría una competición justa y abierta. En estos términos, el precio para lo público constituiría (por citar el título de un libro temprano sobre la materia) "los costes de la democracia" (Heard, 1960).

⁵ Alexander (1989: 14-15): La práctica fue iniciada por Costa Rica (1954) y Argentina (1955). Uno puede distinguir con nitidez tres fases solapadas parcialmente y con las cuales la práctica se extendió a partir de entonces: de los últimos cincuenta a los últimos setenta del pasado siglo, cuando fue adoptada por la mayoría de los países occidentales y otras viejas democracias (Israel en 1969, Canadá en 1974, Estados Unidos en el nivel federal y Japón en 1976), desde los últimos setenta a los noventa, cuando la mayor parte de los Estados latinoamericanos y las nuevas democracias de Europa Central y Oriental se unieron a ella, y desde los últimos noventa hasta hoy, cuando países recientemente democratizados en Asia y África acogieron aquella práctica. Este resulta ser un análisis temporal muy toso. Y ello porque existen las excepciones, por ejemplo, el Brasil de 1971, la Turquía de 1983 o Australia en 1984.

Los escépticos han señalado las consecuencias nocivas de regulaciones que mantengan el subsidio de la competición. La mayoría no tiene duda sobre la necesidad de acomodar los principios democráticos a nuevas realidades, sino que más bien cuestionan sus efectos actuales e indican efectos indeseados de la financiación pública. Una excepción son los Estados Unidos, en donde de ahora en adelante nos centraremos, porque fue sólo aquí donde fue criticado el entendimiento de que la financiación plutocrática subvertía el principio de igualdad política. En Buckley v. Valeo (1976), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió la recaudación y gasto de dinero para influir en las elecciones como una forma de libertad de expresión constitucionalmente protegida y en consonancia suprimió la limitación de las donaciones, así como los límites estables de gasto para candidatos individuales o grupos independientes. A esto le siguió una decisión de la Comisión Federal Electoral bipartidista de permitir a los partidos recaudar y gastar sumas ilimitadas para la conformación de un partido y la difusión de publicidad. La lógica derivada de igualar dinero con opinión resultó además intensificada en el 2010, cuando el Tribunal Supremo anuló la distinción entre gastos corporativos y gastos individuales. Las prohibiciones de financiación independiente o anuncios por corporaciones y sindicatos que propusieran candidatos federales dentro de los treinta días de las elecciones primarias o de los sesenta de las generales, eran así definidas como "prohibiciones directas de la expresión, respaldadas por sanciones penales" (Tribunal Supremo, 2010: 4). Resulta reveladora la opinión minoritaria en el caso. La corrupción, argumenta el Juez John Paul Stevens, adopta muchas formas y la diferencia entre "vender un voto y vender acceso [político] es un asunto de grado, no de clase" (Tribunal Supremo, 2010b: 57)⁶. Este argumento era el de que la plutocracia y la corrupción son dos polos de un continuo y que por lo tanto la decisión de la mayoría era equivalente a la legalización de la corrupción.

11

Un análisis desde una perspectiva burkeana conduce de alguna manera a diferentes conclusiones. El Tribunal Supremo no derribó vallas cualesquiera separando capacidades económicas y poder político, ni en 1976 ni en el 2010. Ni permitió comportamientos que difirieran de la corrupción definida jurídicamente. De hecho, aquellas vallas nunca habían existido. Pequeñas donaciones o las posibilidades del tiempo de dedicación al voluntariado, por ejemplo, no habían sacado a relucir quejas aunque dependieran también de la capacidad monetaria. Y tampoco ningún tribunal estadounidense había aprobado alguna forma de compra directa de posición o de decisiones políticas. Lo que hizo el Tribunal fue mover los límites entre ámbitos tal y como existían el momento de la sentencia, a fin de permitir una influencia más intensa a individuos y corporaciones que poseyeran el interés y las cantidades de dinero necesarios como para conseguir resultados políticos. Independientemente de sus efectos actuales, la percepción creada por las decisiones del Tribunal Supremo fue la de que las capacidades de los ciudadanos que poseían menos solvencia quedaban así recortadas.

En sí misma aquella decisión no podría contener error alguno en la medida en que resultara aceptada de forma extensa como un acomodo adecuado a las circunstancias actuales de los principios básicos subyacentes al proceso político. A diferencia de los legisladores, los miembros del Tribunal Supremo no resultan elegidos por una amplia ciudadanía para aplicar a realidades cambiantes su comprensión fundamental de lo que está en el área política. Son propuestos por instituciones políticas sobre bases ideológicas, y por lo tanto se les exige ejercitar un

⁶ Opiniones similares fueron transmitidas por comentaristas que indicaron las consecuencias inmediatas de la decisión. Así, por ejemplo, Thomas Friedman argumentó que "Ciudadanos Unidos... creó una plataforma que se convirtió en campo para el soborno legalizado". En NPR On Point, 5 de octubre del 2011.

juicio individual sin control político. Esto quizás permita al Tribunal conducir al público y acomodar percepciones generales a circunstancias que cambian, tal y como fue ejemplificado por el Tribunal Warren. Pero quizás también le suponga ir a la zaga de la ciudadanía y rehuir el reconocimiento de los cambios. Esta, recuérdese, fue la esencia de la queja burkeana contra la monarquía en su defensa de la reforma. Saber si tal actitud proviene del interés particular, de la opinión ideológica o de la conciencia de que ninguna mutación debería infringir acuerdos sacrosantos, resulta algo meramente especulativo. Es probable que el resultado sea el mismo. En el supuesto americano recogido, se ha demostrado que la opinión pública ha considerado la decisión del Tribunal Supremo como un movimiento dirigido a reducir la igualdad política y una desviación de las normas básicas. Las encuestas señalan de forma persistente a extensas mayorías que consideran el proceso de financiación electoral como sostenedor de la "influencia indecorosa" de los intereses económicos. En la aguda formulación de Johnston (2006: 72, subrayado en el original), "las mayorías populares creen que el proceso de financiación electoral resulta corruptor, y... las instituciones reguladoras de las conexiones entre riqueza y poder en el proceso electoral americano tienen serios problemas de credibilidad... sumados al problema de la corrupción estructural". En 1992, por ejemplo, las encuestas mostraron que mayorías amplias (de un 83% y un 85%, respectivamente) de votantes registrados estaban de acuerdo en que los intereses económicos "tienen más influencia sobre el gobierno que los votantes" y "que el interés específico de carácter económico compra la lealtad de los candidatos" (85%) (Wertheimer and Manes, 1994: 1129; 1130-1131). Y tales cifras no son excepcionales en ningún sentido. A lo largo de los noventa y la primera década del siglo XXI, alrededor de dos tercios de los interrogados estaban preocupados acerca de la influencia de los intereses económicos en la política y alrededor de un 80% percibía que la corrupción en Washington era un fenómeno extendido (las cifras más altas provinieron de las encuestas USA/Gallup de abril del 2006, donde un 83% consideraba la corrupción en el Congreso como un problema serio o muy serio. El porcentaje más bajo provino de la Encuesta CBS/New York de 27 al 31 de octubre, donde "sólo" el 58% opinó de la misma manera. (Informe Encuestador, 1996).

La ciega perspectiva del Tribunal Supremo sostenida en el caso de los Ciudadanos Unidos y que permitía a corporaciones y asociaciones gastar cantidades ilimitadas de dinero en anuncios durante las campañas políticas resulta por tanto chocante. Las encuestas Harris encontraron que un 95% de adultos a lo largo y ancho de la nación creía que la opinión pública tenía poca o escasa influencia en los actores políticos, mientras que el 87% definía la influencia de las grandes corporaciones como excesiva; CBS/New York Times encontró que el 79% desaprobaba la resolución; y un 72% estuvo de acuerdo en que era muy importante la promulgación de leyes que restringieran la influencia política de los intereses económicos (informe encuesta, 2010). Tal y como sugieren tales cifras, esta opinión atravesaba preferencias políticas en todos los ámbitos de la vida y tendencias. Así, la encuesta CBS/New York Times mostraba que el rechazo a la decisión dictada por el Tribunal Supremo alcanzaba el 78% entre los republicanos, el 82% entre los demócratas, y un 79% de aquellos que se definían a sí mismos como independientes. Todo esto no sugiere una corrupción ilegal cualquiera, y un abordaje puntual de los supuestos de soborno actuales (y hay pocos de gran valor de entre ellos) no podría servir como paliativo. Las encuestas demuestran más bien una intensa percepción de que el proceso en sí mismo se ha corrompido. Por citar otra vez a Johnston, "para muchos ciudadanos... la ilegalidad se encuentra alejada del problema en gran parte: las leyes actuales que lo abordan fracasan en impedir, o permiten, lo que consideran soborno, tráfico de influencias y un estilo de gobierno

global de líderes que no se preocupan "por personas como yo", y que se han convertido en „intocables" (2006: 810).

La corrupción en una democracia, argumentó Mark Warren (2004; 2006), significa "corrupción por partida doble". La norma básica en una democracia es la de que "cada individuo afectado potencialmente por una decisión colectiva debería tener oportunidad de influir en ella de manera proporcional a su porción en el resultado". La corrupción implica exclusión injustificable, donde "el excluido tiene una pretensión de inclusión que es tanto reconocida como violada por el corrupto" y la exclusión beneficia "a quienes se encuentran bien relacionados y perjudica, cuanto menos, a algunos de estos excluidos" (Warren, 2006: 804). Entre los intentos definitorios modernos este es el más cercano al de Burke, porque toma como punto de arranque lo que el autor considera el principio fundamental subyacente al orden democrático. Sin embargo, y también desde una perspectiva burkeana, el problema pervive. Una dificultad descansa en la rigidez del principio tal y como resulta arriba formulado. Para Burke, como se hizo notar antes, lo que convierte al ámbito político en único es que se refiere a intereses a largo plazo que son generales en el grado en que son relativos a todos los ciudadanos por motivo de su ciudadanía, más que por algún otro atributo particular. Esto no significa que la influencia en decisiones políticas no pueda reflejar tales distinciones, sino que éste es uno de los problemas a los que toda política debe dar respuesta. En las democracias liberales la aceptación de tal premisa se obtiene a través de otro principio fundamental: la igualdad política. De acuerdo con ella, todo ciudadano adulto debería disfrutar de la misma oportunidad de participar en la toma de decisiones políticas que cualquier otro. Si esto parece ambiguo, es porque así resulta serlo. Asimismo, para Burke el papel de los representantes políticos sería precisamente el de interpretar los dos principios contra el telón de fondo de realidades concretas y forjar un amplio acuerdo que impediría ventaja alguna sobre su interpretación. La financiación de campañas en los Estados Unidos da luz a lo que es responsable concluir cuando quienes están en el poder consideran la igualdad política como de menor importancia que la mayor parte de la ciudadanía. El problema no es el de la exclusión, sino la igualdad de la inclusión y la creencia extendida de que la influencia política del dinero ha derrotado al interés público.

Un segundo problema es la restricción de la discusión a específicas formas de democracia. El propio Warren era consciente de esto. En sus propias palabras, la "difusión contemporánea de la política... está cambiando en sí mismas las formas de la democracia, retándonos a desarrollar una concepción de la corrupción acorde con los tiempos" (2006: 806). Pero el asunto no está circunscrito por variables temporales. La asunción de que los principios constitutivos son idénticos en todos los países adscritos a la democracia resulta igualmente dudosa. La cuestión no versa sobre definiciones legales, sino acerca de la manera en que son comprendidas y aplicadas. ¿En qué grado es cierto afirmar que el principio de inclusión resulta entendido de la misma manera, por ejemplo, en democracias cercanas como México, o en otras como Rusia, o aunque así fuera, en Estados como Myanmar, que se hallan, en un continuo, más cerca del polo autoritario? Esto conduce a un tercer problema: el hecho de que no todos los regímenes son democráticos. Si no deseamos sugerir que la corrupción es particular de las democracias occidentales del presente, entonces lo que resulta necesario es una comprensión más amplia del término. Y, finalmente, ¿qué hacer con situaciones como aquéllas discutidas en los Estados Unidos, donde no se halla implicada capacidad personal alguna, aunque el país sufra lo que Burke (y por añadidura, la mayoría de los ciudadanos americanos) habría considerado como corrupción estructural?

La ventaja de la noción burkeana es que resulta suficientemente amplia como para suministrar conceptos comparables y preguntas similares que podrían ser respondidas en disciplinas específicas. Toda política implica principios básicos marcando los límites entre las esferas socio-económica y política. Todos los regímenes descansan en bases de legitimidad que incluyen tales principios, y todos deben ajustarlos a la realidad cambiante. Todos los gobiernos, asimismo, afirman representar el bien general, y se espera de todos ellos que apliquen los principios que profesan a las mutantes circunstancias del "mundo real". El concepto burkeano, entonces, nos permite identificar situaciones comunes en una amplia variedad de sistemas políticos: es decir, la influencia corrupta que implica la violación de la cadena que liga principios constitutivos, ley vigente y comportamiento de los titulares del poder. Tal concepto no resulta restringido a roles burocráticos específicos, o a definiciones legales, ni aun a la opinión pública o a cuestiones de política concretas, aunque retenga elementos de todo ello. Al mismo tiempo, señala consecuencias de corrupción estructural prolongada que es probable aparezcan a pesar de la organización política. Donde los intercambios políticos pierden su particularidad y se convierten simplemente, de hecho o en la mente de los ciudadanos, en otra dimensión de las relaciones socio-económicas, el sistema perderá eventualmente la confianza de sus miembros. Bajo tales condiciones, quizás evolucione lo que los tocquevilianos llamaron "la crisis de la incubación": una desconfianza incipiente hacia el gobierno y que baluartes tales como los relativos al bienestar o a tradiciones atrincheradas de autonomía local (las cuales funcionan ambas a favor del sistema estadounidense) quizás no puedan soportar siempre. Ofreciendo tal análisis, Burke también muestra cómo tanto los elementos de la antigua, como de las concepciones modernas, de la corrupción podrían ser combinados en una comprensión más rica del fenómeno⁷.

Es más, Burke no desarrolló su noción de corrupción, más allá del Discurso sobre la Reforma Económica y unas pocas cartas y conferencias, y vienen a la cabeza muchas cuestiones a las que no prestó atención. Así, por obvias razones, se preocupó sólo por el Estado. ¿En qué medida pueden ser aplicadas sus nociones a entidades dentro de él (por ejemplo, ramas del gobierno tales como el poder judicial, subdivisiones como los Ayuntamientos, o incluso compañías privadas a las cuales se les han adjudicado funciones públicas)? Por la misma vía, ¿qué se puede decir de organizaciones como la Unión Europea? La respuesta legal resulta obvia, y es cierto que una corrupción definida jurídicamente abarca la distorsión de los límites políticos y socio-económicos existentes más allá del punto definido como aceptable. ¿Pero qué ocurre con las situaciones donde el sentido generalizado de la injusticia no es consecuencia de alguna infracción jurídica generalizada de quienes están en el poder? Para tomar otra línea de indagación: si, además, la corrupción puede tener significado sólo en contextos históricos y culturales específicos, ¿pueden los esfuerzos comparativos alcanzar precisión empírica de alguna clase?⁸ Los intentos de contrastar estas y similares preguntas descansan más allá de la perspectiva del presente ensayo breve. Lo que aquí se sugiere es sólo que en el futuro deberían dirigirse a clarificar cuestiones que parecen tan relevantes hoy como en la época de Burke.

⁷ Para la perspectiva de que la noción clásica de corrupción pueda adecuarse a las realidades de los Estados Unidos actuales y los peligros posibles para el orden político que se ciernen debe acudirse a Johnston (2005: 73), y en particular a su análisis del 2006.

⁸ De forma específica pueden existir en el nivel local ingeniosos métodos para poner en marcha la corrupción. Parte del desafío implicado en un plan de contramedidas es identificar tales conductas por medios que no sean sólo una aproximación formal jurídica y la minucia que conlleva.

Bibliografía

- BREDVOD, L.I y ROSS, R.G. (eds.) (1960), *The Philosophy of Edmond Burke*, The University of Michigan Press, Ann Arbor.
- DOBEL, P.D. (1978), "The Corruption of a State", *American Political Science Review*, Vol. 72, Núm. 3, pp. 958-973.
- EUBEN, J.P. (1989), "Corruption", en BALL, T. (ed.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press. New York.
- FACKLER, T. y TSE-MIN, L. (1995), "Political Corruption and Presidential Elections 1929 -1992", *Journal of Politics*, Vol. 57, Núm. 4, pp. 971-993.
- GIBBONS, K.M. (1989), "Towards an Attitudinal Definition of Corruption", en HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.), *Political Corruption: a Handbook*, Transaction, New Brunswick, pp. 165-172.
- GIDLUNG, G.M. (1983), *Partistöd. Public Subsidies of Swedish Political Parties*, CWK Gleerup, Umea.
- HEARD, A. (1960), *The Costs of Democracy*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- HEIDEHEIMER, A. (1978), "Introduction", en HEIDEHEIMER, A., *Political Corruption, Reading in Comparative Analysis*, Transaction, New Brunswick, pp. 3-9 .
- JOHNSTON, M. (2005), *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JOHNSTON, M. (2006), "From Thucydides to Mayor Daley: Bad Politics, and a Culture of Corruption?", *PS: Political Science and Politics*, Vol. 39, Núm. 4, pp. 809-812.
- MARK, P. (1997), "Defining Political Corruption", *Political Studies*, Vol. 45, Núm. 3, pp. 436-462.
- MENDILOW, J. (1993), "Waiting for the Axe to Fall: Carlyle's Place in Study of Crisis of Authority", *Political Research Quarterly*, Vol. 46, Núm. 3, pp. 1-18.
- NASSMACHER, K.-H. (2009), *The Funding of Party Competition*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden.
- NYE, J.S. (1989), "Political Corruption: a Cost Benefit Analysis", en HEIDEHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.), *Political Corruption: a Handbook*, Transaction, New Brunswick.
- PALTIEL, K.Z. (1981), "Campaign Finance. Contrasting Practices and Reforms", en BUTLER, D., PENNIMAN, H.R. y RANNEY, A. (eds.), *Democracy at the Polls*, American Enterprise Institute, Washington DC, pp. 138-172.
- REDLAWSK, D. y MCCANN, J. A. (2005), "Popular Interpretations of „corruption“ and their Partisan Consequences", *Political Behavior*, Vol. 27, Núm 3, pp. 261-283.
- SANDHOLTZ, W. y KOETZLE, W. (2000), "Accounting for Corruption: Economic Structure, Democracy, and Trade", *International Studies Quarterly*. Vol. 44, pp. 31-50.
- SCOTT, J. (1972), *Comparative Political Corruption*, Prentice Hall, Englewood Cliffs.
- STANLIS, P.J. (ed.) (2009), *The Best of Burke. Selected Writings and Speeches of Edmund Burke*, Transaction, New Brunswick.
- SUPREME COURT OF THE US (2010a), *Citizens United Vs Federal Elections Commission*, 08-205/558.
- SUPREME COURT OF THE US (2010b), *Citizens United Vs Federal Elections Commission*, 08-205/558. Opinion of John Paul Stevens.
- TOCQUEVILLE, A. de (1955), *The Old Regime and the French Revolution*, Doubleday, New York.
- VAN KLAVEREN , J. (1989), "The Concept of Corruption", en HEIDEHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.), *Political Corruption: a Handbook*, Transaction, New Brunswick. pp. 25-28.

- WARREN, M.E. (2004), "What Does Corruption Mean in Democracy?", *American Journal of Political Science*, Vol. 48, Núm. 2, pp. 328-843.
- WARREN, M.E. (2006), "Political Corruption as Duplicitous Exclusion", *Political Science and Politics*, Vol. 39, Núm. 4, pp. 803-807.
- WERTHEIMER, F. y MANES, S.W. (1994), "Campaign Finance Reform: A Key to Restoring the Health of Our Democracy", *Columbia Law Review*, Vol. 94, Núm. 4, pp. 1126-1159.



**Neoliberalismo y política penal.
Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt**

José Ángel Brandariz García
Universidad de A Coruña
branda@udc.es

Agustina Iglesias Skulj
Universidad de A Coruña
agiglesias@udc.es

Resumen

Pensando en España, los autores de este artículo analizan las propuestas innovadoras de Bernard E. Harcourt, publicadas en dos reciente libros: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) and *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011). Como Catedrático del Departamento de Ciencia política y profesor de Derecho de la Universidad de Chicago, Harcourt exhibe la evolución de la idea de orden natural desarrollada por la Escuela de Economía de Chicago, así como la ilusión del libre mercado como el mejor mecanismo que jamás ha existido para distribuir recursos en la sociedad de manera eficiente. No deja de inquietarle el recurso a métodos actuariales y encarcelamientos masivos en Estados Unidos cuando tales métodos son considerados por los estadounidenses los instrumentos más efectivos para luchar contra el crimen.

Palabras clave

Bernard E. Harcourt, libre mercado, política criminal, Universidad de Chicago, métodos actuariales.

**Neoliberalism and criminal policy.
An approach to Bernard E. Harcourt' work**

Abstract

Considering Spain, the authors of this article analyze Bernard E. Harcourt's innovative proposals published in two recent books: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) and *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011). As a Chair of the Political Science Department and Professor of Law at The University of Chicago, Harcourt has revealed the evolution of the idea of natural order through the Chicago School of economics along with the illusion of the free market as the best mechanism ever invented to efficiently allocate resources in society. He is also concerned with actuarial methods and mass incarceration in USA, particularly if these methods are considered by Americans the most effective instruments to fight crime.

Keywords

Bernard E. Harcourt, free market, criminal policy, University of Chicago, actuarial methods.

1. Introducción

Bernard E. Harcourt es, desde hace algunos años, *Professor de Derecho y Ciencia Política de la University of Chicago*. Apenas es necesario resaltar que si se otorga credibilidad a las habituales clasificaciones de centros de enseñanza superior, esto significa que Harcourt ocupa una alta posición académica en una de las mejores universidades del planeta. A mayor abundamiento, ha sido profesor visitante en diversas instituciones de educación superior francesas y estadounidenses, y, aunque en su carrera profesional no sólo se ha dedicado a la docencia y a la investigación universitarias, presenta un currículum académico muy notable¹.

A pesar de todo ello, y por razones sólo parcialmente comprensibles, Bernard Harcourt no es excesivamente conocido en el ámbito del pensamiento penal en lengua española. Este déficit de conocimiento no puede entenderse sino como desafortunado. Y ello no tanto porque el profesor de Chicago ocupe, como se ha apuntado, una relevante posición académica. Lo que hace que su escaso conocimiento merezca ser superado es que Harcourt seguramente se encuentra hoy, sin temor a incurrir en una hipérbole, entre los pensadores del hecho penal y criminológico más interesantes, cuando menos en el ámbito anglosajón. Es seguro que su nombre no aparecerá en los catálogos bibliográficos de teoría del delito (entre otras cosas porque, como es sabido, en el ámbito estadounidense ésta es una materia bien poco cultivada), y que tampoco se hallará en los estudios de criminología administrativa o en las otras variantes de neopositivismo criminológico. Pero no lo es menos que sus aportaciones de la última década a la renovación de las aproximaciones críticas al sistema penal. Partiendo de una sólida formación politológica, con confesados rasgos postestructuralistas², Harcourt ha sabido ofrecer en esta etapa interesantes líneas de interpretación para aproximarse al sistema penal desde una perspectiva crítica.

El objetivo del presente texto es contribuir a paliar el mencionado desconocimiento. Para ello, no se pretende en este momento hacer referencia al conjunto de las materias abordadas por el autor estadounidense. Harcourt ha escrito importantes publicaciones en relación con temáticas como las políticas de control denominadas *Tolerancia Cero*, los problemas derivados de la libre circulación de armas en la sociedad estadounidense o la desviación juvenil³. Sin embargo, en este momento no se va a prestar atención a esas destacadas líneas de investigación. El objetivo es menos ambicioso: se trata de reflexionar sobre la que seguramente ha constituido su principal preocupación de trabajo en el último lustro, a saber, la relación entre las teorías y prácticas neoliberales y la consolidación de un sistema penal expansivo, cada vez más alejado de cualquier ideal garantista. En este ámbito destacan sobre todo dos libros del autor: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) y el recientemente publicado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011). Al margen de la valía intrínseca de estos textos, no cabe perder de vista que el autor se encuentra en una posición difícilmente mejorable para analizar la relación entre neoliberalismo y política penal. Por una parte, porque escribe desde el sistema estadounidense,

¹ Una aproximación al currículum y a los trabajos de Bernard Harcourt puede verse en <http://bernardharcourt.com>. Revisado el 12 de diciembre de 2012.

² Quizás estos rasgos pueden verse con cierta claridad en buena parte de los textos de la revista *Carceral Notebooks*, disponible en <http://www.thecarceral.org> (revisado el 12 de diciembre de 2012), de la cual es editor. En concreto, el volumen 4 (2008) de la revista, titulado “*Discipline, Security and Beyond*”, versó sobre el estudio de los cursos impartidos por Foucault en el Collège de France en 1978: *Sécurité, Territoire, Population* y en 1979: *Naissance de la Biopolitique*.

³ Vid., respectivamente, Harcourt (2001; 2003; 2005).

que no en vano ha realizado el mayor experimento conocido de expansionismo punitivo. Por otra, porque su posición en la Universidad de Chicago le permite conocer la primera mano las ideas de quienes han hecho de esa institución el epicentro mundial de difusión de las ideas neoliberales durante los dos últimos cuartos de siglo.

2. Predicción y justicia actuarial. Las insuficiencias de una política penal sustentada en modelos de riesgo

El primero de los libros anteriormente citados, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, constituye la principal aportación de Harcourt al análisis crítico de las prácticas de cálculo de riesgos aplicadas al sistema penal. El modelo en el que se enmarca dicho género de prácticas, comúnmente denominado actuarial⁴, ha sido objeto de estudio con cierta frecuencia en los últimos lustros⁵. No es para menos, ya que los parámetros de dicho modelo suponen una transformación de gran alcance en los modos de funcionamiento del sistema penal. Por otra parte, en el contexto anglosajón la aplicación de criterios de riesgo en materia punitiva goza ya de una cierta tradición⁶, como se ha ocupado de poner de manifiesto el propio autor (Harcourt, 2007a: 7, 17, 39, 47), en materias como el *profiling* de transportistas de drogas, las decisiones sobre libertad condicional o las propias guías punitivas federales de EE.UU⁷. Quizás la posibilidad de disponer de

⁴ El autor (2007a: 1) describe el modelo actuarial en Derecho penal como *el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura y (2) de administrar una solución político-criminal [de tablas actariales del sector de seguros, usadas para predecir las tasas de mortalidad de diferentes grupos de sujetos asegurados y para fijar las primas individuales]*. En el mismo sentido, cfr. Harcourt (2007b: 93).

⁵ El pensamiento *actuarial*, inicialmente denominado "Nueva Penología", se debe, en su teorización originaria, a los trabajos de M. Feeley y J. Simon (1992; 1994). Sobre ello, vid., asimismo, por todos, Anitua (2005: 508); Beckett (1997: 9); De Giorgi (2000: 36, 81, 95; 2002: 113). O'Malley (2010); Re (2006: 90); Santoro (2004: 121); Zedner (2009: 78).

El modelo de justicia actuarial se caracterizaba, en el entendimiento de esos trabajos iniciales, por un tipo de discurso y de tecnologías en relación con sujetos peligrosos que venían a sustituir la gramática previa, sustentada en la culpabilidad individual, en los diagnósticos clínicos y en las intervenciones de tratamiento. Por lo demás, ese nuevo lenguaje actuarial, basado en cálculos probabilísticos aplicados a grupos poblacionales, no pretendía responder a comportamientos individuales, sino regular niveles de desviación criminal (cfr. Harcourt, 2007a: 109; 2007b: 87).

Por lo demás, esos trabajos iniciales identificaron una matriz de sentido de un conjunto de prácticas a las que se aproximaron de forma crítica. En efecto, las tesis actariales han sido conocidas, y estructuralmente analizadas, más por sus críticos que por sus defensores (cfr. Melossi, 2002: 231).

⁶ En efecto, en el ámbito anglosajón se realizaron aportaciones relevantes en esa orientación ya a comienzos de los años 80, incluso antes de que Beck popularizase la retórica del riesgo. Vid., a modo de referencia, Floud y Young (1981); Floud (1982: 213) o Greenwood (1982).

Harcourt (2007a: 89) dedica algunas páginas de su libro al análisis del último texto citado. El autor destaca que la intención del trabajo era analizar la reformulación de la política penitenciaria, en el entendimiento de que encerrando durante mayor tiempo a los infractores de alta peligrosidad un Estado podría reducir, de forma simultánea, su índice de criminalidad y su población penitenciaria. El autor añade que el problema del estudio fue que la tasa de evaluaciones erróneas de la alta peligrosidad de los sujetos era elevada, con lo que podían incrementarse las resistencias a imponer condenas basadas en estimaciones con tal grado de error. Ello no evitó que las leyes que basan el incremento –en ocasiones muy relevante- de la condena en la peligrosidad del sujeto hayan proliferado en EE.UU. ya desde los años 90. Sobre todo ello, vid., asimismo, Harcourt (2011b: 20).

Sobre el abandono de las tesis de la incapacitación selectiva por parte de los autores que inicialmente las impulsaron, vid., asimismo, Melossi (2002: 231).

⁷ Sobre estos antecedentes, algunos de los cuales el autor los remonta a inicios del siglo pasado, vid. También Harcourt (2011b: 5, 10).

Harcourt (2007b: 87) destaca que si bien en EE.UU. las leyes probabilísticas se aplican al análisis del delito desde antiguo, en la última etapa ha cambiado el modo en que son empleados análisis de riesgo y estadísticas. En efecto, con la superación del paradigma rehabilitador, estadísticas y datos se

esa perspectiva histórica, en la que a una primera etapa de auge tendencialmente acrítico de los criterios actuariales ha sucedido un momento ulterior de cierta conciencia de sus límites, ha facilitado el trabajo del autor de Chicago, que de este modo puede confrontar con mayor solidez las aporías de la teorización del riesgo. No obstante, su aportación no puede resultar temporalmente más oportuna, sobre todo en relación con los países en los que el actuarialismo se ha afirmado durante la última década, con un claro retraso en relación con el ámbito anglosajón. Este es el caso, por ejemplo, de Francia, en donde las evaluaciones en clave de eficiencia orientan de manera capital las actividades policial y judicial⁸. Pero también es el caso de España, donde, más allá de unas ciertas experiencias en el ámbito penitenciario, los dispositivos de cálculo de riesgo van colonizando otras materias, como el tratamiento de la delincuencia sexual. En consecuencia, no parece ocioso reiterar que la aportación de Harcourt cobra una relevancia especialmente notable en contextos como el europeo, donde la penetración de las prácticas actuariales se produce en un contexto -por el momento- más bien acrítico.

Against Prediction está estructurado en tres partes diferenciadas. En la primera (pp. 39-107), Harcourt hace una detenida exposición de la penetración de las formas actuariales en el sistema penal, sin descuidar la atención a las consecuencias de esta transformación. Esa parte constituye, junto a otros trabajos del autor⁹, una magnífica introducción al modelo de la justicia penal actuarial. En ella puede comprobarse que un campo privilegiado de penetración de las consideraciones actuariales es el del *profiling*, o diseño de perfiles de sujetos peligrosos, a los efectos de orientar la labor policial por la intención de mejorar su productividad (p. 103)¹⁰.

La segunda parte (pp. 109-192) constituye seguramente el núcleo del libro. En ella el autor se ocupa de demostrar las aporías que subyacen a los criterios actuariales, además de poner de relieve sus efectos disfuncionales, que chocan tanto con evidentes criterios normativos de justicia cuanto con los propios parámetros de eficiencia que supuestamente sustentan el modelo. Para realizar esta detenida demostración, Harcourt no sólo recurre a los criterios normativos habituales en el debate político-criminal, sino que hace algo seguramente más valioso aún, y –desde luego– mucho más complejo. El autor se confronta con los modelos actuariales en el mismo terreno en el que éstos buscan afirmarse: el campo de las *hard sciences*, connotado por el empleo de complejos modelos matemáticos de probabilidades. Con un sorprendente dominio de dicha metodología, el académico estadounidense logra poner de relieve las falacias de los modelos de cálculo de riesgo, en particular los aplicados al ámbito policial del *profiling*. Vale la pena reiterar que es especialmente interesante que Harcourt emplee para cuestionar la orientación actuarial el mismo tipo de métodos que usa ese pensamiento; no en vano, como señala el autor (p. 106) la consolidación de la justicia actuarial también se debe a la convicción de la comunidad científica –y política– sobre la especial utilidad de los métodos de cálculo de riesgo para la predicción de hechos futuros.

La tercera parte (pp. 193-239) cierra el libro con algunas consideraciones complementarias, entre las cuales no es menor la defensa de la aleatoriedad en el funcionamiento del sistema penal, que será objeto de breve comentario *infra*.

concentran únicamente en el análisis de los delitos y de los antecedentes criminales, desatendiendo las variables sociales, familiares y ambientales, que previamente tenían una notable relevancia.

⁸ Vid., sobre ello, Mucchielli (2008: 100); Sainati y Schalchli (2007: 25).

⁹ Vid., a modo de referencia, Harcourt (2007b: 87).

¹⁰ Vid., asimismo, Harcourt (2007b: 87). Para una aproximación a las graves consecuencias del empleo de esta táctica policial, vid., además de los trabajos del autor de Chicago, Harris (2006: 213); Mucchielli (2008: 102, 106, 108).

Un logro no menor de *Against Prediction*, que merece ser enfatizado, es que el autor no sólo confronta las tesis actuariales con las mismas herramientas metodológicas que las sustentan, sino que las discute en su propio plano funcional. En efecto, Harcourt consigue socavar los fundamentos de las prácticas de riesgo mediante consideraciones de justicia que son ajenas a la lógica de dicho paradigma, pero también las cuestiona desde su propia escala de fines, basada sobre la idea de eficacia –y, cuando menos indirectamente-, de eficiencia. Tal como señala el autor (p. 21), el parámetro funcional que sostiene las técnicas actuariales es que con su empleo se incrementa el descubrimiento de delitos, con lo que la eficacia del sistema penal crece, y mediante las funciones disuasorias e incapacitadoras del castigo se logra la disminución de las tasas de criminalidad.

Centrando su análisis en ese plano de eficacia de la respuesta penal, Harcourt demuestra (p. 122) que el empleo de las técnicas de cálculo actuarial en materia de *profiling* policial no tiene por qué generar necesariamente una disminución de la criminalidad. En efecto, esto sólo se producirá si la elasticidad de la respuesta ante la vigilancia policial por parte del grupo objeto de *profiling* es mayor que la de los grupos desatendidos. En caso contrario, ese criterio de selección de los objetos de atención policial genera un efecto de incremento de la delincuencia¹¹. Y precisamente este presupuesto de la elasticidad relativa del grupo objeto de control es desatendido en los cálculos de riesgo que se aplican a la actividad policial. Por lo demás, Harcourt destaca con razón que el *profiling* puede generar, indirectamente, un segundo efecto de incremento de la criminalidad. En efecto, en la medida en que el respeto de la ley se sustenta, en cierta medida, en la convicción de su justicia, el grupo objeto de control puede mantener, o incrementar, su nivel de delincuencia como consecuencia de la apreciación del carácter discriminatorio de la actividad policial (p. 128). A mayor abundamiento, el control policial focalizado genera unas específicas dificultades a los miembros del grupo objeto de vigilancia para acceder al trabajo o a opciones formativas, así como para mantener una vida familiar, lo que supone un costo del delito generalmente desatendido¹².

21

Como se ha apuntado, aún siendo muy importante el cuestionamiento de las prácticas actuariales en el plano de su eficacia para la disminución de las tasas delictivas, Harcourt no limita su crítica a esa perspectiva. También se detiene en el análisis de los efectos del modelo actuarial en relación con los criterios de justicia del sistema penal.

Por una parte, el autor de Chicago enfatiza el hecho de que las prácticas actuariales contribuyen a consolidar la discriminación por razón de color de piel en el seno del sistema penal, consideración que resulta válida no sólo en EE.UU. No en vano, unas prácticas policiales de *profiling* étnico¹³ que concentran los recursos en la vigilancia de ciertas minorías, partiendo de la convicción de su mayor implicación delictiva, generan efectos discriminatorios que se transmiten a través de las diversas fases e instancias del sistema punitivo, incluido el ámbito penitenciario (pp. 118, 148)¹⁴. Por otra parte, esos datos de sobrerepresentación de ciertas minorías en el sistema penal tienden a perpetuarse, reforzando no sólo la estigmatización del

¹¹ Vid., asimismo, Harcourt (2007b: 89, 94; 2011c: 165, 169).

¹² Vid., sobre ello, Harcourt (2007b: 96; 2011c: 179, 184).

¹³ Un interesante trabajo del autor de Chicago sobre el *profiling* étnico puede verse en castellano en Harcourt (2010: 161).

¹⁴ Vid., asimismo, Harcourt (2007b: 89, 96; 2011c: 177).

grupo objeto de control, sino también la convicción de la idoneidad del *profiling* étnico (pp. 29, 154, 149, 162, 192)¹⁵.

Esta circunstancia conduce al autor a formular, con acierto, la crítica fundamental que puede plantearse al actuarialismo penal desde una perspectiva axiológica: la aplicación de las tesis del riesgo ha ido colonizando las teorías del castigo, hasta el punto de alejarlas progresivamente de las consideraciones normativas de justicia. De este modo, los cálculos actuariales pierden de vista un postulado básico de no discriminación, a saber, toda persona ha de tener las mismas oportunidades de ser objeto de persecución penal, con independencia de sus condiciones de raza, etnidad, género, clase u origen nacional (pp. 188, 214, 237). Por lo que se refiere a los fines normativos de la pena, los cálculos de riesgo facilitan la aceptación colectiva de la incapacitación selectiva de los infractores¹⁶. Como ha puesto de referencia el autor en otra de sus publicaciones¹⁷, todo ello constituye un efecto de la preeminencia en las tesis y prácticas actuariales de ciertas disciplinas de las ciencias humanas, o de los Estudios de policía, que carecen de criterios normativos útiles para guiar la aplicación de la legislación penal.

No parece procedente concluir la reflexión sobre *Against Prediction* sin una referencia a sus últimas páginas, en las que el profesor de Chicago defiende las virtudes de la aleatoriedad en el sistema penal, idea que ha desarrollado de forma más extensa en otros trabajos¹⁸. Las premisas de su punto de vista no pueden sino compartirse: el autor destaca que ni los modelos actuariales ni los diagnósticos clínicos han sabido dar respuestas a los retos de la política criminal (p. 237). Más aún, Harcourt entiende, en un análisis extremadamente sugerente que no duda en calificar –con acierto– de postmoderno, que el conjunto del pensamiento penal moderno se desarrolló alcanzando conclusiones que no pueden sustentarse en los parámetros metodológicos del racionalismo científico moderno¹⁹.

22

La alternativa que el autor propone para superar esta situación es altamente provocadora: orientar el funcionamiento del sistema penal de acuerdo con criterios de aleatoriedad. Harcourt entiende, seguramente no sin razón, que éste es el único modo de que todos los infractores tengan las mismas probabilidades de ser objeto de persecución penal, y de lograr que la población carcelaria refleje la composición de la población de infractores (p. 238)²⁰.

El desarrollo de este planteamiento no resulta, empero, tan llamativo como la apelación a la aleatoriedad. El autor propone efectivamente que la actividad policial se guíe por la aleatoriedad, lo cual, demostrado lo discutible de la eficacia de las técnicas de *profiling*, no tendría por qué suponer un perjuicio en términos funcionales y, en cambio, comportaría una clara ventaja desde una perspectiva de justicia²¹. Frente a ello, en el ámbito judicial y de ejecución penal, Harcourt entiende que el recurso a la aleatoriedad debería suponer el abandono de consideraciones de peligrosidad, y la toma en consideración únicamente de cuestiones como la dañosidad del comportamiento delictivo (p. 238)²².

¹⁵ Sobre ello, vid., asimismo, Harris (2006: 219); Monclús Masó (2008: 194, 494); Sainati y Schalchi (2007: 13, 35); Santoro (2004: 137).

¹⁶ Cfr. Harcourt (2007b: 99; 2011c: 181).

¹⁷ Cfr. Harcourt (2007b: 89).

¹⁸ Vid., en lengua castellana, Harcourt (2009: 335).

¹⁹ Cfr. Harcourt, (2009: 337).

²⁰ Vid., asimismo, Harcourt (2011c: 190).

²¹ Vid., en el mismo sentido, *ibidem*.

²² Vid., asimismo Harcourt (2011c: 190). El autor desarrolla este punto de vista de forma detenida en Harcourt (2009: 350), y en dicho texto otorga un mayor campo de aplicación a la aleatoriedad. Si bien

También este último punto de vista merece ser compartido, seguramente incluso por lo que se refiere al ámbito penitenciario. No obstante, es evidente que el planteamiento del autor de Chicago, también en esta versión matizada, encierra algunos riesgos. No es seguro que el recurso a la aleatoriedad genere mejores efectos que la consideración de determinados criterios de justicia (como el autor parece admitir, al hacer referencia a la medida de la dañosidad del delito). Y aún lo es menos que todos los parámetros normativos conformados mediante la discusión penal y criminológica moderna hayan de ser abandonados. Por ello, seguramente la alternativa más adecuada consistiría, en primer lugar, y como hace con acierto el autor estadounidense, en negar el carácter supuestamente científico, en tanto que lógico-racional, del debate penal. Y, en segundo lugar, admitir, recuperando teorizaciones de filosofía de la ciencia ya clásicas, que este debate es inherentemente axiológico y -en tal medida- político. De este modo, el papel de una ciencia penal y criminológica crítica debe seguir siendo debatir políticamente sobre los criterios normativos de orientación del sistema y sobre sus efectos, sin negar el carácter ineludiblemente valorativo –por lo tanto, alejado de cualquier pretensión de verdad propia de las ciencias puras- de la discusión.

Sea como fuere, las ideas de la última parte del texto no dejan de ser, como se ha apuntado, muy sugerentes. Constituyen el digno colofón de un libro fundamental para pensar hoy la deriva neoliberal de la política penal, y en particular las tesis actariales de riesgo. Para dar un adecuado complemento a esta contribución, el autor sólo necesitaba aproximarse al pensamiento de la Escuela de Chicago y al Análisis Económico del Derecho (AED), algo a lo que dedicó su siguiente libro.

23

3. Mercados libres y sistema penal. Genealogía de la Escuela de Chicago y del AED

En efecto, en los primeros días de 2011 salió publicado el nuevo libro de Bernard Harcourt. El texto, titulado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, ha gozado, en el breve plazo transcurrido desde su aparición, de una notable acogida²³.

Como se ha apuntado, en una primera aproximación al libro, no parece difícil hallar una cierta continuidad entre esta investigación y algunas de las principales preocupaciones de análisis del autor de Chicago, plasmadas en sus principales obras anteriores. En ellas, Harcourt analiza críticamente las bases teóricas de las principales orientaciones que han conducido a que en las cuatro últimas décadas EE.UU. haya experimentado una expansión del sistema penal sin parangón en ningún otro momento de su historia ni en ningún otro lugar del planeta²⁴.

mantiene la misma perspectiva en relación con la actividad policial, el autor considera que en el momento judicial –siempre dentro de marcos de penalidad ya determinados- e incluso en el de la producción legislativa se debería recurrir a métodos aleatorios de toma de decisiones ante las dudas de jueces o legisladores.

²³ Prueba de ello son los comentarios publicados en una pluralidad de medios, entre otros *The Wall Street Journal* o *Les Echos*, o su presentación en varios países. En ese marco, Bernard Harcourt realizó en marzo de 2011 una gira, que los autores de este artículo tuvieron el gusto de contribuir a coordinar, de una decena de conferencias en universidades españolas y portuguesas de introducción al texto.

²⁴ Por decirlo en palabras del propio autor: *Lo que hemos presenciado a lo largo de nuestra vida es una de las expansiones más monumentales de la esfera penal que se haya producido a lo largo de la Historia.* (Harcourt, 2011a: 220). De acuerdo con los datos del *Bureau of Justice Statistics* del gobierno estadounidense, a 30/VII/2009 su sistema penitenciario encarcelaba a 2,297 millones de reclusos, lo que suponía una tasa de 751 por cada 100000 habitantes. Estas cifras implicaban que a comienzos de

Tras la publicación de *Against Prediction*, no puede extrañar que el nuevo libro de Harcourt se ocupe de otra de las principales orientaciones político-criminales surgidas en la última etapa en el contexto estadounidense: la política criminal neoliberal y, más en concreto, el AED. Esta elección del objeto de estudio sorprende aún menos si se repara en que la posición del autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, centro en el que se ha originado, con base en las elaboraciones previas de Von Hayek, Friedman o Coase, el AED, y en el cual han sido profesores algunos de sus más renombrados impulsores, como Gary Becker, Richard Epstein o Richard Posner, a los que el autor dedica el libro.

Desde la privilegiada posición que supone el acceso directo a dichos autores –la huella de las conversaciones con ellos es fácilmente localizable en el texto- el autor se plantea indagar en qué medida los análisis del AED han contribuido a la descomunal expansión del sistema penal estadounidense. Dicho de otro modo, Harcourt estudia en el texto la relación entre el pensamiento neoliberal –del cual la *Escuela de Chicago* ha sido una de las principales impulsoras- y la disfunción punitiva presente. Para ello el autor indaga las aporías que encierra dicho pensamiento teórico, que permitan explicar algo que *prima facie* no puede entenderse sino como una contradicción: la simultánea defensa de la máxima abstención estatal en el ámbito económico y de un notable intervencionismo punitivo en el gobierno de lo social.

Para esta empresa de estudio, Harcourt desarrolla varias líneas analíticas, en las cuales no es difícil hallar ecos de la epistemología foucaultiana. En efecto, uno de los rasgos más acusados del libro es que su metodología de trabajo podría denominarse, recuperando un término frecuentemente empleado por el filósofo francés, como genealógica, en el sentido de que hace una suerte de historia del presente, en este caso del presente del pensamiento de la Escuela de Chicago y el AED, y del expansionismo penal estadounidense.

24

Para ello, y con el objetivo –como se ha apuntado- de descubrir las aporías teóricas, y de desvelar las consecuencias prácticas, de ese segmento del neoliberalismo penal, el autor emprende dos tareas investigadoras fundamentales.

En primer lugar, Harcourt investiga la genealogía del pensamiento de la Escuela de Chicago, y en particular de la idea del mercado libre como *orden natural* o, dicho desde una perspectiva más contemporánea, como criterio de máxima eficiencia en la asignación de recursos. Esta singladura analítica conduce al lector a través de los escritos de los fisiócratas franceses del siglo XVIII (en particular, Quesnay; pp. 27, 77, 93) y de Adam Smith (pp. 79, 107). El recorrido atraviesa también el pensamiento, sobre las cuestiones penales -pero también económicas- de Cesare Beccaria (pp. 53, 63) y Jeremy Bentham (pp. 103, 110). Este conjunto de autores constituyen la referencia fundamental del utilitarismo penal que subyace a la aproximación del AED a las problemáticas del delito y de la pena, algo ya visible en los primeros textos de Becker. Ahora bien, el recorrido de estudio que emprende Harcourt permite constatar cómo se ha operado una apropiación selectiva de dichos autores por parte de la literatura del AED. De este modo, invocando una axiología utilitarista se llega a la defensa del mercado libre junto con un intervencionismo penal tendencialmente ilimitado, algo de difícil justificación desde la perspectiva del utilitarismo.

2009 el sistema penitenciario de EE.UU. reclusa aproximadamente al 23% de los presos del planeta, mientras que su población representaba sólo el 4'5% del conjunto mundial.

La segunda gran tarea investigadora que emprende Harcourt en el libro consiste en desentrañar cuánto hay realmente de “libre”, esto es, de exento del intervencionismo estatal, en el funcionamiento actual de los mercados. Para ello, el autor analiza de forma detenida la regulación y el funcionamiento de dos ejemplos icónicos de sendas etapas de la Historia económica, distantes en el tiempo, y -en principio- más bien antitéticas. Por una parte, la *police des grains* del París del siglo XVIII, no por azar identificada por el propio Foucault como expresión paradigmática de las técnicas disciplinarias de gobierno²⁵ o, dicho de otro modo, de un momento álgido de la intervención estatal en la vida económica²⁶. Por otra, el *Chicago Board of Trade*, uno de los mercados de derivados financieros de mayor relevancia global. La conclusión de estos análisis no puede ser más rotunda: ni la *police des grains* constituía verdaderamente una realidad socioeconómica tan colonizada por el intervencionismo institucional, ni cabe ver en absoluto al *Chicago Board of Trade* como escenario de expresión del funcionamiento de un mercado libre, toda vez que tanto dicha sede, como el conjunto de los mercados financieros, sustentan su operatividad en una miríada de normas reguladoras de su funcionamiento (pp. 25, 146, 152, 241). De este proceso de análisis, el autor deriva dos consecuencias de gran relevancia para el estudio de la relación entre neoliberalismo y expansionismo punitivo. En primer lugar, hablar de “mercado libre” como criterio de funcionamiento económico caracterizado fundamentalmente por el abstencionismo estatal es en gran medida una falacia. La invocación de dicho constructo retórico sirve, en cambio, para *naturalizar*, e intentar marginar del debate político, unos modos de regulación económica que conducen a una distribución de la riqueza con graves efectos en materia de desigualdad (pp. 32, 48, 191, 242). En segundo lugar, no es menos falaz fundamentar el neoliberalismo en una contracción del protagonismo del Estado en el gobierno de la vida colectiva: la etapa histórica neoliberal no ha generado tal proceso, sino una reubicación del papel de regulación estatal de la vida económica y un incremento formidable de su intervención en materia de control y de castigo (p. 207)²⁷.

25

El detenido análisis de los fundamentos y de la evolución del AED permite al autor resaltar, de forma muy oportuna, un extremo que en una aproximación a dicha escuela teórica no debería ser obviado; a saber, frente a la imagen hoy prevalente de la vertiente legal de la *Escuela de Chicago*, y a las consecuencias de sus planteamientos, no cabe perder de vista que al menos sus primeras elaboraciones, debidas a Becker²⁸, presentaban un sesgo progresista (pp. 39, 133)²⁹. No en vano, como destaca Harcourt, algunos de los planteamientos del AED surgen, en su momento de enunciación a fines de los años 60, como alternativa a los excesos clínicos de la ideología rehabilitadora, y a las ideas penales neoconservadoras que posteriormente se fueron afirmando. Esa valoración política(-criminal) debe ser aplicada, cuando menos, al empleo por parte del AED del criterio de la elección racional como determinante del comportamiento delictivo, lo que impide diferenciar entre sujetos criminales y no criminales, y a la consideración de que desde una perspectiva utilitarista lo que procede no es luchar contra el delito *in totum*, sino sólo

²⁵ Cfr. FOUCAULT (2004a: 46, 351).

²⁶ En este punto, el autor desarrolla su labor investigadora de forma consonante con lo que era habitual también en Foucault: mediante el estudio de materiales de literatura gris, en este caso las actas de mediados del siglo XVIII de la cámara de policía de Paris-Châtelet, custodiadas en los *Archives Nationales* franceses.

²⁷ Vid. también en este sentido ANITUA (2005: 484); BAUMAN (2004: 156); ERICSON (2007: 154); FOUCAULT, (2004b: 123, 137); O'MALLEY (2006: 75); WACQUANT (2004: 26, 61, 169, 175); WESTERN (2006: xi); ZEDNER (2009: 52).

²⁸ Vid., a modo de referencia clásica, BECKER (1968: 169).

²⁹ Como recuerda Harcourt, estas consideraciones determinaron la admiración del propio Foucault por el trabajo de Becker (FOUCAULT, 2004b: 255).

concentrar la respuesta punitiva en relación con aquellos hechos cuya confrontación genere a la colectividad menores costes que soportar los efectos de tales ilícitos.

La primera de esas ideas no es completamente novedosa. Diversas orientaciones de pensamiento penal han negado –o han desatendido– la existencia de rasgos diferenciales entre los *sujetos criminales* y los *no criminales*; a modo de referencia puede pensarse en Beccaria o en las construcciones de la Escuela Clásica de Derecho penal. No obstante, el actual es un momento idóneo para retomar esta consideración, evitando de este modo los errores teóricos y los excesos prácticos de buena parte de la Criminología etiológica y de ciertos métodos de intervención de la ideología resocializadora, incluidos los aspectos más pobres del modelo progresivo de nuestros sistemas penitenciarios.

La segunda de las ideas anteriormente mencionadas, relativa a los límites del sistema penal sustentados en el utilitarismo, no puede ser más pertinente. Si la selectividad es una constante inveterada del funcionamiento del sistema penal, sólo cabe entender que en una etapa histórica en la que un ámbito punitivo en expansión se confronta con la preocupación colectiva por los límites del gasto público, esa selectividad experimenta una fase de intensificación. Precisamente por ello, es recomendable que, en un ejercicio de realismo, se asuma de forma colectiva que no es posible combatir el delito en su conjunto, lo que, por cierto, podría conducir indirectamente a un saludable proceso de descriminalización. Más aún, ante los evidentes límites materiales del expansionismo penal, y ante los riesgos de una selectividad creciente, es perentorio hallar criterios normativos que orienten la labor político-criminal. Uno de ellos, especialmente sugerente, es la idea utilitarista de costes y beneficios sociales que emplea el AED, como parámetro básico de razonamiento político-criminal³⁰.

Si el texto de Harcourt resulta especialmente feliz en el momento en que recuerda estos extremos, no lo es menos cuando se enfrenta al interrogante de por qué una orientación de pensamiento que contenía tales potencialidades acabó constituyendo el sustrato teórico del giro punitivista estadounidense. La respuesta es de gran lucidez: porque no fue consecuente con dichos planteamientos; dicho de forma más concreta, porque prefirió aceptar como una realidad dada la definición legal de los delitos, y no desarrolló su postulado de estudiar qué debe ser criminalizado (ya en el propio plano de creación legislativa) a partir de las consideraciones utilitaristas (pp. 135). Es posible que en este punto quiera ubicar una decepción mayor en relación con el AED, toda vez que, como se ha apuntado, hoy es más necesario que nunca recuperar criterios de utilidad y bienestar social frente a una hipertrofia del sistema penal inmune a otros límites. Es posible que el tiempo presente sea especialmente sensible a las epistemologías utilitaristas. Por ello, hablando en términos dogmáticos, si la expansión penal no ha podido ser evitada desde las consideraciones de proporcionalidad y de merecimiento de pena, es procedente concentrarse en el presente en la necesidad de pena. Y en ese ámbito las consideraciones utilitaristas del AED pueden ser una orientación oportuna para el desarrollo del análisis.

Después de recorrer la genealogía de la relación entre neoliberalismo, *Escuela de Chicago-AED* y sistema penal, Harcourt dedica los dos capítulos finales del libro a aproximarse a la situación presente del ámbito punitivo, con especial –pero no exclusiva– atención a EE.UU. Por una parte, el autor introduce de forma

³⁰ Esto no supone necesariamente acoger las evaluaciones de costes y beneficios sociales en materia delictiva que realiza la literatura hegemónica del AED, lecturas en las cuales se suele infravalorar los costes sociales derivados de la aplicación del sistema penal. Sobre ello, vid. Lacey (2008: 186); Tonry (2004: 191); Wacquant (2004: 186); Western (2006: 128).

somera (en el capítulo 9) los preocupantes datos del expansionismo punitivo estadounidense, e indaga en qué medida el neoliberalismo ha constituido una condición básica de posibilidad de este fenómeno. En ese punto Harcourt establece un interesante paralelismo entre la situación de la etapa presente y la que se produjo en la fase de la Historia estadounidense conocida como *Market Revolution* (de 1820 a la guerra de secesión), no por azar un periodo en el que también convivieron una política económica que afirmó el abstencionismo estatal y la consolidación del sistema penitenciario (p. 208).

En segundo lugar, el autor dedica el décimo y último capítulo a analizar la relevancia que ha podido tener en el nexo entre neoliberalismo y sistema penal la creación de un sector mercantil en el ámbito penitenciario, expresado fundamentalmente mediante el negocio de las prisiones privadas (p. 235)³¹. Junto a ello, este capítulo final aborda dos cuestiones que el autor entiende que, en principio, podrían poner en cuestión su tesis de la relación entre pensamiento neoliberal y crecimiento del sistema penal. Por una parte, se detiene en el hecho de que el desmesurado incremento de la población penitenciaria en EE.UU. ha sido en gran medida debido a la orientación político-criminal conocida como Guerra contra las drogas (*War on Drugs*), mientras que los autores de la *Escuela de Chicago* han preconizado en diversas ocasiones la descriminalización de ese mercado ilegal (p. 231).

Sin restar un ápice de interés a esta cuestión, se intuye aún más relevante el otro interrogante que el autor aborda en este capítulo conclusivo, a saber: si en otros países se ha implementado una política económica neoliberal semejante a la estadounidense, ¿por qué no se ha producido una expansión penal como la conocida en el caso norteamericano? Harcourt afronta en este momento una cuestión básica del debate político-criminal y criminológico actual, pero que seguramente no le corresponde responder a él, sino en todo caso a penalistas de otras latitudes. Nuestras investigaciones son las que deben resolver la duda de si lo sucedido en EE.UU. en las últimas décadas es el inmediato porvenir de otros sistemas penales.

En la medida en que no le corresponde, Harcourt no responde detenidamente a esa pregunta, pero apunta dos consideraciones muy oportunas (p. 225). En primer lugar, es cierto que otros sistemas penales –v.gr., los europeos- no han conocido una evolución comparable al estadounidense, pero no lo es menos que su pasado reciente es de claro expansionismo, lo que se manifiesta tanto en el crecimiento generalizado de las poblaciones penitenciarias cuanto en las reformas penales aprobadas, o en la progresiva normalización de nuevos dispositivos de control ciudadano. En segundo lugar, el autor destaca que en este proceso ha tenido influencia el neoliberalismo, pero también que su incidencia no es comparable al caso estadounidense, toda vez que las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales en las que se afirma el neoliberalismo en Europa (antes de nada, la profundidad del *Estado del Bienestar*) son claramente disímiles en relación con el contexto estadounidense. Ambas consideraciones son de la máxima pertinencia para el caso español. En efecto, sin llegar a la magnitud del fenómeno norteamericano, también aquí se ha producido una formidable expansión del sistema penal, en la medida en que, a modo de referencia, la población penitenciaria española se ha multiplicado, en términos absolutos, por 3'5 en el curso de los

³¹ En este punto, el autor no renuncia a insinuar (Harcourt, 2011a: 202, 238) que la actual etapa de crisis económica puede imponer un freno al expansionismo penal estadounidense, como parecen evidenciar las últimas estadísticas disponibles, y como ya han apuntado otros autores (a modo de referencia, vid. Frampton, López y Simon (2008).

últimos 25 años³². Es precisamente ésta la etapa histórica en la que se produce una transformación de gran profundidad del sistema económico español, en la que la reconversión industrial y la notabilísima financiarización del régimen de acumulación han conducido a la consolidación de importantes segmentos de población en riesgo de exclusión social, clientela prioritaria del sistema penal. El heroinómano en los años 80 y comienzos de los 90, y el migrante irregular en la pasada década, son los sujetos sociales icono de esa evolución histórica.

The Illusion of Free Markets concluye con una frase de gran potencia semiótica: “No será posible quebrar el dominio de un sistema penitenciario excesivamente punitivo si no nos liberamos antes del lenguaje de los mercados libres” (p. 242). En efecto, el texto logra mostrar la responsabilidad del pensamiento y las prácticas neoliberales en la normalización de los excesos estatales en materia de castigo (pp. 40, 196). No obstante, no es posible ver en ello una explicación unidimensional ni omnicomprensiva; es más que probable que Harcourt no lo pretende. En efecto, a la hora de escribir la Historia de esta singular etapa de evolución de los sistemas penales (de EE.UU., pero también de otros países occidentales), no cabe sino ver que las políticas neoliberales en materia punitiva no ocupan sino una parte del argumento. Como ha apuntado entre otros Garland³³, junto a ellas –y, frecuentemente en tensión con ellas- han contribuido al momento presente orientaciones político-criminales neoconservadoras. Tendencias que, como si de una recuperación de las clásicas ideas durkheimianas se tratase³⁴, han pretendido la recuperación de la cohesión social y de la legitimidad institucional, han construido nuevos enemigos colectivos, y han perseguido mediante el castigo la recuperación de ciertas orientaciones morales, todo ello en una etapa de profundas transformaciones e incertidumbres. Esta fase de políticas penales neoconservadoras, que –como recuerda de forma sugerente Melossi³⁵- reaparece de forma periódica a lo largo de la Historia, es fácilmente perceptible tanto en EE.UU. (véase, v. gr., la presidencia de Reagan³⁶) como –con los correspondientes matices- en diferentes países europeos. Y es evidente que la influencia política, pero también social y cultural, del neoconservadurismo ha contribuido sobremanera al (des)orden penal presente.

De esa segunda parte de la historia ya se han ocupado con cierto detenimiento Wacquant, Simon o Garland³⁷, por citar autores que el propio Harcourt menciona. No era éste el objeto de estudio del libro del profesor de Chicago. No obstante, ello no pone en absoluto en cuestión la trascendencia analítica del texto. Del mismo modo que ya no es posible hablar de actuarialismo punitivo sin tener en cuenta *Against Prediction*, en adelante no cabe analizar la influencia del AED o del pensamiento neoliberal sobre el sistema penal sin remitirse a la extraordinaria contribución de *The Illusion of Free Markets*.

³² De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a 31/XII/1985 había en las prisiones españolas 22802 reclusos, lo que suponía una tasa de 59'2 por cada 100000 habitantes. A 31/XII/2010 el sistema penitenciario español recluía, tras el primer descenso en una década, a 74510 personas o, dicho en términos relativos, 158 reclusos por cada 100000 habitantes.

³³ Cfr. Garland (2005: 59, 228, 300, 310). Vid., asimismo, Melossi (2002: 220, 223, 227); O'Malley (2006: 154, 185, 193, 225, 249; 2010: 32).

³⁴ Vid., a modo de referencia, Durkheim (1981: 64).

³⁵ Cfr. Melossi (2006: 115).

³⁶ Harcourt se refiere también a estas cuestiones de la evolución política estadounidense en a partir de la página 203 de su libro.

³⁷ Vid. Garland (2005); Simon (2007) y Wacquant (2004).

Bibliografía

- ANITUA, G.I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- BAUMAN, Z. (2004), *La Globalización*, FCE, México.
- BECKER, G. (1968), "Crime and Punishment: an Economic Approach", en *The Journal of Political Economy*, Núm. 76, pp. 169-217.
- BECKETT, K. (1997), *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford University Press, New York.
- DURKHEIM, E. (1981), *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige/PUF, París.
- ERICSON, R. (2007), *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- FEELEY, M. y SIMON, J. (1992), "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications", en *Criminology*, Núm. 4/1992, pp. 449-474.
- FEELEY, M. y SIMON, J. (1994), "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en NELKEN, D. (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, Londres, pp. 173-201.
- FLOUD, J. y YOUNG, W. (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, Londres.
- FLOUD, J. (1982), "Dangerousness and Criminal Justice", en *British Journal of Criminology*, Núm. 1982/3, pp. 213-228.
- FOUCAULT, M. (2004a), *Sécurité, Territoire, Population*, Seuil/Gallimard, París.
- FOUCAULT, M. (2004b), *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, París.
- FRAMPTON, M.L., LÓPEZ, I.H. y SIMON, J. (eds.) (2008), *After the War on Crime*, New York University Press, New York.
- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- DE GIORGI, A. (2000), *Zero Tolleranza*, DeriveApprodi, Roma.
- DE GIORGI, A. (2002), *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre corte, Verona.
- GREENWOOD, P.W. (1982), *Selective Incapacitation*, Rand Corp., Santa Monica.
- HARCOURT, B.E. (2001), *Illusion of Order. The False Promise of Broken-Windows Policing*, Harvard University Press, Cambridge.
- HARCOURT, B.E. (2003), *Guns, Crime, and Punishment in America*, New York University Press, New York.
- HARCOURT, B.E. (2005), *Language of the Gun. Youth, Crime, and Public Policy*, University of Chicago Press, Chicago.
- HARCOURT, B.E. (2007a), *Against Prediction*, University of Chicago Press, Chicago.
- HARCOURT, B.E. (2007b), "Sulla svolta attuariale in criminologia", en *Conflitti Globali*, Núm. 5, pp. 87-102.
- HARCOURT, B.E. (2009), "Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (Una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Núm. 13, pp. 335-361.
- HARCOURT, B.E. (2010), "El camino hacia el profiling racial está pavimentado con migrantes", en PALIDDA, S. y BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (dirs.), IGLESIAS SKULJ, A. y RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (coords.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, pp. 161-187.
- HARCOURT, B.E. (2011a), *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, Cambridge.
- HARCOURT, B.E. (2011b), "Surveiller et punir à l'âge actuairel. Généalogie et critique", en *Déviance et société*, Vol. 35, Núm. 1, pp. 5-33.
- HARCOURT, B.E. (2011c), "Surveiller et punir à l'âge actuairel. Généalogie et critique (Partie II)", en *Déviance et société*, Vol. 35, Núm. 2, pp. 163-194.
- HARRIS, D.A. (2006), "U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future", en *Critical Criminology*, Núm. 14, pp. 213-239.
- LACEY, N. (2008), *The prisoner's dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*, Cambridge University Press, Cambridge.

- MELOSSI, D. (2002), *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano.
- MELOSSI, D. (2006), "Teoría social y cambios en las representaciones del delito", en Sozzo, M. (coords.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, pp. 115-156.
- MONCLÚS MASÓ, M. (2008), *La gestión penal de la inmigración*, Del Puerto, Buenos Aires.
- MUCCHIELLI, L. (2008), "Faire du chiffre: le "nouveau management de la sécurité", en MUCCHIELLI, L. (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, París, pp. 99-112.
- O'MALLEY, P. (2006), *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- O'MALLEY, P. (2010), *Crime and Risk*, Sage, Londres.
- RE, L. (2006), *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari.
- SAINATI, G. y SCHALCHLI, U. (2007), *La décadence sécuritaire*, La Fabrique, París.
- SANTORO, E. (2004), *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino.
- SIMON, J. (2007), *Governing through Crime*, Oxford University Press, New York.
- TONRY, M. (2004), *Thinking about Crime*, Oxford University Press, New York.
- WACQUANT, L. (2004), *Punir les pauvres*, Agone, Marseille.
- WESTERN, B. (2006), *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage Foundation, New York.
- ZEDNER, L. (2009), *Security*, Routledge, Londres.



Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad*

Claudina Orunesu

Universidad Nacional de Mar del Plata

claudina.o@gmail.com

Resumen

Las constituciones, a través de diversos mecanismos como, por ejemplo, un cierto grado de dificultad en los mecanismos de reforma, y el control judicial de constitucionalidad como reaseguro de la supremacía constitucional, constituyen limitaciones a la toma de decisiones por las mayorías. Es por ello que, para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control judicial de constitucionalidad son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno. En este trabajo focalizaré mi atención en las críticas al control judicial de constitucionalidad. La hipótesis que desarrollaré es que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si, o en qué medida, los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación y con las características de los diseños institucionales en particular.

Palabras clave

Interpretación jurídica, interpretación constitucional, primacía constitucional, democracia constitucional, diseño institucional.

The limits of the countermajoritarian objection to the judicial review

Abstract

Through different mechanisms, such as a certain degree of entrenchment of rights and judicial review for guaranteeing constitutional supremacy, constitutions work as constraints on decision-making powers of the majorities. Thus, many scholars consider that both entrenchment and judicial review are countermajoritarian devices, i.e., they undermine the democratic ideal of self-government. In this paper I will focus on the arguments against judicial review. The thesis to be defended is that in order to offer an adequate answer to the normative question concerning whether –or to what extent– judges in a democracy may legitimately exert judicial review, an analysis of the scope and limits of the countermajoritarian objection is needed, exploring the links between its main arguments and both the different conceptions of interpretation and the singularities of institutional designs.

Keywords

Legal interpretation, constitutional interpretation, constitutional supremacy, constitutional democracy, institutional design.

* Parte de esta investigación fue realizada con el apoyo del Programa PICT Bicentenario 2010 de la Agencia Nacional de Promoción Científica de la República Argentina. Tuve la oportunidad de discutir este trabajo en octubre del año 2011 en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona y en el XVII Seminario hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho realizado en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a quienes allí participaron por sus valiosas observaciones.

Recibido: 12 de diciembre de 2011

Aceptado: 3 de marzo de 2012

1. Introducción

En la democracia constitucional, la constitución establece límites de diversos tipos al poder, pero el más importante es el que surge a partir de las declaraciones de derechos fundamentales. Para proteger jurídicamente esos derechos se los resguarda a través de una constitución con algún grado de rigidez, que impide que pueda ser modificada por el mismo procedimiento utilizado para la legislación ordinaria. Y, por sobre todo, se instituye un mecanismo de control de constitucionalidad, cuyo papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de la validez de las normas dictadas por el legislador. Para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control de constitucionalidad cuando éste es asignado a los jueces son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno¹. Una constitución rígida limita lo que los órganos representativos pueden decidir por simple mayoría. Si además se habilita la participación de órganos no representativos como los órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, confiriéndoseles autorización para establecer los alcances y el contenido de las decisiones del legislador ungido democráticamente, el carácter contramayoritario de la democracia constitucional se profundiza aún más. En este trabajo dejaré de lado las objeciones contra el atrincheramiento constitucional, para focalizar mi atención en las críticas al control judicial de constitucionalidad.

Generalmente las cláusulas constitucionales son formuladas a través de expresiones de carácter abstracto, generales y con un marcado margen de imprecisión. Además, no es raro que incluyan términos cargados de resonancias morales. Estas características dificultan el poder establecer qué es lo que dice la constitución y, por lo tanto, resienten la posibilidad de que cumpla con el papel de suministrar un criterio de corrección de las restantes normas del sistema y de las decisiones institucionales en general. También ponen en el centro de la escena a los órganos encargados de interpretar y hacer cumplir la constitución, incluso contra la voluntad de las mayorías legislativas. Así, en la práctica constitucional no es raro encontrar casos en los que frente a las mismas formulaciones normativas relevantes, tanto constitucionales como infraconstitucionales, haya sido la tarea interpretativa del Tribunal la que produjo un fuerte cambio en los alcances de las normas y los derechos en juego. Por ejemplo, en el año 1980 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Ohio vs. Roberts* (448 U.S. 56 [1980]) consideró que la sexta enmienda que establece que “en todos los procesos penales, el acusado gozara del derecho de confrontar los testigos de cargo” permite considerar admisible un testimonio receptado con anterioridad al juicio aún cuando el testigo no esté disponible en el juicio si el testimonio presenta “adecuados indicios para reputarlo confiable”. Esa confiabilidad se podría inferir cuando existen “garantías concretas de su veracidad”. En el año 2004, en el caso *Crawford vs. Washington* la Corte modificó su criterio y sostuvo que:

... los Padres Fundadores no habrían admitido declaraciones testimoniales de un testigo que no se hubiera presentado en el juicio a menos que no estuviera disponible para prestar testimonio y el acusado hubiese tenido previo al juicio oportunidad de interrogarlo. El texto de la sexta enmienda no sugiere ninguna excepción abierta... a desarrollar por los tribunales [...] Por supuesto, el fin último de la cláusula es asegurar la confiabilidad de la prueba, pero es una garantía procedural y no sustantiva. Ella ordena no que aquella sea confiable sino que esa confiabilidad sea evaluada de una

¹ Véase, por ejemplo, Waldron (1999) y Tushnet (1999). Fue Alexander Bickel quien acuñó este término al referirse a la “dificultad contramayoritaria”, en Bickel (1962).

manera determinada: poniéndola a prueba en el fragor de un interrogatorio realizado por la parte contraria [...] En lo que respecta a declaraciones testimoniales no pensamos que los Padres Fundadores hubiesen deseado que la sexta enmienda hubiese quedado reducida a los caprichos de las normas probatorias y mucho menos a nociones amorfas como las de 'confiabilidad' [...] (esa noción) es tan impredecible que fracasa en suministrar una protección significativa incluso frente a violaciones manifiestas a la cláusula constitucional. La confiabilidad es un concepto amoro, y por completo subjetivo. Sin embargo, el vicio imperdonable del test del caso Roberts no es su carácter de impredecible sino su capacidad demostrada de admisir declaraciones testimoniales que la Cláusula de confrontación claramente pretende excluir (Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 [2004].)

Frente a casos como éste parece sensato preguntarse si existen razones para asignar a los jueces, que en el mejor de los casos cuentan con una representatividad de segundo grado, la potestad de declarar inválidas a las normas creadas por el poder político debido a su incompatibilidad con lo establecido por la constitución y, en consecuencia, el determinar el alcance de los derechos tutelados por la constitución. Pero para poder tomar partido en esta discusión es importante tener en claro previamente los alcances de la objeción contramayoritaria contra el control judicial de constitucionalidad.

La hipótesis que desarrollaré en este trabajo es que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si, o en qué medida, los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación y con las características de los diseños institucionales en particular.

Para ello, primeramente, ofreceré un panorama, bastante simplificado, sobre diferentes concepciones de la interpretación del Derecho en general, y de cómo desde ellas se concibe la tarea de interpretar a los textos constitucionales. No es mi intención aquí profundizar en los aspectos deficitarios que cada una de ellas pudiera tener, sino sólo comprender sus postulados básicos para luego redimensionar a la luz de cada concepción los alcances de la crítica contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. El análisis se completa con un intento de contextualizar los argumentos centrales de la objeción en el marco de las peculiaridades de los dos sistemas clásicos de control de constitucionalidad a fin de establecer sus genuinos límites.

2. Las concepciones de la interpretación y la interpretación constitucional

Para ciertos teóricos la interpretación nunca es una actividad de conocimiento, sino que siempre involucra valoración y decisión. Para esta concepción, a menudo denominada tesis de la *indeterminación radical*, no hay nada parecido al significado propio de las palabras: todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diferentes, y cada interpretación dependerá de las valoraciones del intérprete. Así, según Guastini (1992: 109), los enunciados interpretativos no serían susceptibles de verdad o falsedad y compartirían con las definiciones estipulativas la misma estructura profunda.

Para Hart, esta visión de la interpretación, a la que denominara la *Pesadilla*, se presenta no sólo como una característica de ciertos casos difíciles de toma de

decisiones judiciales, sino más bien como si la toma de decisiones judiciales fuese esencialmente una forma de creación de Derecho y nunca importase la aplicación de una norma preexistente respecto de un caso (Hart, 1977: 123-188)². Esta concepción asume que nunca es posible asignar un significado a las reglas generales, ya que éstas son sólo “recipientes vacíos” en los que podemos volcar el significado que escojamos (Altman, 1990: 19, 90-91)³. Los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea siempre creativa y determinante del significado y alcance de las reglas.

En el extremo opuesto se sitúa la tesis que podría denominarse de la *única respuesta correcta*⁴. Para quienes sostienen esta concepción, la interpretación es siempre una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es descubrir el significado de los textos normativos. Así, los enunciados interpretativos son siempre susceptibles de verdad o falsedad. Por oposición a la tesis anterior, que sostiene que es imposible asignar un significado único a las formulaciones normativas, la tesis de la única respuesta correcta sostiene que cada texto normativo tiene una interpretación verdadera y no hay espacio para la discrecionalidad judicial: los jueces nunca crean el derecho sino que lo descubren.

Un buen ejemplo para ilustrar esta concepción es la versión de corte realista ofrecida por Michael Moore⁵. Así, cuando la tesis realista se proyecta sobre el Derecho, implicaría que cada enunciado jurídico sería verdadero o falso en virtud de una cierta realidad objetiva cuya existencia sería independiente de nuestro conocimiento (Marmor, 1992: 90). La tarea interpretativa sería, desde este punto de vista, una labor esencialmente de descubrimiento, pues consistiría en encontrar la interpretación verdadera.

Por último, la *teoría de la indeterminación parcial* sostiene que la actividad interpretativa es a veces cognoscitiva y a veces decisoria. Según ella, en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas o posibles conflictos en cuanto a sus alcances. Frente a estos casos los jueces tendrían discrecionalidad. Para la teoría de la indeterminación parcial, a partir de la existencia de casos paradigmáticos sería posible abstraer los criterios generales de uso y establecer las condiciones mínimas para la aplicación correcta de los términos jurídicos (Iglesias Vila, 1998: 135). En los casos claros no existiría indeterminación, pues una vez examinado el significado de cierta formulación normativa de conformidad con las convenciones semánticas existentes, ellas resultarían suficientemente sólidas como para no arrojar dudas a su respecto. En esos supuestos, los tribunales dispondrían de una respuesta correcta, aunque podrían equivocarse a la hora de identificarla. En los casos difíciles, en cambio, los órganos jurisdiccionales tendrían discrecionalidad y sus decisiones no podrían ser evaluadas como jurídicamente correctas o incorrectas.

² La versión más tradicional de esta concepción está representada por el *realismo norteamericano*, que en las décadas del 20 y 30 del siglo XX reaccionó frente al formalismo jurídico de su época. Versiones más contemporáneas podemos encontrar en la corriente *Critical Legal Studies* y en la denominada escuela genovesa.

³ Para Guastini, en cambio, la tesis solo presupone que las palabras no tienen un significado objetivo o propio independiente del uso y la comprensión. Cfr. Guastini, (2006).

⁴ Tomo de Moreso (1997) esta identificación.

⁵ Véase por ejemplo, Moore (1985; 1989). A su juicio el realismo respecto de ciertas clases de entidades implicaría diferentes tesis, entre ellas: que las entidades en cuestión existen y esa existencia es independiente tanto del sujeto como de las convenciones de la comunidad; una teoría correspondiente de la verdad; una teoría de lógica clásica; una teoría de la verdad del significado de los enunciados y una teoría causal de la referencia.

Tras este somero panorama de estas tres concepciones paradigmáticas de la interpretación cabe preguntarse qué aproximación se sigue de cada una de ellas en lo que concierne a la interpretación de los textos constitucionales⁶.

Para la teoría de la indeterminación radical la práctica constitucional, quizás más que ninguna otra, vendría a confirmar que los conceptos constitucionales no son otra cosa que “recipientes vacíos”. Muchas de las teorías surgidas en el seno del constitucionalismo, como el textualismo o el recurso a la intención del constituyente, serían teorías normativas que sólo cobrarían sentido si se asume el hecho de la indeterminación de tales textos. Igualmente, la tarea del intérprete frente a textos que incluyen conceptos cargados moralmente, tales como las que suelen encontrarse en las constituciones, que plantean profundas controversias respecto de su significado y alcance, consistiría en elegir discrecionalmente entre las diferentes concepciones en pugna.

Para un indeterminista radical casos como “Roberts” y “Crawford” demostrarían que las normas constitucionales están sujetas a interpretaciones que compiten unas con otras, sin que el intérprete cuente con un criterio de corrección que le permita escoger entre ellas. Recuérdese que sus interpretaciones de la norma constitucional son diametralmente opuestas. Justamente, un indeterminista representante de los *Critical Legal Studies* diría que lo que explica ese cambio no es otra cosa que la variación ideológica resultante de la modificación en la composición de los miembros de la Corte⁷.

Para los partidarios de la tesis de la única respuesta correcta, como la de Moore, las cláusulas constitucionales habrían sido dictadas con el objetivo de referirse a ciertas cualidades morales reales como, por ejemplo, la igualdad, y sería tarea de aquellos que interpreten la constitución “describir” esa realidad. Desde una posición como ésta, el cambio en la interpretación respecto de la constitucionalidad de la admisibilidad en juicio de una declaración testimonial receptada previo al juicio no indicaría que el tribunal cambió el significado del término “cross examination”, porque sería la naturaleza de aquello a lo que refieren las normas en juego lo que determinaría el significado de tal expresión (Brink, 1988; Moore, 1985). Casos como éste mostrarían que las definiciones mediante criterios o ejemplos paradigmáticos cuanto mucho serían *derrotables*, en el sentido de que estarían sujetas a ser corregidas a la luz de una mejor teoría acerca de la naturaleza del género de la cosa a la que las palabras se refieren (Moore, 2000:100).

Por otra parte, desde una perspectiva como la de Moore, sólo asumiendo el realismo moral se podría justificar el control judicial de constitucionalidad en una democracia:

El realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas de adjudicación...cosa que no pueden hacer ni el convencionalismo ni el escepticismo moral. Considérese un solo ejemplo, la práctica del control judicial de constitucionalidad en el derecho constitucional americano en tanto ese control es ejercido al interpretar la carta de derechos y las

⁶ Para un análisis detallado de las tres concepciones de la interpretación presentadas aquí véase, entre otros, Bix (1993), Marmor (1992) y Moreiso (1997).

⁷ En las décadas de 1970 y 1980 el indeterminismo, de la mano de la corriente denominada *Critical Legal Studies*, focalizó su atención sobre los textos constitucionales y su interpretación especialmente tomando la forma de lo que se conoce en Estados Unidos como *crítica de los derechos*. El Derecho no sería determinado, ni objetivo, ni neutral. La interpretación sería una actividad estratégica: las teorías de la interpretación sólo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces, que responderían a determinadas ideologías. Para un análisis del surgimiento y evolución de la corriente de los *Critical Legal Studies*, véase Kennedy (1992).

enmiendas de la guerra civil. Un realista moral puede ver esas enmiendas como refiriendo a derechos preexistentes que todas las personas poseen. Cuando hoy un juez realista moral invalida la expresión de la voluntad de la mayoría que supuestamente está representada en una ley, lo hace en el nombre de algo que está más allá de su poder de cambio y más allá del poder de cambio del consenso de la sociedad. Su justificación para ir en contra de la mayoría no es que sus sentimientos son diferentes de los de la mayoría, ni que algún consenso del pasado de una súper mayoría es diferente del consenso actual que una ley representa. Su justificación para el control judicial de constitucionalidad es contundente, y también es su forma de practicarlo: buscará descubrir la verdadera naturaleza de los derechos a los que se hace referencia construyendo la mejor teoría que pueda mostrar acerca de la naturaleza de la igualdad, la naturaleza de la libertad, etc.” (Moore, 1992: 229). La traducción me pertenece⁸.

La teoría de la indeterminación parcial, a su turno, resalta que el significado de las formulaciones normativas se da en el marco de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje de la comunidad. En muchas ocasiones esas convenciones respecto de los términos en cuestión se encuentran más o menos consolidadas y su significado estará determinado. Pero en otras existen dudas respecto del sentido que debe asignárseles. El cambio de interpretación de “Roberts” a “Crawford” sería, como lo presentaría Moreso, sólo un reflejo de que la semántica de los lenguajes naturales no es completamente “estable” y que, por ende, no lo es la de la Constitución ni la del Derecho en general:

Que el texto constitucional cambie significa solamente que en diversas etapas históricas se privilegia más una de sus interpretaciones posibles que las otras y estos cambios están causados por los desacuerdos acerca del significado del texto, en el sentido de que no todos los actores constitucionales han usado la misma interpretación del grupo de interpretaciones relevantes (Moreso, 1997: 222-223).

3. Repensando la objeción contramayoritaria

¿Debe asignarse a los jueces competencia para declarar inválidas las leyes creadas por el legislador democrático cuando consideran que ellas violan lo establecido en la constitución? Para muchos defensores de la democracia constitucional la respuesta sería afirmativa, en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejercite para proteger los derechos básicos que fueran establecidos por el poder constituyente, que sería el órgano verdaderamente soberano (Hamilton, Madison y Jay, 1788: 332). La tarea de los jueces consistiría en hacer cumplir las decisiones de la voluntad popular plasmadas en las cartas de derechos (Freeman, 1990: 353-354). Cuando un tribunal ejerce el control de constitucionalidad, protegería los derechos de los individuos y de las minorías frente a los derechos de las mayorías (Hamilton, Madison y Jay, 1788: 333)⁹, constituyéndose así en guardián de la constitución. Según Dworkin (1996: 17; 32), la democracia no exige *per se* que los jueces asuman el control de constitucionalidad, pero remarca que no es incompatible con él.

⁸ En la misma línea había señalado que: *Seguir verdaderamente la ‘voluntad de la (súper) mayoría’ será buscar las respuestas correctas a las preguntas acerca de cuál es el derecho de las personas al debido proceso, cuál es su derecho a la libertad de expresión y religión, qué castigos son crueles, y cuestiones similares* (Moore, 1985: 394). La traducción me pertenece.

⁹ En un sentido similar, véase Dworkin (1986: 398).

En cambio, desde el enfoque opuesto, si se asume como un elemento esencial de la democracia al autogobierno, cuya expresión sería la supremacía de la legislatura, cualquier tipo de limitación a lo que ella estableciera resultaría inadmisible. En palabras de Bickel:

La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra, Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático (Bickel, 1961: 16-17).

Según Ely, los tribunales presentarían desde una perspectiva democrática un déficit de origen por no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente. Además, su función también sería antidemocrática, pues al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir (Ely, 1980: 23).

En la misma línea, Waldron (1999: 254) sostiene que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan.

Uno de los argumentos centrales de esta objeción sostiene que la admisión del control judicial de constitucionalidad se apoyaría en una ilusión: que se puede determinar qué es lo que dijo esa “voz del pueblo” plasmada en la constitución (Gargarella, 1996: 60; 2004: 72). Sería imposible sostener el argumento de que los jueces sólo intervienen cuando las decisiones de la legislatura son violatorias de los derechos, porque en sociedades que se caracterizan por el hecho del desacuerdo, éste podría recaer incluso sobre la cuestión de si una determinada norma viola algún derecho, esto es, sobre los alcances de ese derecho y lo que él requiere (Waldron, 1999: 351-353). Los tribunales no tendrían qué defender, ya que siempre podría existir desacuerdo respecto de cuáles derechos incluir o qué derechos se encuentran realmente plasmados en la constitución. Por ello, los argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad serían insostenibles porque “se basan en la idea de que tenemos nociones firmes acerca de lo que significa, en cada caso, respetar los derechos de todos” (Gargarella, 2004: 76) y cuáles sean los mejores resultados para preferir un derecho a otro. Debido a que las declaraciones de derechos a menudo se plasman en principios de carácter abierto y mediante términos con resonancias morales, se abriría una “brecha interpretativa” entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican (Gargarella, 1996: 59; Waldron, 2010). A través de la interpretación, los jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instaurando una “dictadura de los jueces”. La democracia constitucional sería “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos” (Bayón, 2000: 69).

El argumento de la dictadura de los jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque a través de la tarea interpretativa serían los jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. Sin embargo, este argumento parece presuponer que los

jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con fuerte carga valorativa, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. Ahora bien, esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical. Waldron, por ejemplo, sostiene que:

...las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslalon que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión (Waldron, 1999: 262)¹⁰.

Si esto fuera así, las constituciones no atrincherarían más que textos que admitirían cualquier significado, cuya determinación quedaría al puro arbitrio del intérprete, esto es, el juez. Dado que asumiendo la tesis de la indeterminación radical no habría ningún caso claro de inconstitucionalidad –simplemente porque tampoco habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma–, los tribunales tomarían siempre una decisión discrecional, de modo que la estrategia de tutela constitucional de derechos básicos consistiría en realidad en ponerse en manos de los jueces para que resuelvan como les parezca. Los textos constitucionales no brindarían pauta alguna ya que la atribución de significado sería un acto de pura decisión.

Antes de examinar más detenidamente si realmente puede considerarse que la objeción contramayoritaria presupone la tesis de la indeterminación radical, creo importante señalar que quienes objetan no sólo el control judicial de constitucionalidad sino también la propia idea de atrincherar derechos en la constitución, parecen con ello comprometerse con dos concepciones incompatibles de la interpretación (Perot y Rodríguez, 2005: 23)¹¹. Waldron, por ejemplo, afirma que:

Cuando una disposición queda atrincherada en un documento Constitucional, los que poseen el derecho [que se establece] tienen ahora la ventaja adicional de que se hace difícil o imposible alterar su situación jurídica (Waldron, 1999 p. 263).

Al sostener tal cosa se está reconociendo que la constitución es capaz, a través de una carta de derechos, de retirar ciertos temas de la agenda de discusión ordinaria y así limitar lo que el legislador puede decidir. Pero, para ello debe aceptarse que la constitución tiene algún contenido desde el punto de vista semántico, “dice algo” de antemano que otorga esa ventaja de la que habla Waldron. Ahora bien, en contradicción con esto, el argumento de la dictadura de los jueces parece presuponer, como ya se advirtió, que la discrecionalidad judicial se sigue de la indeterminación de las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, las que no ofrecerían ninguna respuesta clara y, por ende, tampoco podrían fijar límite alguno a los órganos infraconstitucionales.

No niego que sea posible, de algún modo, articular coherentemente estas dos objeciones, pero si se quiere evitar esta tensión es preciso construir un argumento más complejo que el que a menudo ofrecen las versiones más fuertes de

¹⁰ En el mismo sentido, Waldron (2006: 1381).

¹¹ Compárese en este sentido la cita anterior con Waldron (1999: 100).

la objeción contramayoritaria, que haga explícitos los compromisos que en materia interpretativa se están asumiendo. Esto muestra cómo la viabilidad de algunos de los argumentos sustantivos que se esgrimen en este dominio depende en gran medida de los alcances de la concepción de la interpretación que se asuma.

De todos modos, mi atención aquí se circunscribe al argumento de la dictadura de los jueces. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, parecería que el argumento funciona, y además que lo hace de forma contundente: el establecimiento del control judicial de constitucionalidad implicaría designar a uno o más órganos para que decidan a su antojo sobre el significado de la constitución y el alcance de nuestros derechos. Sin embargo, desde esta concepción de la interpretación lo que no parece posible es restringir el alcance de la objeción al control judicial de constitucionalidad. Si el lenguaje en general, y las formulaciones normativas en particular, dependen siempre en cuanto a su significado de una decisión libre del intérprete, en nuestro caso el juez, entonces cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en que se apliquen normas de cualquier jerarquía implicará en esta reconstrucción un ejercicio de discrecionalidad ya que quien decide el contenido de las normas serían los jueces y no las legislaturas. Pero entonces, si se asume la tesis de la indeterminación radical, no hay modo de circunscribir los alcances de esta crítica al nivel de las normas de la constitución. Lo que de ella se seguiría, tal como lo han planteado algunos escépticos, es una crítica global a la manera en que entendemos ordinariamente cómo funciona el Derecho.

Pero además, quien asume esta concepción de la interpretación y, a su vez, pretende justificar una democracia mayoritaria, debe enfrentar una seria dificultad para asignar un contenido al principio de la supremacía de la legislatura. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, en realidad la actividad legislativa no podría ir más allá de un acuerdo sobre ciertos textos, susceptibles luego de cualquier interpretación, desdibujándose así el carácter supremo que se les reserva en este modelo a las decisiones legislativas, pues ellas, al igual que la constitución, no podrían establecer límite alguno al aplicador. De manera que, aunque a primera vista es desde esta concepción de la interpretación que la objeción contramayoritaria cobraría su mayor fuerza de convicción, resulta en realidad que parece incoherente sostener la supremacía de la legislatura y la crítica al control judicial de constitucionalidad bajo este presupuesto hermenéutico.

Si se parte en cambio de alguna versión de la tesis de la única respuesta correcta, que considera que siempre es posible encontrar una respuesta objetiva a los problemas de interpretación que plantea cualquier texto normativo, la objeción de la dictadura de los jueces pierde gran parte de su fuerza de convicción ya que en tal caso la noción de brecha interpretativa, que involucra un componente creador en el intérprete, se volvería un sinsentido. El problema para la objeción contramayoritaria en este marco sería que si la constitución ofrece una respuesta correcta, los jueces no tendrían discrecionalidad sino que al ejercitar el control de constitucionalidad deberían identificar qué consecuencias se siguen de lo que establece la constitución. Así desde una versión realista como la de Michael Moore, el juez no puede asignarle cualquier significado a un término sino que debe hacerlo de acuerdo a la “verdadera naturaleza de la cosa” a la que se refiere la cláusula constitucional (Moore, 1985: 331). De modo que la constitución no sería lo que los tribunales dicen que es, sino lo que la constitución permite a los tribunales decir qué es de manera unívoca¹².

¹² En sentido similar, véase Rawls (1993: 273).

Desde luego, incluso aceptando la objetividad en el dominio moral, que haya una respuesta correcta no garantiza que se la vaya a encontrar.¹³ De manera que incluso asumiendo esta tesis se podría objetar el dejar en manos de órganos no representativos tomar decisiones que conciernen a derechos fundamentales. Pero lo que se debería justificar ahora para que la objeción funcione son las razones por las que los jueces estarían en peores condiciones que los miembros de la legislatura para descubrir esa respuesta correcta. La objeción debería ir acompañada de un elaborado argumento que justifique la supremacía epistémica de la legislatura. Y ese argumento debe ser apto para contrarrestar el refuerzo adicional que gana bajo esta concepción de la interpretación el tradicional argumento a favor del constitucionalismo: si la constitución tiene un contenido determinado y, por ende, limita lo que la mayoría ordinaria puede decidir, ¿tiene sentido dejar en manos del órgano que se pretende limitar el papel de intérprete privilegiado de esos límites?

Pero el partidario de la crítica contramayoritaria no necesita comprometerse con ninguna de estas concepciones interpretativas: podría presuponer la tesis de la indeterminación parcial. La tarea interpretativa no sería puramente cognoscitiva ni tampoco exenta de límites. En los casos claros no existiría brecha interpretativa y los jueces sólo deberían controlar que se respeten los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos. Pero en los casos problemáticos, los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se circunscribiría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada, que por cierto no son pocos. Ahora bien, aunque bajo esta concepción de la interpretación la objeción no parece sujeta a las dificultades que se indicaron al examinar las dos concepciones alternativas extremas, sus alcances resultan ahora mucho más modestos de los que a primera vista puede parecer. Ello así puesto que dentro de este marco parece difícil considerar en abstracto la objeción sin tomar en cuenta las concretas configuraciones institucionales que asuma el control de constitucionalidad.

4. Objeción contramayoritaria, diseño institucional y la cuestión de la “última palabra institucional”

En general, los críticos del control judicial de constitucionalidad toman como blanco paradigmático de sus críticas al modelo estadounidense, que se caracteriza por no contar con un órgano específicamente designado para efectuarlo y donde los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*, sólo para el caso concreto (Waldron, 2006: 1346; Kramer, 2004; Tushnet, 1999). Considero que si el sistema admite el atrincheramiento de las cláusulas constitucionales y, más específicamente, una carta de derechos, y no existe un órgano especialmente investido para el control de constitucionalidad, no puede rechazarse que los jueces asuman esa potestad ya que ella no constituye sino el inevitable ejercicio de la función jurisdiccional sólo que aplicada a las normas de superior jerarquía¹⁴. Ahora bien, en la justificación de la objeción existen matices. En una posible lectura, la preocupación fundamental de los críticos del control judicial se centra en que la tarea de interpretar las cláusulas constitucionales, que se caracterizan por su carácter general y abstracto, no debería quedar en manos de órganos carentes de representatividad. Así entendida, la objeción resaltaría la importancia de buscar mecanismos que democratizan la designación y el control de aquellos que deben aplicar las normas constitucionales, o que propugnen un mayor diálogo entre el

¹³ En este sentido, Waldron señala que “una respuesta correcta ahí fuera significa que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla” (Waldron, 1999: 222).

¹⁴ Desarrollé este argumento en Orunesu (2012).

poder legislativo y el judicial.¹⁵ En una versión más fuerte, la objeción contramayoritaria impugna no sólo la cuestión de la carencia de representatividad del órgano judicial sino la propia potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes por parte de cualquier órgano que no sea el legislativo. Waldron al respecto sostiene:

En ocasiones, sin embargo, cuando se considera necesario rebatir las críticas democráticas contra el control judicial de constitucionalidad, los defensores de éste señalarán con orgullo hacia los estados donde los jueces son electos. Esto sucede en ciertos estados de los Estados Unidos. Pero incluso cuando los jueces son electos, la tarea de los tribunales normalmente no se conduce, como la de la legislatura, de acuerdo con el ethos de la representación y la rendición de cuentas electoral [...] Asúmase, por caso, que la legislatura está completamente consciente de las cuestiones de derecho a las que una determinada carta de derechos puede dar lugar, y que, habiendo deliberado sobre la cuestión, resuelve – a través del debate y el voto – establecer esas cuestiones de una manera determinada. La legislatura ha optado por uno de los bandos del desacuerdo [...] La cuestión que enfrentamos es si tal resolución de la legislatura debe ser dispositiva o si existe una razón para que sea reevaluada y quizás invalidada por los jueces (Waldron, 2006: 1363; 1371). La traducción me pertenece.

Quienes sostienen la objeción contramayoritaria estiman que no existen tales razones. No obstante, planteada en estos términos la crítica no se reduce a objetar que el control de constitucionalidad esté en manos de los jueces, sino que cuestiona la función jurisdiccional en su totalidad. Una vez que la legislatura ha tomado posición respecto de un determinado desacuerdo y legislado en consecuencia, del argumento parecería seguirse que no existen razones para que los jueces entiendan en esa ocasión ni en ninguna otra. Si se acepta el presupuesto de Waldron, nuevamente no hay forma de acotarlo únicamente a aquellos casos en los que se dirimen cuestiones de constitucionalidad: ningún tribunal podría evaluar los alcances de una ley infraconstitucional en relación con otra de superior jerarquía pero infraconstitucional, porque se supone que esas normas son también el resultado de una decisión consciente de la legislatura respecto de un determinado desacuerdo. La carga de la prueba ahora pasa al que rechaza sobre estas bases el control de constitucionalidad: ¿se puede lisa y llanamente prescindir en los Estados modernos de la función jurisdiccional?

Obsérvese que ni siquiera quienes sostienen la existencia de alguna diferencia cualitativa entre las cláusulas que integran la constitución y las normas de inferior jerarquía –que sería el único presupuesto plausible para aceptar un trato diferente respecto de unas y otras– estiman que puede prescindirse de la función jurisdiccional. Tal como lo señalaba Hart:

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y

¹⁵ Para un análisis sobre las posibilidades de un diálogo interorgánico, ventajas y desafíos véase, por ejemplo, Gargarella (2008), Linares (2008: 199-239).

resueltas cuando se presentan en un caso concreto ... es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas (Hart, 1961: 162-163)¹⁶.

En otras palabras, se debe hacer frente a una realidad: aun con la mejor diligencia y calidad deliberativa, es posible que los legisladores a la hora de crear normas ignoren ciertos hechos o condiciones sociales y tecnológicas que cambian y evolucionan, o sobreestimen la ocurrencia de determinadas situaciones y subestimen otras¹⁷. A esto debe sumarse la posibilidad de que al momento de aplicar las reglas generales se revelen casos que el legislador no pudo prever (Schauer, 1991: 89-90). También ocurre que en ocasiones el legislador no tiene otra alternativa que dejar determinadas cláusulas abiertas y dictar reglas que incorporan términos como “razonable” o, que proveen una cierta guía, pero permiten a la vez a los jueces y ciudadanos decidir al momento de la aplicación cuestiones que no podrían adecuadamente resolverse por anticipado. De manera que a la hora de diseñar instituciones se debe tener en cuenta esta característica de las reglas generales: ellas no pueden resolver todo por adelantado¹⁸.

Una posibilidad para reducir la discrecionalidad del órgano de control sería optar por una constitución de detalle (Kelsen, 1931: 34-37). Pero ni aún así las normas constitucionales quedarán totalmente a salvo de la intervención judicial. Por ejemplo, pueden surgir casos de conflicto entre derechos constitucionales, en los que independientemente de que las normas sean determinadas, resulta ineludible una decisión por parte de los jueces. El procedimiento judicial sirve para remediar los errores o imprecisiones que surgen del nivel de generalidad en el que las legislaturas deliberan. Aun contando con un modelo ideal de legislatura como el que propone Waldron, que por ejemplo sea más sensible a cuestiones particulares, introduciendo audiencias públicas antes de la sanción de las leyes o estableciendo la obligación de consultar a los agentes afectados por determinadas leyes, siempre pueden surgir casos problemáticos en la aplicación de las normas.

En este contexto, el advertir que el control de constitucionalidad no es otra cosa que el ejercicio de la función jurisdiccional aplicada a las normas de mayor jerarquía no tiene por qué implicar que en estos casos la protección de los derechos de jerarquía constitucional se traduzca necesariamente en una tan amplia delegación al poder judicial para establecer lo que los derechos son. El sistema podría, por ejemplo, prever que los jueces deben limitarse a la hora de invalidar por inconstitucional una norma, asumiendo la presunción de constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislador, y que sólo en casos en que la inconstitucionalidad sea manifiesta se puede avanzar sobre la validez¹⁹. Pero además, en el caso del

¹⁶ En el mismo sentido, Hart (1970: 269-271).

¹⁷ Así, los legisladores en ocasiones actúan en respuesta a hechos sobresalientes y cercanos que distraen su atención de otras consecuencias y probables circunstancias subyacentes a la cuestión. Los legisladores pueden tomar decisiones que dependan de forma exagerada de un hecho particular, sobreestimando su papel dentro del rango más amplio de hechos. Cf. Schauer (2006: 893-899).

¹⁸ Para un análisis del carácter sub y sobre incluyente de las reglas, véase Schauer (1991: 89-91).

¹⁹ Por ejemplo, las Constituciones de Suecia y Finlandia declaran expresamente que sólo puede inaplicarse una norma cuando ella es *manifestamente* inconstitucional. Esta es la doctrina que defendía Thayer, quien postulaba la obligación de los tribunales de asumir una actitud de deferencia fuerte hacia el legislador (Thayer, 1893). Para un análisis de esta concepción véase De Lora (2000). La Corte Suprema Argentina formuló un criterio similar varios años antes de la publicación de Thayer en el caso «Avegno, José c/ Pcia. de Buenos Aires», donde sostuvo que «es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra sean absolutamente incompatibles, que haya entre ellas una evidente oposición» (CSJN 1874 *Fallos* 14: 425).

sistema americano, la declaración de inconstitucionalidad tiene una importante limitación: sólo se declara respecto del caso concreto, y en virtud de esta limitación se ha argüido que parece ser más respetuosa de las atribuciones del poder legislativo²⁰.

En conclusión, en el marco de un sistema que no prevea un órgano especializado a cargo del control, la objeción contramayoritaria en su versión más fuerte deja de ser una crítica al control judicial de constitucionalidad para convertirse en una crítica a la función jurisdiccional en general, de la que es imposible prescindir. Salvo que se asuma que las cláusulas constitucionales no son operativas para los jueces, ella sólo puede sostenerse en su versión más débil como un llamado de atención respecto de la necesidad de, por un lado, subsanar el carácter deficitario que desde el punto de vista democrático puedan tener los mecanismos de selección de los jueces y las reglas para su permanencia y remoción y, por el otro, propugnar que los tribunales al ejercer el control asuman una actitud deferente hacia las legislaturas. Pero de esto no puede derivarse el rechazo del control judicial de constitucionalidad sin argumentos adicionales.

Cabe ahora analizar cómo afectan las objeciones contramayoritarias a los sistemas que sí prevén un órgano expresamente designado para el control de constitucionalidad, como sucede en aquellos países que cuentan con un tribunal constitucional y un régimen concentrado de control. En general, en tales sistemas, mientras que el tribunal constitucional es el único que puede invalidar leyes a la luz de lo que establece la constitución, los tribunales ordinarios tienen a su cargo la aplicación de la legislación a casos concretos. La opción por tribunales constitucionales en un primer momento estuvo vinculada con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica evitando las discrepancias que entre diferentes tribunales pudieran surgir cuando se ventilan cuestiones constitucionales²¹. En la actualidad, además se ha señalado que este modelo tendría otras ventajas. Así, de acuerdo a Ferreres Comella (2003: 80-87), una de sus cualidades residiría en la posibilidad de diseñar de manera diferenciada el tribunal constitucional y la justicia ordinaria. Este sistema permitiría reservar para la justicia ordinaria un sistema menos politizado, vitalicio y más sensible al principio de división de poderes, mientras que para la justicia constitucional se podrían instrumentar mecanismos de selección de sus miembros directamente dependientes de las mayorías parlamentarias, estableciendo su elección a través de éstas y por períodos cortos, no vitalicios, aumentando así el grado de convergencia con el poder legislativo. Según el profesor español el unificar el control en un único tribunal permitiría además que el poder político calibre con mayor claridad el grado de resistencia judicial frente a una ley por razones de su inconstitucionalidad, y así oponer sus propios argumentos a esa resistencia, ya sea a través de la opinión pública o promoviendo la reforma constitucional para rechazar los criterios del tribunal²².

Para los partidarios de la objeción contramayoritaria estas características no resultan suficientes para otorgarles credenciales democráticas a los tribunales constitucionales. En primer lugar, porque la designación o confirmación por representantes electos de los miembros del tribunal constitucional no podría asimilarse con las credenciales democráticas de quienes son elegidos directamente

²⁰ Existen otros elementos en la configuración del sistema que también pueden incidir en este mismo sentido, como por ejemplo cuáles sean las vías de acceso al control de constitucionalidad o cuál sea la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Suprema para los tribunales inferiores. Para un panorama sobre esta cuestión véase Linares (2008: 147-197).

²¹ Kelsen (1942) desarrolló este argumento.

²² Sobre las dificultades de mantener una clara división de funciones entre los tribunales constitucionales y los ordinarios véase Garlicki (2007).

por el voto popular (Waldron, 2006: 1394). En segundo lugar, porque el núcleo central de la objeción, esto es, que los tribunales no deben declarar la invalidez de normas dictadas por el parlamento porque ello significaría sustraer el poder de los órganos representativos, parece no sólo mantenerse incólume frente a los tribunales constitucionales sino cobrar mayor fuerza, porque la declaración de inconstitucionalidad tiene en este sistema efectos *erga omnes* (Waldron, 2006: 1354).

Pese a esto, en lo que respecta a la insuficiente representatividad de los tribunales constitucionales en comparación con las legislaturas, como ya señalé, sin duda podrían existir mejores mecanismos de designación tanto de los miembros de los tribunales constitucionales como de los jueces en general. En este caso existe un mayor esfuerzo por reflejar la voluntad política de la sociedad en la conformación del tribunal en comparación, por ejemplo, con el tradicional objeto de la crítica, esto es, el sistema de estilo estadounidense. De todos modos, el problema de la mayor o menor representatividad de los mecanismos de selección debería independizarse conceptualmente de la cuestión de si los tribunales constitucionales deben o no tener la potestad de declarar inválida una norma por inconstitucional. Pueden existir, del mismo modo, sistemas más y menos representativos para la selección de los miembros de las legislaturas, pero esto no puede constituir un argumento contra la asignación a un órgano colegiado de la potestad de crear normas generales.

En cuanto al carácter *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad en los sistemas de control concentrado, en primer lugar debe recordarse que la circunstancia de que se invista a un órgano específico para el control de constitucionalidad no necesariamente implica que sus decisiones al respecto tengan carácter *erga omnes*. Esa asociación es sólo contingente y se registran muchos casos en los que las decisiones de los tribunales constitucionales no revisten tal carácter²³. Pero, además, se podría argumentar que cuando se opta por un diseño que admite la declaración de invalidez *erga omnes*, lo que se busca preservar es la seguridad jurídica, esto es, que individuos que se encuentran en situaciones similares reciban un trato igualitario en virtud de la valoración única que efectúa el tribunal designado respecto de la constitucionalidad de la norma que le es aplicable. En otras palabras, la seguridad jurídica vendría a preservar en el plano de la aplicación de las normas judiciales el principio de igual consideración y respeto, que en los sistemas de control difuso se vería afectado pues podría darse el caso de que individuos que se encuentran en situaciones semejantes no reciban un trato igual como consecuencia de que diferentes jueces juzgaron de manera disímil la constitucionalidad de las normas aplicables. Ahora bien, recuérdese que una de las razones que los partidarios de la objeción contramayoritaria ofrecen para privilegiar a la regla de la mayoría está dada precisamente por el respeto de este principio. Siendo ello así, desde este punto de vista se podría sostener que un diseño institucional que inviste a un tribunal constitucional de la competencia para declarar la invalidez *erga omnes* de las leyes no es más deficitario desde el punto de vista democrático que los sistemas de control difuso. Es más, en esta línea se podría argumentar que el cargo de antidemocrático contra este diseño pierde parte de su fuerza, ya que tanto la conformación del tribunal como los efectos que se asignan a sus decisiones revelan claramente un esfuerzo por consagrar un control de constitucionalidad más apegado a los ideales democráticos.

Por supuesto, se puede sostener frente a este tipo de defensas que ellas, en el mejor de los casos, sólo logran atenuar la intensidad de la objeción democrática y

²³ Véase Linares (2008: 249-250) donde se efectúa un relevamiento de los efectos *inter partes* o *erga omnes* de las sentencias en diferentes sistemas de control de Latinoamérica.

resultan insuficientes para justificar que los jueces a través del control de constitucionalidad tengan la última palabra institucional. Quienes se toman en serio la objeción contramayoritaria sostienen que en un sistema genuinamente democrático esa última palabra debe quedar siempre en manos del Parlamento y nunca en manos de los jueces. Debe advertirse, sin embargo, que esta tesis, sus alcances y específicamente qué se entienda por “tener la última palabra institucional” tampoco puede analizarse sin considerar cuál es la teoría interpretativa que se presupone y cuál el sistema específico de control de que se trate. Así, por ejemplo, si se asume la teoría de la indeterminación parcial, que circunscribe la discrecionalidad de los jueces a los casos problemáticos de interpretación, en conjunción con un sistema donde la declaración de inconstitucionalidad se dicta únicamente para el caso concreto y sólo tiene efectos *inter partes*, es difícil identificar en qué podría consistir en tal caso afirmar que el Congreso debe tener la última palabra institucional sin desnaturalizar sus funciones y el principio de separación de poderes.

A menudo se pone como ejemplo de una solución salomónica entre los defensores del control de constitucionalidad y sus críticos un diseño como el de la constitución canadiense de 1982. En el modelo canadiense se adopta una constitución que incorpora una carta de derechos que sólo puede modificarse por mecanismos agravados (secciones 38-49) y se considera suprema (sección 52). Si bien no existe una cláusula que otorgue expresamente a los tribunales la competencia para declarar invalidas las leyes contrarias a la Carta, la Suprema Corte de Canadá ha ejercido el control de constitucionalidad desde 1982 en virtud de lo establecido en las secciones 52 y 24(1)²⁴. No obstante, lo novedoso es la sección 33 de la Carta de Derechos de Canadá, que habilita al Parlamento y a las legislaturas provinciales a adoptar una legislación que contrarie ciertas secciones de la Carta que tutelan derechos básicos²⁵. La denominada *cláusula derogatoria* (*clause derogatoire* o *notwithstanding clause*) hace que ciertos derechos no se encuentren atrincherados respecto de una determinada norma que elabora la legislatura (Johansen-Rossen, 2005). Su ejercicio tiene una vida máxima de cinco años, después de los cuales se requiere un nuevo ejercicio de ella por el Parlamento a efectos de que la suspensión del atrincheramiento pueda continuar por otros cinco años. Esta cláusula está pensada, más que como una forma de reenvío, como una manera de evitar el control de adecuación de una norma a la constitución por parte del Superior Tribunal y puede ejercerse al momento de dictarse la ley o *a posteriori* de una declaración de inconstitucionalidad. Este es sólo un ejemplo de que es posible concebir alternativas a los dos modelos tradicionales de control judicial de constitucionalidad que resulten más sensibles al principio mayoritario²⁶.

²⁴ 24. (1) *Toda persona, víctima de la violación o negación de los derechos o libertades que le son garantizados por la presente carta, puede dirigirse a un tribunal competente para obtener la reparación que el tribunal estime adecuada y justa de acuerdo a las circunstancias.* 52. (1) *La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá y cualquier norma contraria a las cláusulas de la Constitución será, en la medida de su inconsistencia, inválida.*

²⁵ Los derechos respecto de los cuales se puede ejercer la cláusula derogatoria son los de la sección 2, que contiene los derechos de libertad de expresión, de conciencia, de asociación y de asamblea, y las secciones 7 a la 15, que contienen entre otros el derecho a la vida, a la libertad y el derecho de igualdad. No están sujetos al procedimiento del artículo 33, entre otros, los derechos políticos, de movilidad, los vinculados a la protección del lenguaje de las minorías, y la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer. La denominada cláusula garantizadora (*enforcement rule*) de la sección 24, que establece que cuando un ciudadano ve violado un derecho puede recurrir a los tribunales para que le sea garantizado, tampoco es pasible del procedimiento del artículo 33. En Israel existe una cláusula similar en una de sus Leyes Básicas, aplicable sólo a la libertad de ocupación. Para un análisis de su funcionamiento en la práctica del Estado de Israel, véase Sommer (2004).

²⁶ En la actualidad se considera que el sistema canadiense representa una nueva tendencia en el marco del constitucionalismo que busca encontrar un equilibrio entre el ideal del autogobierno y el ideal

En síntesis, los alcances de la objeción contramayoritaria respecto del control judicial de constitucionalidad son más modestos de lo que a primera vista puede parecer. En primer lugar, asumiendo una concepción indeterminista parcial de la interpretación, su blanco sólo afectaría a la toma de decisiones judiciales en los casos problemáticos. En segundo lugar, en su versión más fuerte la objeción no rechaza sólo el control judicial de constitucionalidad sino todo el ejercicio de la función jurisdiccional. Si no se quiere asumir este costo y se desea circunscribir sus alcances al control de constitucionalidad, la crítica sólo puede preservarse en términos de una llamada de atención respecto de cómo son elegidos los jueces que deben tener a su cargo el control de constitucionalidad por considerarlos más o menos deficitarios desde el punto de vista de su legitimidad democrática. El ser conscientes de ese problema no debe conducir a renegar de la función jurisdiccional, sino que por el contrario nos compromete a pensar en nuevos diseños y propugnar prácticas institucionales que permitan garantizar la supremacía de la constitución y los derechos con una mayor deferencia al principio mayoritario.

Bibliografía

- ALLAN, J. (2010), "You don't always get what you pay for: no Bill of Rights for Australia", *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 179-196.
- ALTMAN, A. (1990), *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton University Press, Princeton.
- BAYÓN, J.C. (2000), "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones*, Núm. 1, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, pp. 65-94.
- BICKEL, A. (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.
- BIX, B. (1993), *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford.
- BRINK, D. (1988), "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 17, Núm. 2, pp. 105-148.
- DE LORA, P. (2000), "La posibilidad del constitucional thayerano", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 23, pp. 49-78.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.
- ELY, J.H. (1997), *Democracia y Desconfianza, Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- FERRERES COMELLA, V., (2003), "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Vol. 2, Núm. 65, pp. 73-122.
- FREEMAN, S. (1990), "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 9, Núm 4, pp. 327-370.
- GARDBAUM, S. (2001), "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, Núm. 4, pp. 707-760.

de los derechos. Así se habla del nuevo constitucionalismo de la Commonwealth o más específicamente de un control de constitucionalidad débil (*weak judicial review*). En esta categoría también se incluyen a Gran Bretaña tras la sanción de la Humans Rights Act de 1998 por la que se incorpora al derecho inglés la Convención Europea de los Derechos Humanos y Nueva Zelanda tras la incorporación de la Carta de Derechos de 1990. La HRA británica establece la obligación para los tribunales de interpretar las normas en consonancia con los derechos consagrados en la convención toda vez que sea posible. Cuando ese no sea el caso podrá emitir una declaración de incompatibilidad. Cuando eso sucede el ministro a cargo de garantizar la norma puede solicitar un procedimiento de vía rápida para dictar una nueva norma compatible con la Convención. En Nueva Zelanda, también se preserva el principio de la soberanía del parlamento y el modelo de la constitución flexible, pero ahora se impone a los tribunales el deber de interpretar todas las normas de manera consistente con la Carta de Derechos. Para un análisis de estos sistemas, sus limitaciones y posibilidades véase Allan (2010); Gardbaum (2001; 2010); Roach (2004); Tushnet (2003a; 2003b).

- GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Núm. 2, pp. 167-206.
- GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona.
- GARGARELLA, R. (2004), *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires.
- GARGARELLA, R. (2008), "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución", *Gaceta Constitucional*, Lima, pp. 573-590.
- GARLICKI, L. (2007), "Constitutional courts versus supreme courts", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Núm. 1, pp. 44-68.
- GUASTINI, R. (1992), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli Editore, Torino.
- GUASTINI, R. (2006), "A sceptical view on interpretation", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *Analisi e Diritto. Richerche di Giurisprudenza Analitica 2005*, Giappichelli Editore, Torino, pp.139-144.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (2000), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México.
- HART, H. (1977), *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. (1983), "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, Vol. 11, Núm. 5, pp. 123-188.
- HART, H. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- IGLESIAS VILA, M. (1998), "Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *Analisi e Diritto. Richerche di Giurisprudenza Analitica 1998*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 129-144.
- KELSEN, H. (1942), "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, Núm. 4, pp. 183-200.
- KENNEDY, D. (1992), "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 11, pp. 283-293.
- KRAMER, L. (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York.
- LINALES, S. (2008), *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid.
- MARMOR, A. (1992), *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MOORE, M. (1985), "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, Núm. 58, pp. 279-398.
- MOORE, M. (1989), "The Interpretive Turn in Modern Theory. A turn for the worse?", *Stanford Law Review*, Vol. 41, Núm 4, pp. 871-957.
- MOORE, M. (1992), "Law as a Functional Kind", en George, R.P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 188-242.
- MOORE, M. (2000), *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford.
- MORESO, J. (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ORUNESU, C. (2012), *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- ORUNESU, C., PEROT, P. y RODRÍGUEZ, J. (2005), *Interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México.
- PEROT, P. y RODRÍGUEZ, J. (2005), "Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales", en ORUNESU, C., PEROT, P. y RODRÍGUEZ, *Estudios sobre interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, pp. 13-29.

- RAWLS, J. (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.
- ROACH, K. (2004), "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, Núm. 23, pp. 49-104.
- THAYER, J. (1893), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, Núm. 3, pp. 129-156.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton.
- TUSHNET, M. (2003a), "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, Vol. 101, Núm. 8, pp. 2781-2802.
- TUSHNET, M. (2003b), "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and-Democracy-Based Worries", *Wake Forest Law Review*, Núm. 38, pp. 813.
- WALDRON, J. (2004), *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Barcelona.
- WALDRON, J. (2006), "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, pp. 1348-1406.
- WALDRON, J. (2010), "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 248. Disponible en línea: http://lsr.nellco.org/nyu_plltpw/248. Revisado el 12 de enero de 2012.



Jugar al fútbol con las manos*

Eric Millard

Université Paris Ouest Nanterre La Défense, París

eric.millard@u-paris10.fr

Resumen

La metáfora del juego deportivo es frecuente en la Teoría del Derecho, pero el recurso a ella no ha sido sistemático. En este texto se aborda la cuestión de la perspectiva moral sobre las infracciones a las reglas a partir de esta metáfora, distinguiendo diversos casos de falta con la mano en el fútbol. Se concluye que una perspectiva moral puesta sobre estas faltas, en nombre del espíritu de juego no es posible ya que no existe espíritu de juego fuera de lo que sus reglas establecen efectivamente.

49

Palabras clave

Teoría del Derecho, reglas del fútbol, Derecho y juegos, realismo jurídico, cognoscitivismo

Playing football with the hands

Abstract

One can find in legal philosophy various analogies between Law and games, but those analogies are not systematically explored. This paper deals with moral judgements on offenses, from such analogy, and intends to introduce a distinction between different sort of offenses as hand in football game. The conclusion is that no moral judgement should be possible on the basis of the spirit of the game for there is no spirit of the game that is different of what is effectively established by the rules of the game.

Keywords

Jurisprudence, laws of football, Law and games, juridical realism, cognoscitivism.

* Traducido del francés por Edgardo Rodríguez Gómez. El texto corresponde a la ponencia presentada por el autor en el XVIIº Seminario Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho. 50º aniversario de *The Concept of Law. Balance de una Cultura Jurídica*, el 21 de octubre de 2011. Puede revisarse la versión original en *Documentos del evento*. Disponible en línea: <http://derechoyjusticia.net/es/evento/shift-d.html>. Revisado el 9 de diciembre de 2011.

1. La metáfora del juego para la Teoría del Derecho

La metáfora del juego, y particularmente la metáfora del juego deportivo, se halla a menudo en los escritos teóricos de los juristas o los filósofos del Derecho. Los teóricos del Derecho se sirven de ésta para una variedad de objetos, entre otros, identificar y caracterizar un sistema normativo, analizar su funcionamiento, analizar las modalidades de su comprensión, explicación o descripción y estudiar la cuestión de las relaciones entre sistemas normativos. Es, sin duda, este último aspecto el que concita también la atención de los juristas desde hace algunos años cuando tras la profesionalización de la práctica deportiva resulta indispensable apreciar cómo los ordenamientos jurídicos, nacionales o internacionales, se articulan con ordenamientos normativos no estatales: federaciones deportivas, comités olímpicos nacionales e internacional, Tribunal de Arbitraje Deportivo, etc.; por ejemplo, cuando se trata de las restricciones de acceso a las competiciones deportivas basadas en la nacionalidad o en la sanción por un comportamiento contrario a las reglas deportivas, como ocurre con el dopaje. Este aspecto no está exento de problemas teóricos, pero no es el que conduce prioritariamente a los teóricos del Derecho a la reflexión a partir de la metáfora del juego.

Entre los teóricos del Derecho que recurren a esta metáfora puede mencionarse a Hart, en *The Concept of Law*¹, y Ross, en *On Law and Justice*². Para Hart, la metáfora del cricket, y especialmente la del marcador (*scorer*), es frecuente para introducir en lo fundamental las cuestiones de la validez, la regla de reconocimiento y su dimensión social; así como para rechazar la hipótesis según la cual el Derecho puede ser, en la práctica, lo que decide el juez, del mismo modo como el cricket es distinto de la decisión discrecional del marcador (*scorer's discretion*). Si en el curso de un partido de cricket, el marcador se alejase demasiado de comúnmente admitido como los cánones del juego, no se trataría más de este deporte, sino de la simple discrecionalidad del árbitro. No se trataría más del mismo juego y probablemente, incluso, no sería un juego. Para Ross, cuya perspectiva teórica es criticada por la metáfora del cricket de la que se sirve Hart, la metáfora del observador del juego de ajedrez introduce la cuestión de lo que es el Derecho y la cuestión de la externalidad del observador. No es sino en referencia a las reglas que lo organizan que el fenómeno del ajedrez, que observa desde el exterior quien no juega, es un fenómeno; es decir, puede ser captado por el observador como el fenómeno "juego de ajedrez": una práctica específica y organizada.

Existen, sin duda, innumerables aspectos ventajosos en el recurso a la metáfora del juego, incluso cuando el razonamiento por analogía no resulta siempre decisivo y sólo sirve para poner en evidencia variantes de problemas que cada teoría debe dilucidar directamente. No obstante, también puede uno inquietarse por ciertas dificultades o insuficiencias.

Una primera insuficiencia, en todo caso una primera curiosidad, se debe al análisis que hace Ross del fenómeno del Derecho, visto por analogía (ciertamente limitada) con el fenómeno del ajedrez. Virtualmente, en el juego del ajedrez, la necesidad de arbitraje, es decir, la presencia de una autoridad que no juega sino que toma las decisiones que orientan la partida, sanciona los incumplimientos de sus reglas, las interpreta y finalmente determina su resultado, es menos sensible. Aunque en ocasiones existen encuentros con árbitros, podemos convenir en que se trata de un juego que se desarrolla a menudo en un marco no oficial, sin más árbitro

¹ Existe traducción al castellano en Hart (2007) (Nota del traductor).

² Existe traducción al castellano en Ross (2005) (Nota del traductor).

que los propios jugadores. Ello haría, muy probablemente, difícil la adaptación de la analogía para que pueda introducirse en una Teoría del Derecho que hace de la efectividad de las decisiones de ciertas autoridades un elemento preponderante del funcionamiento del fenómeno jurídico, y permite su descripción.

Una segunda insuficiencia se debe, sin duda, a la débil capacidad explicativa de la analogía del cricket utilizada por Hart. Si la Teoría general del Derecho se considera idónea para hablar del Derecho, sin mayor precisión, quizás, que señalar que lo hace desde el derecho positivo, y más aún, si esas enseñanzas y conceptualizaciones deben permitir comprender todo sistema de derecho positivo y que éste sea comprendido por toda persona interesada por el derecho positivo en general, o por cualquier sistema de derecho positivo, entonces, indudablemente, la analogía ha sido mal elegida en la medida en que el cricket parece tender inexorablemente a permanecer hermético para toda persona que no haya sido impregnada por una cultura totalmente británica, como ocurriría quizás con un inglés respecto de la corrida o la petanca. Además, incluso si fuese atendible que Hart se hubiese preocupado en tratar un deporte que sus lectores primigenios comprendiesen, la razón nacionalista (o socio-cultural) no resulta determinante; muchos otros deportes de origen británico, y algunos de ellos -aparte del remo- incluso se practican en OXbridge, son más universales y, probablemente, más cercanos de lo que constituyen las relaciones sociales en el mundo real. De otro lado, es cierto que para el lector medio del continente, cualquiera que éste fuese, la analogía con el cricket presenta algo interesante: situarnos realmente ante un fenómeno del que nada sabemos y al que necesitamos comprender en su dimensión social (la regularidad de los comportamientos) y normativa (las reglas que los rigen). Uno de los proyectos factibles y útiles en la actual Teoría del Derecho sería reescribir sobre sus clásicos a partir de metáforas más comprensibles; por ejemplo, a partir de la analogía con un deporte universalmente extendido como es el fútbol.

Una tercera insuficiencia quizás resida en el hecho que, cualquiera fuese el juego elegido, la metáfora no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias. Sin duda es posible, tomando en serio la idea de que el juego es una representación ideal del Derecho y que su comprensión permite enfocar diversas cuestiones que son también de la Teoría del Derecho, introducir otras cuestiones además de las mencionadas. Una de éstas podría ser la referida a la perspectiva moral respecto de la violación de las reglas. Debo decir que es una cuestión que en sí misma poco me interesa, sin duda porque mi bagaje teórico, definitivamente no cognitivista, me lleva a pensar que la validez del Derecho no es una validez moral y que la violación de las reglas del Derecho es una cuestión a tratar sólo desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Pero la existencia de esta perspectiva moral no me parece contestable, incluso si, considerada desde un punto de vista metateórico, no esté fundada objetivamente.

2. La metáfora del fútbol en la Teoría del Derecho

En la vida universitaria hay momentos de grata convivencia cuando al margen de un encuentro de académicos nos reunimos en torno a una copa o una comida para discutir sobre distintos temas. Evidentemente, nuestras concepciones filosóficas se involucran en las discusiones, incluso cuando éstas se hallan en las antípodas de la Teoría del Derecho. He tenido la suerte y el placer de compartir en varias oportunidades tales momentos con el profesor Zenon Bankowski de la Universidad de Edimburgo, el doctor Claudio Michelon de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul y la Universidad de Edimburgo y el profesor Fernando Atria de la Universidad de Chile. Ineludiblemente, llegados a cierto punto de la conversación,

ésta se orientaba hacia el fútbol (era imposible que los cuatro coincidiésemos sobre otro deporte, como el cricket o el rugby) y resultaba tan animada que era usual considerar que debíamos discernir nuestros argumentos sobre esta cuestión. No somos, ciertamente, aficionados de los mismos equipos. Nuestros intereses académicos y concepciones filosóficas son, de hecho, diversas y hasta opuestas, por ejemplo, Zenon Bankowski sostiene acerca de la cuestión moral posturas radicalmente opuestas a las mías. Durante las pláticas, a las que en Francia denominamos *conversaciones de barra*, revivimos los partidos, comentamos sus acontecimientos y extraemos consecuencias; para algunos, morales, para otros, tácticas, y también, normativas. Como acostumbran los aficionados a este deporte, declarada nuestra admiración por ciertos jugadores y acciones, lo esencial de la conversación se centra en las faltas de jugadores y los errores de los árbitros. Es en este punto que el consenso grupal da paso sistemáticamente a los desacuerdos. Para algunos, entre los que se hallaba Zenon Bankowski que hacía de su portavoz, las faltas traducen, cuando se trata de un acto voluntario de los jugadores o testimonian un mal juicio del árbitro, no solo una transgresión contra las reglas del juego, sino también, y sobre todo, una falta moral contra el espíritu del juego; éstas bastarían para desvalorizar un resultado, debiendo promoverse una modificación de tales reglas para garantizar que las faltas deviniesen imposibles en los hechos. Cuáles deberían ser esas modificaciones no resulta siempre evidente: introducción del vídeo arbitral o, inclusive, de una vía a través de recursos una vez concluido el encuentro; no obstante, en cualquier caso, la existencia de dichas faltas debería permitir la anulación del resultado del partido, incluso invertir el resultado en beneficio del equipo perjudicado por la falta del jugador adversario o el error del árbitro. Para otros, de los que formo parte, todas esas faltas y errores son incidentes de juego que no podrían ser evaluadas sino en referencia a las reglas del juego, y forman parte de él: el espíritu del juego no es más que el contexto que construyen las reglas del juego, y no existe razón alguna que coadyuve a un cambio de reglas por el simple hecho que éstas pueden no ser respetadas por los jugadores o por el árbitro. Brevemente, Zenon Bankowski me reprochaba no tener una concepción moral del fútbol al aceptar la posibilidad de faltas, y yo le replicaba que al buscar modificar las reglas para excluir esta posibilidad (suponiendo que sea factible), él transformaría el fútbol en otra cosa que no sería tal deporte, otra cosa que, además, resultaría sobradamente aburrida.

Aparece claramente que detrás de estas posturas existe toda una serie de argumentos que son los mismos que nos permiten elaborar la Teoría del Derecho, y que marcan nuestras diferencias.

3. Las leyes del fútbol

Las reglas del juego de fútbol, llamadas *leyes del fútbol*, establecidas por la *International Football Association Board* (IFAB) que está compuesta a mitades por representantes de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y por representantes de las federaciones británicas, suman 17.

Ellas prevén explícitamente -leyes nº 5 y 6- la presencia de un árbitro y sus asistentes; asimismo, que las decisiones del árbitro sobre los sucesos ocurridos durante el encuentro son inapelables, excepto cuando según su discrecionalidad vuelva sobre su propia decisión mientras el encuentro no haya sido reanudado. Si una regla prevé (ley nº 12) el régimen de las faltas y comportamientos antideportivos, sólo se consideran las que están enumeradas (como el acto de tocar deliberadamente el balón con las manos, salvo en los casos que esté permitido), merecedoras, durante el partido, de sanciones también enunciadas (tiros libres directos o indirectos, penaltis, amonestación y expulsión).

ESTUDIOS

Junto a las reglas del juego se previó un código disciplinario elaborado por la FIFA; dicho código, sin embargo, carece de efectos sobre el juego en sí, sancionando ciertos comportamientos o actitudes, individuales o colectivas, en el curso de un encuentro o fuera de él. Precisando, cuando esas sanciones se refieran a hechos de juego durante un partido, carecen de efectos sobre aquel encuentro en cuyo desarrollo se produjeron: suspensiones de jugadores o estadios para el futuro, multas, exclusiones, etc.

A diferencia de lo que ocurre con el cricket tan querido a Hart, y cuya versión actual de las *Leyes del cricket* dispone en su preámbulo que “El cricket es un juego que debe gran parte de su enorme atractivo al hecho de que no solo se juega según sus propias normas, sino que se juega también respetando el Espíritu del Juego. Cualquier acción que viole este espíritu daña al propio juego. Los capitanes son los máximos responsables de asegurarse de que se respeta el juego limpio³”, no hay en las *Leyes del fútbol* referencia al espíritu del juego, por tanto, no existe fundamento para una sanción por transgresión éste. La Ley nº 18, a menudo invocada equivocadamente para indicar que el árbitro debería no solamente hacer respetar las 17 leyes dictadas, sino también el espíritu del juego, no es, simple y llanamente, una regla positiva del juego de fútbol.

4. Jugar con las manos según el espíritu del juego

Entre las faltas clásicas que concitan los comentarios de los aficionados al fútbol figuran, desde luego, las cometidas con la mano. El fútbol, como su nombre indica, se juega principalmente con los pies y, eventualmente, con otras partes del cuerpo pero no con las manos. Las leyes del fútbol prevén, no obstante, situaciones en las que el balón puede ser (o debe ser) tocado con las manos; por ejemplo, durante un saque de banda el balón debe ser lanzado con ambas manos (ley nº 15), y el portero puede en su área de meta, bajo ciertas condiciones, tocar o atrapar el balón con las manos. Por tratarse del fútbol, la falta con la mano suele considerarse, dejando a un lado los actos con violencia, como la más inaceptable, la más contraria al espíritu del juego. Asimismo, e indudablemente atendiendo a lo que hoy resulta el fútbol -al menos en su versión mediatizada (más que un deporte, y uno profesional, una pasión, una religión, también con sus séquitos de desbordes, de violencia, de nacionalismos, de intereses financieros, etc.)-, es sobre este tipo de falta, cobrada o no, donde a menudo se concretan los juicios más severos; y ello, cualquiera que haya sido la forma en que se produjo y la sanción o la no sanción de la misma. También contra este tipo de falta se pronuncia Zenon Bankowski, aunque sus palabras son más mesuradas que ciertas declaraciones de los aficionados. Su argumento es el siguiente: una falta con la mano, incluso si ha sido sancionada durante el partido por el árbitro, y con mayor razón si no lo ha sido, desnaturaliza el propio juego a partir del momento en que tiene una influencia determinante en el encuentro; por ejemplo, al favorecer que un equipo anote un gol o no pueda marcarlo es moralmente inaceptable pues resulta contraria al propio espíritu del juego. El fútbol es un deporte en el que se hace uso de los pies (y de la cabeza) para anotar más goles que el adversario, desde el momento en que al jugar con las manos ese resultado se alcanza, no se trata más de fútbol. Un argumento que podría no estar desligado de las propuestas de Gustav Radbruch, que una gran parte de la Teoría del Derecho actual, Robert Alexy principalmente, asume: un Derecho especialmente injusto no es Derecho.

³ Para la versión en español de The Laws of Cricket, puede verse Marylebone Cricket Club (2011) (Nota del traductor).

5. Jugar con las manos según las reglas del juego

El escenario se presentan algo más complicado como consecuencia de los problemas a los que remite la metáfora estudiada en la Teoría del Derecho: la cuestión de la transgresión de la regla jurídica y la de la respuesta del sistema, tanto en la sanción del comportamiento como en la evolución de las reglas. No es cierto, en absoluto, que todas las faltas cometidas con la mano -incluso limitando el examen a aquellas que fuesen determinantes en el resultado de un partido de fútbol- planteen los mismos problemas (si se estima que existe alguno) y que éstos tengan, por ende, una misma significación que conlleve los mismos juicios, sean morales o normativos. Por el contrario, considero que puede distinguirse fácilmente situaciones diferentes a partir de tres acontecimientos, de los cuales al menos dos son reales (el primero quizás es legendario, ningún historiador ha confirmado que sucediese en realidad): a) la mano (supuesta) de William Webb Ellis, en noviembre de 1823, en un partido de fútbol en la ciudad de Rugby, en Inglaterra; b) la mano de Thierry Henry en el Stade de France, el 18 de noviembre de 2009 (una versión más reciente, y quizás menos elegante, en la secuela de la “mano de Dios”⁴ de Diego Armando Maradona durante el mundial mexicano de 1986); y, finalmente, c) la mano de Luis Suárez, el 2 de julio de 2010 en el mundial de Sudáfrica.

a) La falta con la mano de Webb Ellis, creadora de un nuevo deporte

Según la leyenda del rugby, el deporte surgió un día de noviembre de 1823 cuando en un partido de fútbol un joven estudiante del colegio de Rugby se apoderó del balón con las dos manos y corrió para depositarlo en la meta; es decir, tras la línea que delimita el terreno de juego. Las razones que llevaron a Webb Ellis a actuar de esa manera nos siguen pareciendo bastantes oscuras: tal vez haya pensado que era más fácil anotar así; quizás encontraba este gesto más elegante desde un punto de vista estético; posiblemente desde su concepción de la razón un deporte practicado por seres humanos debía movilizar todos sus miembros, bajo pena de ser, como dicen en Francia los aficionados al rugby respecto del fútbol, un deporte de mancos; o acaso consideraba que el juego que practicaba era simplemente aburrido. Con todo, eso es lo que hizo Webb Ellis según la leyenda. A ciencia cierta, desconocemos lo que era el fútbol en 1823, y sus reglas no fueron codificadas por Ebenezer Cobb Motley hasta 1863, cuarenta años después de que ese hecho supuesto se hubiese producido. Puede apreciarse también en el Museo Guggenheim de Nueva York un hermoso cuadro del inocente pintor francés Henri Rousseau, pintado en 1908 y titulado *Les joueurs de football*, en el que la posición corporal de los jugadores, junto a la del balón, parecen indicar que se juega al fútbol... con las manos. Pero no debería ser objetado por nadie que lo que narra esta leyenda es que el rugby nació de una falta cometida en otro juego; y que lo que debía ser considerado una transgresión según las reglas de tal juego, se convirtió en un mito fundador para el nuevo, hasta tal punto que el trofeo entregado al vencedor de la final de la Copa del Mundo de rugby lleva el nombre de Webb Ellis, el mismo que cometió la infracción.

Lo que podemos imaginar fácilmente, más bien, es que el acto cometido por Webb Ellis, más que una falta de mano según las reglas del fútbol, es en todo caso la expresión de un rechazo a dicho juego. La tumba de Webb Ellis en Menton está, por lo demás, adornada con este epítafio: “William Webb Ellis, quien con un fino desprecio por las reglas del fútbol, como era jugado en su época, fue el primero en tomar la pelota en sus brazos y corrió con ella, originando así la característica distintiva del juego de rugby⁵”. En un momento indeterminado, el acto se vio

⁴ En español en el original (Nota del traductor).

⁵ Traducción al español de Luis F. Delgado (1983: 65) (Nota del traductor).

ESTUDIOS
conferido de un alcance mayor, y otros jugadores, provenientes o no del mismo juego de fútbol, le hallaron interés por las razones más diversas y elaboraron a partir de este hecho fundante, reglas para establecer y organizar un nuevo deporte que se denominó rugby; coger el balón con la mano no constituía una falta según esas nuevas reglas, no más que el hecho de entrar en contacto violento con los adversarios en ciertas condiciones (vedado por las reglas del fútbol); se decidió, además, cambiar la forma del balón e instituir reglas que no tendrían, en general, ningún sentido para el fútbol, como la obligación de no enviar con la mano el balón hacia la línea de meta contraria (ello no tendría ningún sentido puesto que evidentemente el hecho de coger el balón con la mano resultaba ya en general prohibido).

Personalmente, encuentro que esas reglas, y el juego que instauran, son muy superiores a las del fútbol, así, las que conciernen a su arbitraje son a todas luces mejores: el árbitro puede expulsar temporalmente a un jugador, recurrir a un vídeo arbitral para determinar lo que realmente ha ocurrido, invertir el beneficio de una sanción si el equipo que se beneficia tiene un comportamiento antideportivo (si se toma la justicia por su mano, principalmente), puede también sancionar a un equipo penalizado que protestase desplazando en su perjuicio el lugar de una sanción en su contra, conceder igualmente un *try penal* si el equipo que defiende impide marcar mediante faltas notorias al equipo que ataca (es decir, hacer como si el equipo que ataca hubiese marcado y concederle los puntos que no ha anotado); puede inclusive no sancionar una falta si el equipo que la ha sufrido obtiene una ventaja, luego, si esa ventaja no se confirma, volver a la falta; sobre todo debe, a diferencia del árbitro de fútbol, justificar todas sus decisiones, y comunicarse de manera permanente con todos los jugadores para advertirles que pueden ser sancionados, y que serán sancionados si no rectifican su conducta o posición (una manera de entender ese gran misterio del fuera de juego, principalmente).

55

Pero esto no es más que la manifestación de mis preferencias, cuando resulta claro que el fútbol es un juego con sus reglas, y el rugby, otro juego, con las suyas. Allí se halla el significado del gesto de Webb Ellis: instituir una ruptura mediante un acto que, siendo falta para el fútbol, rechaza las reglas de ese juego para instaurar otro radicalmente diferente en su contenido. Una revolución que hace de aquello que el sistema antiguo juzgaba transgresor, históricamente, una primera constitución.

Son cuestiones de esta índole las que están presentes también cuando hablamos de revolución política, pacífica o no, y de acto constituyente. En la mayoría de los casos resulta verosímil que el acto constituyente sea también, en vista de las reglas que rechaza, una falta, pero no lo es para las reglas que instituye. Las revoluciones inglesa, americana o francesa, de la época moderna, así como todas aquellas que han tenido lugar hasta las revoluciones árabes, conocen tal ambivalencia; y es esta ambivalencia la que traduce una ruptura entre los dos sistemas hasta el punto que no puede afirmarse que uno dé continuidad al otro tras modificar, simplemente, el contenido de las reglas que contenía el primer sistema. Tales actos no tienen un significado transgresor en sí, y es ésta la razón por la cual una perspectiva moral dirigida sobre ellos no puede ser una perspectiva correcta, ya que carecen de significado normativo salvo si están en relación con un sistema que señala al respecto su validez o invalidez (lo cual deja abierta la cuestión de su validez moral, por ejemplo, bajo el punto de vista de un sistema moral dado); por supuesto, normalmente el nuevo sistema hace desaparecer al antiguo si es eficaz, y se distingue al antiguo y al nuevo como sistemas de Derecho. Es aquí cuando la analogía con el deporte conoce sus límites. El rugby no hizo desaparecer el fútbol, y el propio rugby fue rechazado cuando las universidades americanas en 1876

adoptaron las reglas compartidas para practicar un juego en común, mientras que anteriormente los encuentros celebrados consideraban dos medios tiempos, uno jugado según las reglas del fútbol, y el otro, según las del rugby; enseguida aparecería el *fútbol americano*, donde se juega, inclusive más que en el rugby, con las manos. Si esos sistemas pueden coexistir es que ninguno pretende la soberanía que decimos caracteriza a los sistemas de Derecho, en cualquier caso el estatal. No obstante, cuando en un país se llega a la secesión y se instituye un nuevo estado soberano, la analogía no resulta totalmente desprovista de sentido.

No sabemos tampoco cuál fue la reacción del árbitro frente al gesto de Webb Ellis, ni la de los otros jugadores o de los espectadores. En todo caso, lo que debería estar claro es que si el rugby no es el fútbol, ello no es consecuencia de una acción del árbitro que habría abusado de su discrecionalidad. Son los mismos jugadores quienes rechazaron las reglas y al árbitro que esas reglas instituían, para establecer otras. Dudo que al respecto se pueda hablar de democracia. Webb Ellis actuaba solo quizá, y es probable que hubiese de esperarse algún tiempo para que otras personas den a su gesto un significado constituyente; es decir, una eficacia, como ocurrió con la *Federación inglesa de rugby* que estableció las primeras reglas en 1871, remplazadas más tarde en 1886 por la *International Rugby Board* (IRB), una vez que se admite que no se podía jugar a este deporte si las reglas no eran comunes (de 1871 a 1886, las diferentes federaciones británicas dictaron sus propias reglas que dieron lugar a diferendos que no podían solucionarse según tales reglas cuando los equipos pertenecientes a diferentes federaciones se enfrentaban). Dudo incluso que sea de interés relacionar, desde un punto de vista teórico, la aparición de este nuevo juego a dicho carácter democrático. Pero lo que nos permite hablar del rugby como de un juego diferente al fútbol se debe esencialmente a que éste se practica según sus reglas, y las decisiones tomadas por las autoridades instituidas por las mismas producen efectos; por ejemplo, al consagrar a un equipo campeón del mundo de rugby y otorgarle el trofeo Webb Ellis.

b) La falta con la mano de Thierry Henry y el “error” arbitral

El 18 de noviembre de 2009, en el Stade de France en Saint-Denis, periferia de París, la selección de fútbol de Francia jugaba el partido de vuelta de las eliminatorias de clasificación para la Copa del Mundo de 2010, a celebrarse en Sudáfrica, contra el equipo de la República de Irlanda. Francia había ganado el partido de ida en Dublín, 0-1, esta vez los irlandeses anotan un gol durante el encuentro. Correspondía jugar, en consecuencia, tiempo suplementario. En la prolongación, Thierry Henry, tras tocar el balón con la mano, lo pasa a William Gallas quien anota en el pórtico de Irlanda. El árbitro del encuentro no sanciona la mano de Henry, el gol se da por válido, el equipo irlandés es eliminado y el de Francia se clasifica para la Copa del Mundo en Sudáfrica, donde vivirá los momentos más vergonzosos de su historia. Los vencedores no son siempre quienes merecen la victoria.

Vuelve a manifestarse entonces el tipo de falta con la mano que incomoda a los aficionados del fútbol, y vuelve a manifestarse un fallo de arbitraje que exaspera. Pero, en este caso, es el supuesto error del árbitro que resulta especialmente determinante en relación con la falta cometida en sí misma, lo cual conduce en ocasiones a señalar que las reglas no se respetaron porque la falta con la mano no fue sancionada. No obstante, resulta claro que el supuesto error arbitral sólo adquiere real significación en función de la configuración del sistema. Las decisiones del árbitro según las leyes del fútbol no requieren ser justificadas y son indiscutibles. El árbitro adopta su decisión sólo en función de lo que ha visto o de las informaciones que le transmiten sus asistentes (no hay video arbitral para

ESTUDIOS

ayudarle), no tiene que justificar sus decisiones y solo él puede dar marcha atrás en una de ellas en tanto el juego no haya sido reanudado (ninguna apelación es posible). Esta además ha sido la posición de la FIFA, que respecto de la mano de Thierry Henry inmediatamente señalaba: “Ningún otro texto jurídico permite a la Comisión sancionar un hecho que no haya sido advertido por los oficiales de partido⁶”. Asimismo, la misma organización reconocía que lo que podía plantear problemas no era la falta con la mano pues su Comité Disciplinario dispuso el 18 de enero de 2010 que “una mano no puede ser concebida como una infracción seria, tal y como estipula el artículo 77 del Código Disciplinario de la FIFA⁷”, justificando, en lugar de una revisión del resultado, una sanción para el futuro del jugador. La decisión del árbitro de conceder el gol es válida desde el punto de vista de las reglas del fútbol, y la falta con la mano del jugador ha sido válidamente apreciada por el árbitro.

Conocer las razones que llevaron al árbitro a validar el gol es imposible: ni las razones oficiales, que no tiene que darlas, ni las razones reales, para las que sería necesario acceder a métodos de investigación psicológica que se nos escapan. ¿Quizá no vio la mano?, ¿tal vez juzgó que era involuntaria y que no debía por tanto ser sancionada?, ¿posiblemente consideró que era justo no sancionar esa transgresión para compensar un acto previo que él mismo no sancionó con un penalti, debido a una falta cometida por un jugador irlandés sobre un jugador francés minutos antes?, ¿o quién sabe si estaría cansado o parcializado? Nadie lo sabe ni lo sabrá jamás, lo cual es, sin duda, poco importante ya que no se derivaría de ello la validez de su decisión. Todas las decisiones del árbitro, según las reglas del fútbol, son por definición válidas, pero esta validez está evidentemente limitada a los efectos que las reglas del fútbol le otorgan.

57

Hablar de un error de arbitraje, en consecuencia, conlleva plantear una perspectiva moral sobre aquello que hace el árbitro. Una perspectiva moral que, además, está lejos de ser unánime (por lo menos en el caso de Thierry Henry, en resumidas cuentas, el árbitro ha sido poco criticado). Así lo sugiere el filósofo francés Michel Serres (a propósito de los árbitros de rugby, criticados públicamente por el internacional francés Sébastien Chabal, lo que se ha considerado por la Federación Francesa de Rugby como una falta disciplinaria que justifica varios meses de suspensión del jugador): “El árbitro se equivoca en todo momento pero es necesario para el juego. Y evidentemente a partir de tal hecho es indispensable, incluso si se equivoca.⁸”

Ciertamente, esta cuestión no hace más que graficar un problema mayor que reside en la aplicación de las reglas de un sistema normativo por las autoridades que las reglas de tal sistema instituyen para este fin. Por supuesto, se podría sostener que las reglas del fútbol son en cierta medida insuficientes ya que no obligan a dar razones para una decisión y no permiten volver sobre la adoptada; sin embargo, ese argumento no resulta decisivo. La exigencia de dar razones no obliga a proporcionar las que resultan verdaderas (razones verdaderas o razones legítimas). Incluso, si fuese posible volver sobre una decisión después de un partido (apelación), o durante éste (vídeo arbitral), habrá siempre un momento en que la decisión será soberana; es decir, que no se podrá volver sobre ella, pese a que algunos lo deseen. Sin este proceder jamás se lograría una decisión. La existencia de una apelación complejiza el mecanismo de la decisión, y puede conllevar el beneficio de la pluralidad de exámenes y miradas, pero no garantiza que éstas sean

⁶ La traducción al español aparece en *El País* (2010) (Nota del traductor).

⁷ Ídem. (Nota del traductor).

⁸ Entrevista en el diario *Midi Olympique* (2011).

diferentes (ya que pueden proceder también de una interpretación de los hechos, o ser a su vez parciales, especialmente). Por otra parte, la admisión de esta mirada verificadora plantea serios problemas; está claro que todos los jugadores adaptan las estrategias en función de la realidad en el terreno. Un equipo que controla el marcador no juega de la misma forma que un equipo que lo tiene en contra. Reescribir el partido una vez que ha terminado, para validar o invalidar goles, no se circunscribe a la mejora del respeto de las reglas sino que transforma el propio juego. Habría que jugar como si se ignorase todo el tiempo el marcador, al no ser éste definitivo. Quizá este nuevo juego resultaría más interesante, pero no se trataría de fútbol.

En los hechos, el tipo de problemas que pone en evidencia la mano de Thierry Henry es bastante frecuente en el fútbol, y respuestas como la del árbitro también. La “mano de dios” permitió a Argentina eliminar a Inglaterra en la Copa del Mundo, acceder a la final y ganar el título, y saldar quizás también problemas que van más allá de lo futbolístico; es cierto también que el segundo gol de Maradona en dicho encuentro, denominado el “gol del siglo”, pudo inducir a los aficionados del juego bonito a no juzgar con demasiada severidad la falta con la mano que ensombrecía el primero. Leo Messi llevó al extremo la imitación de Maradona cometiendo la misma falta en un partido Barça-Espanyol en 2007; algo que Sergio Agüero había hecho algunos meses antes con el *Atlético de Madrid*. Virtualmente, el mismo tipo de problemas pueden encontrarse también en el Derecho: las reglas no son respetadas y las autoridades no sancionan necesariamente las infracciones, con las consecuencias que de ello se derivan.

La mano de Thierry Henry ha dado lugar a innumerables reacciones y comentarios, entre las que no han faltado las provenientes de las altas autoridades de las repúblicas francesa e irlandesa. El sentimiento mayoritario en los dos países fue que Henry hizo trampa, y la clasificación de Francia constituía un robo y era injusta. Un lenguaje que muestra bien un juicio moral. Comparto ese juicio, siendo consciente que tal juicio sólo expresa mi reacción emotiva con relación a aquello que me gustaría que fuese el fútbol. El mismo Thierry Henry, después del partido, reconoció haber cometido una falta y consideraba equitativo que el partido volviera a jugarse: “Naturalmente estoy incómodo con la manera en que ganamos y lo siento muchísimo por los irlandeses, que merecían ir a Sudáfrica⁹”. No obstante, ninguno de esos juicios conlleva efectos, como la FIFA lo ha reconocido acerca del resultado. La validez de la decisión no depende de su carácter justo o injusto, sino simplemente de su efectividad, y es efectiva porque el sistema de reglas hace que produzca efectos. ¿Qué debía hacer Thierry Henry para comportarse moralmente? Sin duda -según aquellos que sostienen tal juicio sobre su acción- que confiese la falta espontáneamente, que pare de jugar una vez que la mano fue cometida sin hacer pase alguno, que entregue el balón al adversario o que lo ponga fuera del terreno de juego, o, finalmente, que señale su propia mano al árbitro antes que éste ordene la reanudación del encuentro tras haber indicado que validaba el gol. Aún así, hubiese sido necesario que el árbitro, ante tal situación, le atendiese y no considerase que la falta con la mano hubiese sido involuntaria. Sin embargo, ese comportamiento no es hipotético. En 2005, en un partido Roma-Messine, Daniele De Rossi marcó con la mano un gol que el árbitro dio por válido. De Rossi había reconocido su falta antes que el colegiado ordenase la reanudación del juego, ciertamente quizás bajo la presión de las protestas de los jugadores de Messine, y la decisión fue revocada invalidándose el gol. Puede fantasearse, en este punto, que el fútbol sea practicado exclusivamente por deportistas que tengan como exigencia

⁹ La traducción al español aparece en RFI español (2009) (Nota del traductor).

un comportamiento moral, de otro lado, si ese fuese el caso, es probable que no hubiese necesidad de un árbitro, ni de un sistema normativo dinámico.

c) La falta con la mano de Luis Suárez y la acertada actuación arbitral

El partido disputado entre Ghana y Uruguay, el 2 de julio de 2010, durante los cuartos de final de la Copa del Mundo de Sudáfrica es uno de los encuentros más interesantes de los últimos años, tanto por la intensidad del juego -y un ambiente increíble- como por el problema planteado por la falta con la mano cometida por Luis Suárez, que resultaría decisiva para el resultado final. Los ghaneses, en el primer periodo, marcaron un tanto y los uruguayos igualaron en el segundo.

Tratándose de un partido eliminatorio, era indispensable que saliese un vencedor, jugándose en consecuencia el tiempo suplementario en el que no hubo goles pese a una mayor presión de los ghaneses. Los africanos iban al ataque y en el minuto 120, segundos finales del último tiempo suplementario, el futbolista ghanés Dominic Adiyiah golpea con la cabeza el balón que va en dirección de gol cuando el guardameta de la celeste, Muslera, no podía detenerlo. Luis Suárez, atacante uruguayo, en posición de último defensor sobre la línea de meta, hace uso de ambas manos impidiendo que la pelota penetre en la portería.

La falta es evidente para todo el mundo, y el árbitro adopta dos decisiones previstas en el reglamento del fútbol: 1) Suárez ha evitado una ocasión de gol manifiesta al tocar deliberadamente el balón con la mano, una acción a la que corresponde la expulsión dispuesta contra Suárez, y 2) La falta cometida en el área de meta es retribuida con un penalti concedido a favor de los ghaneses. Por el contrario, y siempre conforme con las leyes del fútbol, el árbitro no pita el gol puesto que el balón no ha ingresado en redes uruguayas.

Los uruguayos no objetan ninguna de las decisiones y Suárez deja el terreno entre lágrimas; sin embargo, Asamoah Gyan, que dispara el penalti para Ghana, no logra anotar el gol y el balón es rechazado por el travesaño. Final del tiempo de juego, los ghaneses han desperdiciado la ocasión de ir a las semifinales y es necesario proceder, para el desempate, a una serie de cinco tiros al arco. Los uruguayos convierten 4, los ghaneses 2, y son los uruguayos los que prosiguen en la competición (serán eliminados en las semifinales por Holanda).

Indudablemente, resulta imposible conocer, una vez más, las razones que llevaron a Suárez a utilizar la mano: ¿Fue por un reflejo o por cálculo? Sin duda, es también imposible saber por qué Gyan dio con su disparo en el travesaño: ¿Fue resultado de una sobreactivación y una falta de concentración ante un final de partido inédito, o puro azar, esa pretendida incertidumbre gloriosa del deporte?; sin embargo, puede suponerse que tal encadenamiento de circunstancias pudo tener efectos sobre la concentración y confianza de los cinco jugadores de los equipos que participaron en la serie de disparos al arco: los ghaneses dudando y repitiendo su ocasión perdida, los uruguayos, bastante afortunados, sintiéndose más confiados.

Lo que parece difícil de contestar, especialmente, incluso, por quienes piensan que las reglas en general, y las del fútbol en particular, preexisten a su empleo por el juez o el árbitro, es que este último adoptó la decisión adecuada según el reglamento para sancionar la mano de Suárez: apreció que la mano era intencional (deliberada), y no se detuvo a pensar si era un reflejo, para extraer todas

las consecuencias compatibles con las reglas del juego en beneficio del equipo que tuvo la ocasión del gol evitado por la mano de Suárez.

De ese modo, a diferencia de la mano de Webb Ellis, no existe ninguna intención en el gesto de Luis Suárez de despreciar las reglas del fútbol; y, a diferencia de la mano de Thierry Henry, nadie puede sostener la existencia de un error arbitral por no haberse sancionado según las reglas. Estamos ante un caso típico donde las reglas funcionaron de la forma prevista según el sistema: ellas producen exactamente los efectos que enuncian. Un caso que debería hallarse con frecuencia en todo sistema normativo donde una autoridad del sistema sanciona el comportamiento de un actor de la manera prevista por las propias reglas del sistema. Incluso los más formalistas no deberían tener razones para quejarse.

Evidentemente, las circunstancias del partido eran especiales. Aparece con claridad que Suárez fue expulsado de un encuentro cuando quedaban apenas unos segundos de juego, que no proseguirá incluso luego de que el penalti de Gyan fuese lanzado. La sanción puede parecer ineficaz al no afectar a la *celeste* en este partido eliminatorio para obtener la clasificación, privando solamente al equipo uruguayo de la posibilidad de hacer participar a Suárez en la serie de penaltis tras el final del encuentro, algo incomparable con la ventaja que obtiene un equipo tras la expulsión, en medio del partido, de un adversario. Sin embargo, la sanción no es más que la consecuencia de la falta que irrumpió en el último minuto del partido. A todas luces, los ghaneses no han convertido un penalti cuando, restando apenas algunos segundos de juego, resultaba decisivo y les hubiese dado la victoria; pero, por otra parte, nadie ha objetado que dicho penalti fuese disparado correctamente y que el tirador ghanés fuese incapaz de hacer ingresar el balón en el pórtico.

Las reacciones al terminar el encuentro fueron, en general, muy severas en relación con la clasificación de Uruguay y la mano de Luis Suárez. La comparación con la mano de Thierry Henry fue a menudo planteada, concluyéndose que se trataba en los dos casos de un mal gesto, de un ardid idéntico, conducente al robo del resultado. Más aún, las expresiones de gozo de Suárez después que Gyan fallase el penalti, y luego, tras la calificación de Uruguay, fueron vistas como contrarias al espíritu del juego, mientras Thierry Henry habría tenido la elegancia de reconocer su falta y pedir excusas por el resultado. Además, muchos son los que han considerado que la sanción (expulsión y penalti) fue demasiado leve, ya que se reconocía que sin dicha falta con la mano, Ghana hubiera anotado y se hubiese clasificado, mientras que debido a la falta, la selección de Ghana no marcó y fue eliminada. La sanción no reparaba el perjuicio.

Hay al menos dos diferencias, que no son mínimas, entre la mano de Thierry Henry y la de Luis Suárez. La primera se debe a que la mano de Henry no fue sancionada de conformidad con los enunciados válidos del fútbol; incluso si no considero que tales enunciados sean normas, y si pienso que sólo son normas en función de su aplicación efectiva por los árbitros, más aún, incluso si estimo que lo que se denomina error de arbitraje simplemente constituye los efectos válidos de lo que el sistema pone en marcha (lo que decía Serres en cierta manera), puedo comprender que, desde otro punto de vista, se hable de error de arbitraje. La mano de Luis Suárez fue sancionada, en lo que le respecta, de conformidad con los enunciados válidos del fútbol y no veo aquí ninguna aproximación que permita hablar de error arbitral. La segunda se debe a que si Thierry Henry hubiese tenido un comportamiento moral; es decir, ajustado al *fair play*, al espíritu del juego, se hubiese comportado quizás como lo hizo De Rossi, señalando su falta al árbitro antes de que el juego se reanudase; reconocer su falta y pedir excusas una vez que se sabía que las consecuencias favorables de la misma se habían alcanzado y no

podían ser cuestionadas, no me parece necesariamente moral, si entendemos por moral el *fair play* y el espíritu de juego. De otro lado, si Suárez mostró su júbilo al ver que la falta cometida y por la que su equipo fue sancionado no estaba sujeta, atendiendo a las circunstancias del encuentro, a consecuencias desfavorables, ¿resulta eso inmoral? Si se aplican los mismos criterios usados para Henry, es decir, contribuir al *fair play* y respetar el espíritu del juego consiste en procurar no sacar ventaja de la comisión de una falta que no fue sancionada, por ejemplo, al reconocerla espontáneamente, evidentemente, Suárez no cae bajo ese supuesto ya que justamente su falta fue sancionada; luego, si Uruguay sacó ventaja de la falta cometida, no fue porque ésta se le hubiese escapado al árbitro, sino porque constituye la sanción de la falta según las reglas del juego y las circunstancias del partido, es decir, en función de lo que precisamente es el juego cuyo espíritu pretende ser salvaguardado. Tampoco veo allí por qué el júbilo manifestado por Suárez resulta inmoral. Pero, incluso si ese fuese el caso, no es lo que hace Suárez en el partido (una falta contra las reglas del juego) lo que resulta inmoral, sino el hecho (luego del partido, consecuentemente sin relación con los hechos a los cuales las reglas del juego se aplican) de regocijarse de ello. En tal caso, lo que debería ser considerado moral resulta no solo del hecho de no escapar de las consecuencias de su falta, sino, sobre todo, del hecho de no cometerlas. Una exigencia moral que es quizás difícilmente compatible con toda forma de vida colectiva. Y ciertamente también con la noción de juego. Lo que sería paradójico al tratarse de un supuesto espíritu del juego.

He declarado no saber lo que animó el actuar de Suárez. Es muy probable que se haya tratado de un simple reflejo, lo que excluye, evidentemente, considerar la moralidad o inmoralidad de éste. Admitamos la interpretación más severa, que se trata de un cálculo que le hace comprender que utilizar la mano en ese momento es el único medio para impedir la eliminación inmediata de su equipo (al evitar el gol, que sin la mano estaría irremediablemente marcado cuando no quedaba más tiempo para el juego), arriesgar una eliminación indirecta si el penalti es transformado, pero dejar una oportunidad para que el adversario falle su disparo o el portero uruguayo ataje el tiro, y luego, finalmente, atreverse a ganar el partido si tras la falta con la mano y el penalti fallado, los tiradores uruguayos tienen más éxito que los tiradores ghaneses. En suma, un cálculo que parte de una hipótesis racional: no utilizar la mano es la eliminación segura, utilizarla es la única posibilidad de ganar el partido. Un cálculo que, por supuesto, no se aleja de los que condujeron a economistas como Gary Becker a desarrollar el Análisis económico del Derecho. Antes que Becker, numerosos filósofos y teóricos del Derecho pusieron en evidencia este punto, sin compartir necesariamente los presupuestos del Análisis económico del Derecho. Becker sugiere que esas formas de cálculo se le ocurrieron al participar en una entrevista de trabajo en la Universidad de Chicago, cuando debía elegir entre aparcar su coche en un estacionamiento regular, alejado de la universidad, con el riesgo de llegar tarde y no poder participar de la entrevista, o estacionarlo de manera ilegal frente al inmueble donde ésta se desarrollaría y así participar en la cita llegando puntual. No sé si Gary Becker buscó espontáneamente un policía antes o después de la entrevista para mencionar su falta y pagar la multa, lo que hubiese convertido probablemente su comportamiento en moral, según algunos; pero sé que tomó una decisión a partir de un análisis de la situación, teniendo en cuenta el punto de vista normativo, así como otros puntos de vista, para establecer que, en atención de sus intereses, era más conveniente arriesgarse a pagar una multa y ser profesor en la Universidad de Chicago, y más tarde Nobel de Economía, que arriesgarse a no conseguir el puesto al procurar no transgredir la ley.

6. A modo de conclusión

Las faltas de Suárez o Gary Becker son de las más interesantes. No constituyen ni un desprecio del sistema normativo, como la falta de Webb Ellis, ni imperfecciones de tal sistema en el empleo de las reglas que establece debido a la discrecionalidad del árbitro, como habría ocurrido, según algunos, con la mano de Thierry Henry. Son faltas para el sistema normativo y son sancionadas por éste; pero esas normas que sancionan son recursos o exigencias para los actores. Es a partir de ellas que pueden elaborarse estrategias por aquellas o aquellos cuyos comportamientos estén regulados por dichas normas.

Michel Troper (2006) apunta al respecto, a propósito del análisis de las constituciones: “sería absurdo pretender que una constitución no ejerza influencia alguna en los comportamientos, no obstante, no debe confundirse la naturaleza de esta influencia que no proviene de la obediencia a los principios y las reglas que hay en ella sino de estrategias que incita a adoptar. Cada una de las autoridades que instituye y habilita a adoptar cierto tipo de decisiones, debe prever los comportamientos de los demás y elegir, en consecuencia, el contenido de sus acciones. Es la constitución, al distribuir las competencias, la que determina las estrategias y así el estilo de la acción política” (Troper, 2006: 17).

Puede sostenerse una perspectiva moral acerca de una acción o una decisión que evalúa una acción (un juicio), a condición, por supuesto, de disponer de normas morales. Pero es probable que esa acción y su evaluación no se hallen totalmente desligadas de una cierta consideración hacia los sistemas normativos eficaces que les atañen efectivamente: las reglas del juego para el caso del fútbol o un determinado ordenamiento jurídico, de manera más general. Invocar el espíritu del juego (o el espíritu de la constitución, o el espíritu de justicia) supondría la existencia de un espíritu de tal juego, de tal constitución o de aquello que es justo, diferente de lo que las reglas de ese juego, de la constitución o del Derecho, establecen. Una hipótesis *apriorística* que hace recaer la carga de su demostración de veracidad sobre quienes la sostienen. De otro lado, parece muy probable que las acciones que atañen efectivamente a un sistema normativo eficaz resultan, al menos para el análisis racional, de la configuración de ese sistema, por los actores, recursos y exigencias, que el mismo establece; de modo que, en cualquier circunstancia, sostener una perspectiva moral acerca de una acción o una decisión que evalúa una acción que atañe efectivamente a un sistema normativo eficaz, conlleva sostener tal perspectiva moral sobre dicho sistema normativo y la configuración que produce: Ni Webb Ellis, ni Thierry Henry, ni Luis Suárez habrían cometido falta si éstas no estuviesen en relación con las reglas del juego. Afirmar que esas acciones o esos juicios plantean un problema moral, no es sino un enjuiciamiento moral dirigido al propio sistema de reglas del juego de fútbol. De otro lado, si ese enjuiciamiento moral se asienta en el espíritu del juego de fútbol, éste no tendría consistencia pues no existe un espíritu del juego de fútbol fuera de las reglas de este juego creado por ellas, ya que simplemente no puede haber algo que llamemos fútbol sin tales reglas.

Bibliografía

DELGADO, L.F. (1983), “Alberto Picó: El amateurismo rígido del rugby”, ABC, 3 de febrero de 1983, p. 65. Disponible en línea: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1983/02/03/065.html>, Revisado el 9 de diciembre de 2011.

EL PAÍS (2010), “La FIFA indulta la mano de Thierry Henry ante Irlanda. El Comité Disciplinario no encuentra infracciones graves que requieran una sanción en la

- actitud del francés", 18/1/2010. Disponible en línea: http://www.elpais.com/articulo/deportes/FIFA/indulta/mano/Thierry/Henry/Irlanda/elpepudep/20100118elpepudep_5/Tes. Revisado el 10 de diciembre de 2011.
- HART, H.L.A. (1994), *The concept of Law*, Clarendon, Oxford.
- HART, H.L.A. (2007), *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- MARYLEBONE CRICKET CLUB (2011), *The Laws of Cricket (2000 Code, 4th Edition, 2010)*, Official, Cricket España. Disponible en línea: <http://www.lords.org/data/files/laws-of-cricket-spanish-10658.pdf>. Revisado el 11 de diciembre de 2011.
- RFI ESPAÑOL (2009), "¿Irlanda/Francia de nuevo?", 20/11/2009. Disponible en línea: http://www.rfi.fr/actues/articles/119/article_13621.asp. Revisado el 14 de diciembre de 2011.
- ROSS, A. (1959), *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley.
- ROSS, A. (2005), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- TROPER, M. (2006), *Terminer la Révolution*, Fayard, París.



El marco jurídico de la desmovilización militar en Colombia

Rodrigo Uprimny

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad "DeJusticia"

ruprimny@yahoo.com

Resumen

El trabajo revisa el difícil proceso de elaboración e implementación de la Ley 975 de 2005 - conocida como la Ley de Justicia y Paz- y otras medidas legales concomitantes que tienen por objeto facilitar la desmovilización de los grupos paramilitares colombianos. La LJP aunque *de iure* afirmaba un principio de responsabilidad, ha podido establecer *de facto* medidas que consagran la impunidad de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos. Estas medidas han sido rechazadas por la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de dicho país y son objeto de análisis por el autor.

Palabras clave

Caso colombiano, Ley de Justicia y Paz, justicia transicional, grupos paramilitares, impunidad.

64

The legal framework of demobilization in Colombia

Abstract

This paper focuses on the hard process of elaboration and implementation of Law 975/2005, best known as Justice and Peace Law (LJP) and others concomitant laws that aim to make possible the demobilization of Colombian paramilitary forces. The LJP although *de iure* held a principle of responsibility, actually could have established *de facto* some measures that include unjust benefits to consecrate impunity for crimes under international law and other human rights abuses. These measures have been refused by the Colombian Constitutional Court, the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Court of Justice which are analyzed by the author.

Keywords

Colombian case, Justice and Peace Law, transitional justice, paramilitary forces, impunity.

Uno de los temas más debatidos sobre la negociación que realizó el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) con los grupos paramilitares ha sido el relativo al marco jurídico del proceso, que se concretó en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz (LJP). Esta normatividad otorgó importantes beneficios punitivos a aquellos paramilitares que se desmovilizaran y cumplieran con ciertas exigencias, como la confesión de sus delitos y la entrega de bienes para la reparación de las víctimas, puesto que establece que esas personas recibirían una pena alternativa de cinco a ocho años de prisión, aun cuando hubieran cometido masivamente crímenes atroces, como torturas, asesinatos, masacres, desapariciones forzadas, secuestros o violencias sexuales, en vez de recibir las penas ordinarias de hasta 40 años previstas por la legislación penal ordinaria. Algunos analistas que fueron cercanos al Gobierno Uribe, como el Presidente de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación (CNRR), Eduardo Pizarro, calificaron esa ley como una regulación que era un modelo en el mundo, pues sería la primera vez que se habría logrado avanzar en un proceso de paz sin consagrar la impunidad de los victimarios¹. Otros sectores, por el contrario, consideran que esa ley constituyó realmente un inaceptable mecanismo de impunidad, semejante a las leyes de amnistía del Cono Sur de los años ochenta del siglo pasado, ya que aunque adoptó el discurso de los derechos humanos, es en realidad un proceso de simulación, pues en el fondo persigue una impunidad encubierta (Valencia Villa, 2005: 9; Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2006: 4). Finalmente, en una suerte de posición intermedia, otros estudios han insistido en la ambigüedad de esa regulación y argumentan que en abstracto, y en sus principios, la LJP no es de *iure* una ley de impunidad, pues prevé una cierta dosis de castigo para los crímenes atroces cometidos por los paramilitares, pero podría tornarse en un dispositivo de impunidad de facto, debido a las limitaciones de sus mecanismos de implementación (Uprimny y Saffon, 2006a; Gómez Isa, 2008).

65

Este artículo, que es una actualización de un trabajo previo del autor (Uprimny, 2011), pretende entonces analizar el contenido y alcance de la regulación jurídica establecida por el Estado colombiano para la desmovilización de los grupos paramilitares, con el fin de evaluar su sentido jurídico y político. Este ejercicio puede ser útil no sólo para aquellos interesados en comprender específicamente la dinámica del peculiar proceso de “justicia transicional sin transición” (Uprimny, 2006; Sanchez y Uprimny, 2011) que ha vivido Colombia, sino también por las posibles enseñanzas que pueda tener, en perspectiva comparada, este caso, no sólo a nivel jurídico sino también sociológico.

Para realizar ese balance, conviene tener en cuenta que en realidad puede hablarse metafóricamente de la existencia de varias LJP, pues este marco jurídico ha evolucionado en forma significativa. Es evidente que hubo un cambio muy importante entre la regulación propuesta inicialmente por el Gobierno en 2003 y aquella que finalmente se consolidó como el marco jurídico del proceso de desmovilización, luego de que la Corte Constitucional (CC) revisara la constitucionalidad de la LJP y modificara elementos importantes de su alcance en 2006. Esta situación explica la estructura de este artículo: el texto tiene una larga parte descriptiva en donde presento los distintos momentos de la evolución de la regulación jurídica de la desmovilización de los grupos paramilitares, desde la propuesta gubernamental inicial en 2003 hasta los avatares del proceso de implementación al momento de actualización del texto en diciembre de 2011. Luego

¹ Según Eduardo Pizarro, esa bondad de la ley habría sido reconocida por Luis Moreno Ocampo, el entonces Fiscal General de la Corte Penal Internacional, pues sería la primera normatividad en buscar la paz a través de la aplicación de justicia. Pizarro cita con frecuencia este comentario tanto en conferencias públicas como en artículos de periódico. Ver, por ejemplo, Pizarro (2006).

de esa parte descriptiva, intento una interpretación tanto sociológica como jurídica de dicha dinámica.

1. La ley del gobierno: el proyecto de alternatividad penal de 2003

Contrariamente a lo que a veces se piensa, la LJP, tal y como fue aprobada por el Congreso (Ley 975), no era el marco jurídico previsto por el gobierno para la negociación con los grupos paramilitares. En las primeras etapas del proceso, el gobierno y los propios grupos paramilitares se opusieron a cualquier aplicación de la justicia penal. Así, algunos líderes paramilitares, como Don Berna o Salvatore Mancuso, dijeron enfáticamente que no pasarían ni un día en la cárcel.² Por su parte, el gobierno defendió la importancia de la paz y la reconciliación, invocando el paradigma de la justicia restaurativa –defendido, entre muchos otros, por Desmond Tutu en la transición sudafricana- como el marco conceptual más adecuado para las negociaciones con los paramilitares. Como resultado, el primer proyecto de ley, titulado *Ley de Alternatividad Penal*, propuesto por el gobierno al Congreso en el año 2003, implicaba en la práctica la concesión de una especie de indulto general a todos los actores armados que aceptaran desmovilizarse, ya que se basaba en ideas provenientes de la justicia restaurativa, según las cuales el castigo penal tiende a ser una forma encubierta de venganza y puede convertirse en un obstáculo para lograr la reconciliación. En la exposición de motivos, el Gobierno explicó ese sentido general de la ley en los siguientes términos:

La propuesta legislativa se orienta hacia una concepción restaurativa que supera la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Es importante tener en cuenta que al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza. Ante la evidencia de que la pena privativa de la libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en muchas ocasiones en su cometido de lograr la resocialización de los delincuentes, el derecho penal contemporáneo ha avanzado en el tema de las sanciones alternativas³.

66

Para comprender el alcance de este proyecto y de la propia LJP, resulta indispensable recordar que en 2002, el Gobierno ya había hecho aprobar por el Congreso la Ley 782 de 2002⁴, que fue reglamentada por el decreto 128 de enero de 2003. Esta normatividad permitía abrir negociaciones con los paramilitares y que el Gobierno otorgara indulto a los miembros de aquellos grupos que no fueran responsables de crímenes atroces. Esto significa que el delito de hacer parte de una organización paramilitar sería indultado; el problema era entonces el siguiente: ¿qué

² Declaración de Salvatore Mancuso, líder y vocero paramilitar del momento, en una audiencia en el Congreso. Ver “Vinieron, hablaron y se fueron. Armando Neira relata en exclusiva para SEMANA.COM los detalles de la polémica visita de los paramilitares al Congreso”, *Semana.com*, julio 29 de 2005.

³ Ver Gaceta del Congreso No. 436 de 2003.

⁴ Esta ley 782 modificó las reglas para la negociación con organizaciones armadas ilegales previstas en normas anteriores (Leyes 418 y 548) y en particular eliminó el requisito según el cual el gobierno debía reconocer “carácter político” a esas organizaciones para poder llegar con ellas a un acuerdo de desmovilización. Esa reforma fue entendida como una luz verde al proceso con los paramilitares, pues el sentido común en ese momento, tanto en la opinión pública como en la comunidad jurídica, era que las organizaciones armadas ilegales con naturaleza claramente política eran las guerrilleras, pero que ese carácter no era claro en los paramilitares, por no tratarse de grupos que combatieran al Estado sino que pretendían ayudarlo en su lucha contrainsurgente. Ver infra 4 para un desarrollo de este punto. Para una consulta directa de las leyes en Colombia desde 1990, ver <http://www.secretariasenado.gov.co/>

se debía hacer con aquellos paramilitares responsables de crímenes de guerra o de lesa humanidad, que no podían ser simplemente indultados, debido a la atrocidad de sus crímenes y la prohibición jurídica de otorgar amnistías generales frente a esos delitos?

El mecanismo esencial de la propuesta gubernamental para esos casos era que el paramilitar que hubiera sido condenado por esos crímenes o que los confesara, recibiría formalmente la pena ordinaria prevista por el Código Penal, que era usualmente de aproximadamente 40 años; pero que los jueces estaban obligados a otorgar la suspensión condicional de esa pena para los miembros de los grupos armados ilegales cuando existiera un compromiso con la paz. Esta suspensión se volvía definitiva después de un cierto tiempo. Así, según el artículo 2 del proyecto, el juez debía conceder la suspensión condicional de la pena que deberían recibir los paramilitares si el presidente así lo solicitaba y si el desmovilizado cumplía con una serie de requisitos, que no eran particularmente exigentes. La suspensión condicional de la pena también aplicaba en casos de desmovilizaciones individuales y se concedía por un periodo de prueba de uno a cinco años. Luego de ese plazo, el juez debía conceder ese beneficio de forma definitiva, si el condenado había cumplido con los requisitos y compromisos adquiridos, tales y como no delinquir nuevamente, informar su residencia, no salir del país, comparecer personalmente ante las autoridades y haber “ejecutado actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz”, pero sin que el proyecto especificara en qué consistían tales actos. Luego de un máximo de cinco años, el condenado beneficiado con la suspensión condicional quedaba entonces en libertad plena. Por el contrario, si durante el periodo de prueba, el condenado delinquía o incumplía sus obligaciones, la suspensión condicional de la ejecución de la pena podía terminar y el desmovilizado podía ser enviado a prisión.

67

Este proyecto no preveía entonces, realmente, ninguna sanción privativa de la libertad para el paramilitar que se desmovilizara, a pesar de que éste fuera responsable de masacres, violaciones, desapariciones o asesinatos. Bastaba que el paramilitar se portara bien luego de la desmovilización para que lograra la libertad, aunque hubiera cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad. Y esa posibilidad se aplicaba a todos los paramilitares, incluidos los máximos responsables de los crímenes más atroces. Este proyecto de alternatividad penal, que parecía recoger las aspiraciones de los jefes paramilitares de no pasar siquiera un día en la cárcel, reducía así la justicia transicional a una forma muy débil de justicia restaurativa (Uprimny y Saffon, 2006b).

Este proyecto de alternatividad fue duramente criticado por diferentes sectores, particularmente por las organizaciones de derechos humanos tanto nacionales como internacionales, las organizaciones de víctimas y algunos grupos políticos. Según estas críticas, el proyecto era en realidad una ley de impunidad, ya que se aplicaba a los integrantes de grupos armados que hubieran cometido infracciones graves del derecho internacional humanitario y violaciones protuberantes de los derechos humanos, y no condicionaba los beneficios que concedía a la efectiva satisfacción de los derechos de las víctimas. Los críticos argumentaron que el proyecto, además de ser éticamente injusto, era también jurídicamente inviable, pues violentaba los derechos de las víctimas que habían sido claramente reconocidos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a nivel internacional como por la CC en el plano interno. Igualmente señalaban que la impunidad de esos delitos obligaría a la intervención de la Corte

Penal Internacional⁵ o de jueces de otros países, en virtud del principio de jurisdicción universal, pues se trataba de crímenes internacionales que no podían quedar en la impunidad, por lo que si Colombia no los sancionaba, otros jueces o la Corte Penal Internacional tendrían que hacerlo.

Como consecuencia de esos duros ataques, el gobierno retiró el proyecto y abandonó su pretensión inicial de aplicar esa forma débil de justicia restaurativa a los paramilitares responsables de crímenes atroces; presentó entonces un nuevo proyecto de ley, el cual se convertiría, después de un complejo trámite en el Congreso, en la ley 975 de 2005, más conocida como la LJP.

2. La ley del Congreso: la aprobación de la ley 975 de 2005 o LJP

El nuevo proyecto de ley implicó un cambio importante en el discurso del gobierno, que pasó del rechazo absoluto del castigo penal y del silencio sobre los derechos de las víctimas, a la admisión de la importancia de lograr un equilibrio entre las necesidades de paz y las exigencias de justicia. Esta modificación se tradujo en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, en la previsión de un castigo criminal –aunque indulgente- para los actores desmovilizados que hubieran cometido atrocidades, y en la exigencia de ciertos deberes en relación con la verdad y la reparación de las víctimas.

El mecanismo esencial del proyecto, que fue impulsado por congresistas cercanos al gobierno⁶, era el siguiente: los paramilitares, presuntamente responsables de crímenes atroces, y que entonces no podrían beneficiarse del indulto previsto por la Ley 782 y el Decreto 128, debían realizar una confesión o versión libre indicando los delitos que habían realizado; la Fiscalía procedería entonces a verificar en un tiempo corto la veracidad de la confesión y la posible participación de ese paramilitar en otros crímenes y le formularía unos cargos; si el paramilitar aceptaba esos cargos y cumplía otros requisitos, el juez debía entonces otorgarle el beneficio de una pena alternativa benigna: máximo ocho y mínimo cinco años, sin importar la cantidad y gravedad de sus crímenes.

Este proyecto, si bien reconocía en abstracto los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y preveía una cierta dosis de castigo para los responsables de crímenes atroces, fue también criticado por las organizaciones de víctimas y de derechos humanos, tanto nacionales, como la Comisión Colombiana de Juristas, como internacionales, como Human Rights Watch (HRW, 2005), por instituciones internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)⁷ o la Oficina en Bogotá del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH)⁸, y

⁵ Colombia ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 5 de agosto de 2002, aunque introdujo una declaración según la cual no aceptaba, por el período de 7 años previsto por dicho estatuto, su competencia frente a crímenes de guerra. La Corte es entonces competente desde agosto de 2002 para conocer de casos de genocidio y de crímenes de lesa humanidad en Colombia; y a partir de agosto de 2009 adquiere competencia también para conocer de crímenes de guerra.

⁶ Este proyecto fue promovido, al interior del Congreso, por los Congresistas Mario Uribe, Claudia Blum, José Renán Trujillo, Luis Humberto Gómez, Ciro Ramírez, Germán Vargas, Roberto Camacho, Armando Benedetti, José Luis Arcila, Óscar Arboleda, Iván Díaz y Germán Varón.

⁷ La Comisión IDH emitió un comunicado crítico en el que se pronuncia frente a la LJP, el 15 de julio de 2005. Disponible en línea: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2005/26.05.htm>. Revisado el 11 de diciembre de 2012.

⁸ La OACNUDH declaró el 4 de enero de 2006 que la LJP no amparaba adecuadamente los derechos de las víctimas. Disponible en línea en: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2006/comunicados2006.php3?cod=1&cat=64>. Revisado el 11 de diciembre de 2012.

por ciertos sectores políticos, por cuanto establecía requisitos poco exigentes para otorgar el generoso beneficio de la pena alternativa. Por ejemplo, en relación con la verdad, el proyecto exigía que los desmovilizados confesaran los crímenes en los que habían participado, pero no establecía la pérdida de los beneficios penales en caso de confesiones falsas o incompletas. Esto significaba que si con posterioridad a la versión libre, la Fiscalía determinaba que el desmovilizado había participado en uno o varios crímenes cuya comisión no había confesado, éste tenía la posibilidad de allanarse en los cargos y de recibir así, nuevamente, los beneficios de la ley, que adicionalmente serían acumulados con los beneficios que recibió con anterioridad. Y esto, cuantas veces el Estado descubriera su participación en nuevos delitos. A eso se agregaba el problema de que el proyecto preveía términos demasiado breves para que la Fiscalía investigara a los paramilitares, puesto que sólo le concedía sesenta días para verificar la veracidad de sus versiones libres o confesiones y si estaban o no involucrados en otros crímenes. En relación con la reparación, la ley sólo exigía que los desmovilizados entregaran los bienes ilegalmente obtenidos que aún poseían, permitiéndoles así conservar la mayoría de sus bienes, a través de procesos de lavado de activos, de transferencia a testaferros, o de legalización de bienes ilegales.

Debido a lo anterior, algunos congresistas propusieron un proyecto alternativo que recibió el apoyo de varias organizaciones de víctimas y de derechos humanos⁹. Este proyecto admitía también la posibilidad de una reducción significativa de la pena de los responsables de crímenes atroces que se hubieran desmovilizado, pero siempre y cuando ese beneficio sólo se concediera si el desmovilizado cumplía con condiciones más estrictas que las previstas en el proyecto gubernamental, a fin de que la disminución de la pena fuera compensada por una satisfacción real de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas. Por ejemplo, el proyecto alternativo establecía que el beneficiario debía confesar, desde la versión libre inicial, todos los crímenes en los cuales había participado y que debía reparar a sus víctimas con bienes tanto legales como ilegales; igualmente señalaba la obligación subsidiaria del Estado de reparar a las víctimas en caso de insuficiencia de bienes del desmovilizado o de imposibilidad de individualizar al victimario.

Después de múltiples debates, el Congreso aprobó en diciembre de 2005 un texto que recogía en lo esencial el proyecto presentado por el gobierno. Es la Ley 975 o LJP, la cual era un cuerpo normativo ambiguo pues si bien usaba, a nivel de los principios, un lenguaje cercano a los derechos de las víctimas y reconocía el deber del Estado colombiano de castigar los crímenes atroces cometidos por los paramilitares, sin embargo no preveía mecanismos de implementación adecuados. La ley aprobada no contenía entonces los instrumentos necesarios para asegurar que los derechos de las víctimas allí reconocidos serían protegidos apropiadamente. La LJP fue criticada por esa razón como una forma más sutil y disfrazada de impunidad y fue cuestionada por varias organizaciones de derechos humanos ante la CC poco después de su promulgación¹⁰. Los jueces, y en especial la CC, entran entonces en la escena.

⁹ El proyecto de ley alternativo fue promovido por algunos congresistas liberales como Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera y Luis Fernando Velasco, y por los parlamentarios del Polo Democrático Carlos Gaviria y Germán.

¹⁰ La sentencia C-370 de 2006 de la CC contiene un resumen de los argumentos de las organizaciones que se oponían a la ley, y que presentaron la primera acción de inconstitucionalidad en su contra. Esta sentencia y todas las de la Corte Constitucional pueden ser consultadas en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

3. La ley de los jueces: las intervenciones de la CC, la CJS y la Corte IDH sobre la LJP

En el año 2006, la CC profirió la sentencia C-370 de 2006, la más importante de una serie de decisiones referentes a la constitucionalidad de la LJP.¹¹ En su sentencia, la CC aceptó como legítimo lo que algunos enfoques consideran que es el principio central de la justicia transicional, a saber, que es necesario y posible lograr un equilibrio entre la necesidad política de paz y el imperativo jurídico de proteger los derechos de las víctimas. Por esa razón, ese tribunal admitió la idea general de la LJP, de conformidad con la cual un castigo penal reducido podía justificarse con el fin de alcanzar la paz. No obstante, la CC estableció que una reducción tal del castigo penal debía estar acompañada de mecanismos adecuados para lograr una protección suficiente e idónea de los derechos de las víctimas, en ausencia de la cual estos derechos se veían afectados desproporcionadamente y el principio de la justicia transicional se romería.

La sentencia llegó a esa conclusión ponderando o balanceando los dos valores constitucionales en conflicto, a saber, la búsqueda de la paz y los derechos de las víctimas, con el propósito “de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”. La CC concluyó entonces que “el logro de una paz estable y duradera” por medio de negociaciones con grupos armados ilegales “puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable”. Pero que, como “la paz no lo justifica todo”, entonces era “necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas.”¹². Las limitaciones al deber del Estado de imponer castigos proporcionados por crímenes atroces en aras de la consecución de la paz eran legítimas, pero únicamente si la ley aseguraba los contenidos mínimos del derecho a la justicia y garantizaba proporcionalmente los otros derechos de las víctimas. La CC analizó entonces las disposiciones acusadas de la LJP y concluyó que varias de ellas no contenían garantías suficientes para la satisfacción de los derechos de las víctimas, y que por lo tanto violaban los estándares internacionales y constitucionales en la materia y conducían de facto a la impunidad. En consecuencia, la sentencia declaró la inconstitucionalidad de algunas de esas normas y la constitucionalidad condicionada de otras.

Así, en relación con el deber de castigo, la CC anuló la disposición que establecía que el tiempo pasado en la zona de negociaciones de paz por los paramilitares podía ser sustraído del ya de por sí muy reducido castigo que sería impuesto a los perpetradores de crímenes atroces. Según la sentencia analizada, esta disposición era inconstitucional, pues implicaba una afectación desproporcionada del derecho a la justicia de las víctimas, así como una ruptura del equilibrio entre paz y justicia propio de la justicia transicional. Igualmente, la CC recuperó la dimensión simbólica de la pena principal y, en consecuencia, declaró que era imperativo mantener en la sentencia proferida contra los desmovilizados la condena ordinaria que, de acuerdo con el Código Penal, les correspondiera por concepto de los crímenes atroces cometidos, a pesar de que efectivamente estos solo terminarían cumpliendo la pena alternativa.

¹¹ Además de la sentencia C-370 de 2006, la CC ha proferido varias sentencias sobre la constitucionalidad de la LJP: sentencias C-127 de 2006, C-319 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006, C-080 de 2007.

¹² Todos estos apartes son tomados de la sentencia C-370 de 2006, fundamentos 5.4 y 5.5.

En segundo término, en relación con el derecho a la verdad, una de las mayores limitaciones de la LJP consistía en la ausencia de la exigencia de una confesión plena y fidedigna desde la versión libre inicial de todos los crímenes cometidos por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios penales allí previstos. Sin una exigencia como esta, difícilmente podrían las víctimas y la sociedad en general conocer la verdad de lo ocurrido antes de la desmovilización de los actores armados, dada la precariedad del aparato investigativo colombiano. A esta limitación se añadía que la LJP había previsto términos demasiados cortos (de apenas 60 días) para que la Fiscalía investigara los crímenes cometidos por los desmovilizados que habían rendido versión libre. Estas limitaciones hubieran tenido sin duda graves implicaciones tanto en los derechos individuales de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido, como en el derecho colectivo de la sociedad a la reconstrucción histórica de la verdad con fines de memoria histórica.

71
 Esta afectación del derecho a la verdad en sus dos dimensiones (individual y colectiva) fue corregida significativamente por esta sentencia de la CC que usó varios dispositivos para volver obligatoria la confesión plena y fidedigna de todos los crímenes perpetrados por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios consagrados en la ley y para mantenerlos; por ejemplo, la sentencia señala que aquel desmovilizado que omitiera la autoría o participación en un crimen en la versión libre, así aceptara su responsabilidad en una época posterior, pierde el derecho a la pena alternativa. De otro lado, la CC tomó determinaciones en esa sentencia para garantizar que la Fiscalía contara con el tiempo necesario para investigar la comisión de dichos crímenes y de los demás que no sean confesados por los desmovilizados. Así, la CC precisó que la Fiscalía estaba obligada a llevar al desmovilizado ante un juez de garantías sólo después de haber elaborado y desarrollado cabalmente un programa metodológico de investigación, que no tiene un plazo determinado y que le permite entonces a esa entidad investigar a los paramilitares desmovilizados durante un plazo más amplio que el previsto en el texto originario de la LJP.

Estas decisiones de la CC fortalecieron la capacidad de que la LJP permitiera esclarecer la dinámica global del paramilitarismo pues los desmovilizados tenían un poderoso incentivo para decir toda la verdad de sus crímenes en su primera versión libre, ya que si no lo hacían, corrían el riesgo de perder el beneficio de la pena alternativa en caso de que la Fiscalía lograra mostrar que participaron en otros delitos; y como la Fiscalía contaba con un plazo más amplio para llevar a cabo una investigación autónoma, ese riesgo no parecía puramente retórico.

En tercer término, la LJP, tal y como fue aprobada por el Congreso, implicaba importantes restricciones al derecho de las víctimas a obtener una reparación integral, al no imponer al desmovilizado la obligación de confesar plena y fidedignamente los bienes de su propiedad con los cuáles habría de reparar a sus víctimas, al restringir la fuente de esta reparación a los bienes adquiridos ilícitamente y al limitar dicha reparación a los bienes que efectivamente tuviera el paramilitar al momento de iniciarse el proceso. Además, la ley definía la noción de víctima de manera demasiado restrictiva, al limitarla a las víctimas directas de un daño infligido por un miembro de un grupo armado ilegal, a los cónyuges o compañeros permanentes y a los familiares en primer grado de consanguinidad de las víctimas asesinadas o desaparecidas también por un actor armado ilegal. Esta definición restrictiva fue criticada por no incluir a las víctimas del aparato estatal y por desconocer el concepto de víctima contenido en el derecho internacional humanitario. Así mismo, limitaban el derecho a la reparación aquellas disposiciones

de la LJP que restringían la participación de las víctimas en los procesos judiciales al incidente de reparación sin permitir su intervención en otras fases del proceso.

Todas estas restricciones vulneraban seriamente el derecho a la reparación integral de las víctimas, pues lo condicionaban a la buena voluntad de los desmovilizados de entregar los bienes que a bien tuvieran para efectos de reparación, lo limitaban a quienes cupieran en la definición estrecha de víctima prevista en la ley y reducían la posibilidad de recibir la reparación a que las víctimas interpusieran un incidente de reparación para esos efectos. Nuevamente, mediante una serie de determinaciones, la citada sentencia C-370 de la CC eliminó buena parte de dichas restricciones y, al hacerlo, le concedió una mayor trascendencia a este derecho. Así, la sentencia determinó que la confesión plena y fidedigna de los crímenes cometidos implicaba también la confesión de todos los bienes en tenencia de los desmovilizados; igualmente indicó que la entrega de todos esos bienes era condición necesaria para acceder al beneficio de la pena alternativa. Así mismo, la CC estableció que el derecho a la reparación recaería sobre los bienes tanto lícitos como ilícitos de los desmovilizados colectivamente. La CC también fijó la obligación de que los miembros del grupo armado en proceso de desmovilización respondieran solidariamente por la reparación de aquellas víctimas cuyos victimarios no pudieran ser individualizados o carecieran de recursos propios para indemnizarlas. La CC extendió la noción de víctima a otros posibles afectados por los crímenes atroces cometidos por los paramilitares y garantizó un mayor acceso de las víctimas a los procesos judiciales.

La anterior descripción muestra que las sentencias de la CC modificaron en forma considerable el contenido de la LJP. En cierta medida, dichas decisiones le dieron dientes a los mecanismos previstos para garantizar los derechos de las víctimas (Uprimny y Saffon, 2006c), con lo cual se tornó un cuerpo legal no sólo más ajustado a los derechos de las víctimas sino que otorgaba a las autoridades, y en especial a la Fiscalía, herramientas jurídicamente más apropiadas para investigar y sancionar el paramilitarismo. Esta intervención de la CC no ha sido sin embargo la única participación judicial importante en la específica configuración del marco jurídico de la desmovilización de los paramilitares; otros dos tribunales han jugado igualmente un papel importante: la Corte IDH y la CSJ.

72

De un lado, después de promulgada la ley 975, e incluso con posterioridad a las principales decisiones de la Corte Constitucional, la Corte IDH decidió varios casos contra Colombia relativos a crímenes cometidos por algunos de los paramilitares que se desmovilizaron¹³. En esos casos, y en especial en la sentencia sobre la masacre de la Rochela, los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH que se pronunciara explícitamente acerca de si la Ley de Justicia y Paz se adecuaba o no a los estándares internacionales. La Corte IDH se abstuvo de analizar en forma específica la legitimidad de la ley, aduciendo motivos procesales razonables¹⁴; pero en todo caso, en esa sentencia sobre la masacre de la Rochela, ese tribunal recordó su doctrina, establecida desde el caso Barrios Altos de 2001, según la cual es inadmisible cualquier dispositivo legal –como amnistías o prescripciones- que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables

¹³ Ver por ejemplo Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007; Corte IDH; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

¹⁴ El argumento procesal esencial de la Corte IDH es que a ella no le corresponde, cuando decide casos individuales, revisar en abstracto la adecuación de una normatividad a la Convención Americana pues su labor es verificar si a los peticionarios se les han o no vulnerado sus derechos; y que por ello no podía entrar en la valoración específica de la LJP puesto que ésta no había aún sido aplicada a los posibles perpetradores de los crímenes estudiados en esa sentencia.

de las violaciones graves de los derechos humanos, por considerar que contraviene “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.¹⁵ Igualmente, en los párrafos 192 y siguientes de esa sentencia sobre la Rochela, la Corte IDH recordó el deber específico del Estado colombiano de investigar seriamente y sancionar proporcionadamente las violaciones graves a los derechos humanos, satisfaciendo además los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas. En cierta medida, la Corte IDH parece admitir que un cierto equilibrio entre justicia y paz puede ser buscado, pero que no podía utilizarse como mecanismo para producir una impunidad de facto, con lo cual impuso a las autoridades colombianas el deber de hacer efectivas las condiciones establecidas por dicha LJP, pero tal y como éstas fueron redefinidas por las sentencias de la CC. En un sentido semejante, la Comisión IDH, que ha seguido muy de cerca la evolución de la desmovilización de los paramilitares, había señalado que la jurisprudencia de la CC debía convertirse en el “pilar fundamental”¹⁶ para la conducción del proceso de desmovilización.

Por su parte, la CSJ ha ido adquiriendo un papel cada vez más importante en la determinación del contenido concreto de la LJP, pues le corresponde a ese tribunal revisar muchas de las decisiones que toman los tribunales frente a los desmovilizados. Estas decisiones han convertido a ese tribunal en un actor central en la definición del contenido práctico de la LJP, para lo cual ha usado crecientemente estándares internacionales de derechos humanos y de Derecho Penal Internacional (Rincón, 2010: 41). Ahora bien, como muchas de esas decisiones tienen que ver con los avatares de la implementación de la ley, por razones de orden expositivo, las analizaremos ulteriormente¹⁷.

73

4. Las reacciones del Gobierno y de los paramilitares: los ataques a los jueces y los esfuerzos por recortar el alcance de sus decisiones

Las intervenciones de los jueces en la reconfiguración normativa de la LJP no fueron bien recibidas ni por los paramilitares, ni por el gobierno Uribe. Así, inmediatamente después que la CC anunció su sentencia C-360, uno de los principales voceros de los paramilitares, alias “Ernesto Báez”, declaró que esa decisión le daba un golpe mortal a la negociación, pues privaba a la LJP de los “instrumentos que habían hecho medianamente atractiva la negociación”¹⁸. Algunos jefes paramilitares amenazaron entonces con romper el proceso, pero finalmente la mayor parte continuaron en él.

Por su parte, con posterioridad a la sentencia C-370 de 2006 de la CC, el Gobierno anunció una reglamentación de la LJP que limitaba considerablemente los alcances del ajuste constitucional realizado por ese tribunal. Para ello, el Gobierno

¹⁵ Cf. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41. El párrafo es referido en el *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 194.

¹⁶ Ver al respecto el *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, de 1 de agosto de 2006.

¹⁷ A ello hay que agregar obviamente las investigaciones de la CSJ de la llamada “parapolítica”, que si bien no están vinculadas formalmente con la LJP, tienen sin embargo un obvio vínculo material con la dinámica del proceso con los paramilitares. La expresión “parapolítica” coloquialmente hace referencia en Colombia a aquellos procesos judiciales que la CSJ ha abierto, desde mediados de 2006, contra senadores y representantes por vínculos con el paramilitarismo. En julio de 2011, según datos de la Corporación Arco Iris, especialista en el tema, más de 110 congresistas estaban siendo investigados judicialmente, especialmente por la CSJ: 36 ya habían sido condenados, 41 estaban en juicio y 36 bajo investigación formal. La casi totalidad de esos congresistas pertenecían a la coalición que en su momento apoyó al presidente Uribe. Para una visión general del proceso, ver Romero (2007).

¹⁸ Ver *El Tiempo*, 19 de mayo de 2006.

se basaba en una ambigüedad de la CC en esa sentencia y es que ésta dijo, sin mucha argumentación, que su fallo no tenía efectos retroactivos. El Gobierno anunció entonces la expedición de un decreto que diría que, por principio de favorabilidad, a los paramilitares que se habían desmovilizado antes de la sentencia de la CC, debía aplicársele la LJP, tal y como había sido aprobada por el Congreso, esto es, sin la revisión de la CC. Esto hubiera privado de efectos a la sentencia pues la casi totalidad de los 31.600 paramilitares desmovilizados lo habían hecho antes de esa decisión judicial. El rechazo por parte de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos y de muchos juristas a esa interpretación del Gobierno fue muy amplio, pues consideraron que había una interpretación oportunista del principio de favorabilidad penal, ya que en sentido estricto, al momento de la sentencia, la ley aún no estaba vigente, pues el gobierno no había entregado la lista de los paramilitares involucrados en crímenes atroces y que podrían eventualmente beneficiarse de la pena alternativa prevista en la LJP¹⁹. Y que en todo caso, la favorabilidad penal no era una regla absoluta sino un principio que debía armonizarse con los derechos de las víctimas y el deber del Estado de sancionar adecuadamente las violaciones graves a los derechos humanos.

El Gobierno modificó entonces parcialmente su posición y aceptó la tesis de que la favorabilidad no se aplicaba mecánicamente en todos los aspectos a quienes se hubieran desmovilizado antes de la sentencia C-370 de 2006 de la CC²⁰. Por ello los decretos que reglamentaron la LJP no restringieron tan drásticamente el impacto práctico de esa decisión judicial²¹, pero en todo caso limitaron parcialmente su alcance; por ejemplo, el Decreto 3391 de 2006 mantiene el beneficio de que el tiempo transcurrido en la zona de concentración sería contabilizado como pena cumplida, con lo cual disminuye en 18 meses el tiempo efectivo de privación de la libertad; la pena máxima no sería de 8 años sino de 6 y medio; la pena mínima no sería de 5 años sino de 3 y medio.

74

Las reacciones del gobierno Uribe contra las decisiones judiciales no se limitaron a esos esfuerzos por minimizar el impacto de la labor de los jueces por medio de reglamentaciones administrativas, pero sin llegar nunca a una franca rebeldía contra las sentencias; otra estrategia gubernamental, tal vez más grave para el Estado de derecho, ha sido atacar, a nivel de la opinión pública, dichas decisiones, pero no limitándose a una crítica sobre la corrección o no de determinada sentencia sino acusando a las cortes de tener motivaciones oscuras.

A medida que las investigaciones de la parapolítica fueron avanzando e involucraron sobre todo a congresistas de la coalición gubernamental, los ataques del presidente se concentraron en la CSJ. Un ejemplo significativo es el siguiente: en julio de 2007, ese tribunal determinó en una sentencia que el paramilitarismo no

¹⁹ Para una explicación detallada de esos argumentos, que tienen cierta complejidad jurídica, ver la demanda que presentamos con varias organizaciones sociales sobre el tema y que condujo a la sentencia C-1199 de 2008. La demanda está resumida en esa sentencia y en todo caso está disponible en línea en: <http://www.dejusticia.org/>

²⁰ Al respecto, ver el párrafo 86 de la sentencia citada de la CIDH en el caso de la Rochela, en donde se resume la posición gubernamental sobre el tema. La propia Corte IDH acepta ese criterio, en el párrafo 196, cuando dice que “en cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”.

²¹ Los principales decretos fueron: el Decreto 2898 del 29 de agosto de 2006, el Decreto 3391 de 29 de septiembre de 2006, el Decreto 4417 de 7 de diciembre de 2006, por el cual se modifica el Decreto 2898 de 2006 y el Decreto 315 de 7 de febrero de 2007.

podía ser considerado “delito político”²², por cuanto esas organizaciones no tenían claramente motivaciones políticas sino esencialmente económicas; y porque, incluso si estuvieran políticamente orientadas, no cabrían dentro de las definiciones de delito político, que en el ordenamiento jurídico colombiano están reservadas a los grupos armados que se oponen al Estado, no a aquellos que fueron creados para apoyar al ejército en su lucha contra la guerrilla. La consecuencia de esa decisión es que no se podía entonces otorgar el indulto previsto por la Ley 782 a los paramilitares que no estuvieran involucrados en crímenes atroces, ya que la Constitución colombiana reserva las amnistías y los indultos a los delitos políticos, con lo cual quedaban en el limbo jurídico unos 29.000 paramilitares desmovilizados. Una vez anunciada la sentencia, el Presidente Uribe, en vez de buscar para esos paramilitares raras otras salidas jurídicas, prefirió reaccionar muy duramente contra la CSJ, no sólo cuestionando el sentido jurídico de la decisión sino sugiriendo móviles indebidos de los magistrados, a los que calificó de obstáculos a la paz y de tener sesgos ideológicos a favor de la guerrilla²³.

El anterior no fue el único ataque público del Presidente Uribe a la CSJ; hubo muchos más, por lo que no es posible reseñarlos en este artículo. Pero eso no ha sido todo. Según investigaciones periodísticas y judiciales recientes, varios magistrados tanto de la CC como de la CSJ fueron objeto de interceptaciones ilegales a sus comunicaciones privadas por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que es la agencia estatal de seguridad. Aunque el Gobierno ha negado que haya ordenado esas interceptaciones, lo cierto es que el DAS depende directamente del Palacio Presidencial, por lo cual ha habido al menos negligencia gubernamental frente a esas violaciones a la intimidad de los magistrados²⁴.

5. La ley aplicada: avances y tropiezos en la implementación de la LJP

75

Mientras ocurrían las anteriores decisiones judiciales y reacciones gubernamentales, que fueron redefiniendo el marco jurídico de la desmovilización de los paramilitares, le correspondieron al Gobierno y la Fiscalía, bajo una cierta

²² Ver CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de Julio de 2007, caso 26945, procesado Orlando César Caballero Montalvo. Magistrados Ponentes: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca

²³ El sesgo ideológico es que la CSJ estaría supuestamente favoreciendo a la guerrilla, al reconocerle a ésta el carácter de delincuencia política y negárselo a los paramilitares. Esa objeción puede parecer razonable a primera vista pero olvida un punto decisivo, que confiere piso jurídico a la tesis de la CSJ. El delito político en el constitucionalismo colombiano implica ciertos beneficios jurídicos: no extradición, ausencia de inhabilidades para hacer política, penas menos severas y posibilidad de amnistía o indulto. Esta generosidad del constitucionalismo colombiano con el enemigo político alzado en armas tiene cierta nobleza; las autoridades conceden beneficios a quienes las combaten o las han combatido pues consideran que sus enemigos podrían tener algunas razones valederas para levantarse en armas. Pero la generosidad con los amigos es siempre sospechosa, pues tiene algo de favorecimiento propio. Por ello siempre han resultado mucho más cuestionables jurídica y políticamente las autoamnistías que ciertos gobiernos se han hecho a sí mismos, que las amnistías que otros gobiernos han concedido a sus opositores y enemigos. Ahora bien, quien usa las armas para defender al Estado, resulta amigo de éste, y por ello es más cuestionable que el Estado lo califique de delinquiente político para otorgarle el tratamiento privilegiado que la Constitución reserva para el enemigo político. (Hago finalmente una precisión en esta larga nota, para evitar toda suspicacia, dado el ambiente polarizado que se vive en Colombia. Estoy convencido de que las razones de la guerrilla colombiana para la lucha armada se desvanecieron hace rato, y de que ésta ha cometido atrocidades extremas como los secuestros, asesinatos y ataques con bombas a poblados indefensos. Por ello no estoy defendiendo la lucha armada de las guerrillas ni condonando sus atrocidades, que merecen todo mi rechazo. Simplemente estoy diciendo que alguna diferencia hay entre indultar al enemigo e indultar al amigo. Y que por ello tiene sentido la tesis de la CSJ de reservar el tratamiento privilegiado de delinquiente político a los actores armados contraestatales y negarlo a los actores armados paraestatales).

²⁴ Sobre estas interceptaciones, ver entre muchos otros, el artículo de la revista semana.com del 23 de febrero de 2009: “Escándalo por denuncia de Semana sobre nuevas “chuzadas” desde el DAS”.

supervisión de los jueces, en especial de la CSJ, la implementación de la LJP. Al menos cuatro aspectos merecen ser destacados.

En primer término, es importante tener en cuenta el carácter residual, al menos en términos cuantitativos, de la LJP, en el tratamiento jurídico de los desmovilizados²⁵. En efecto, según las cifras gubernamentales aproximadamente 31.600 paramilitares habrían dejado las armas, de los cuales, según el gobierno, únicamente 3.200 deberían entrar a los trámites propios de la LJP, por estar eventualmente vinculados en crímenes atroces²⁶. Esto significa que el 90% de los paramilitares desmovilizados, unos 29.000 combatientes, entraron directamente al proceso de indulto previsto por la Ley 782 y el decreto 128, que era un trámite muy simple, sin prácticamente ninguna verificación, aunque haya tenido los tropiezos jurídicos que señalamos anteriormente debido a la decisión de la CSJ de declarar que el paramilitarismo no era un delito político y a la dificultad posterior para establecer un marco jurídico apropiado para los llamados paramilitares “rasos”, esto es, aquellos que no estaban claramente involucrados en crímenes de guerra.

Esta residualidad de la LJP ha sido fuertemente criticada por organizaciones de derechos humanos (Gallón, Reed y Lleras, 2007). Ahora bien, en principio es razonable que sólo un número limitado de paramilitares entren al proceso más complejo de la LJP que al trámite simplificado del indulto, pues no sólo muchos combatientes rasos pudieron no tener involucramiento en crímenes atroces sino además debido a la capacidad limitada del sistema judicial. El problema serio ha sido que las autoridades prácticamente no realizaron ninguna labor de verificación, siquiera mínima, sobre esos paramilitares rasos, con lo cual no sólo el Estado colombiano desaprovechó una fuente de información valiosa sobre la dinámica del paramilitarismo sino que, además, es muy posible que un buen número de esos combatientes haya tenido responsabilidades muy serias en crímenes atroces.

76

En segundo término, el grueso de la labor de la Fiscalía en la LJP se ha centrado en recibir las versiones libres de los desmovilizados, intentar sistematizar la información suministrada en esas confesiones y realizar exhumaciones de centenares de fosas comunes encontradas gracias a esas revelaciones. Muchos funcionarios de la Fiscalía han mostrado un notable valor y compromiso en el desempeño de esa labor, que ha sido enorme y difícil, no sólo por la magnitud del desafío que implica procesar a miles de personas y esclarecer miles de crímenes perpetrados por grupos muy violentos y peligrosos, sino además por la limitación de los recursos, a pesar de los esfuerzos que se han hecho por mejorar la capacidad de la Fiscalía en este campo²⁷.

A todo eso hay que agregar, y no es un punto menor, las incertidumbres jurídicas, puesto que la estructura procesal de la LJP es nueva, compleja y no estuvo técnicamente redactada, por lo cual ha suscitado discusiones normativas, que son difíciles y políticamente muy sensibles. Dos ejemplos muestran esas perplejidades jurídicas, que distan de ser menores: de un lado, nunca ha sido totalmente claro si las versiones libres de los paramilitares podían o no ser públicas y divulgadas en televisión; inicialmente se dijo que no, luego la Fiscalía anunció que iban a ser transmitidas televisivamente; finalmente la Fiscalía ha permitido la asistencia de algunas víctimas pero no del público en general y ha restringido

²⁵ En el mismo sentido, ver Gómez Isa (2008: 3).

²⁶ Para una buena síntesis de la dinámica práctica de aplicación de la LJP, ver el informe sobre el tema del ICG International Crisis Group (ICG, 2008). Ver igualmente Garzón (2011).

²⁷ Por ejemplo, en 2008, la unidad especializada en la LJP de la Fiscalía incrementó el número de fiscales de 23 a 57 y la nómina total de cerca de 200 a más de 500 (ICG, 2008: 8).

considerablemente la información a los medios de información²⁸. De otro lado, también ha habido dudas sobre si la Fiscalía podía formular a los desmovilizados cargos parciales, esto es, sólo por algunos delitos, o únicamente globales. Inicialmente la Corte Suprema, con el fin de agilizar los procesos, admitió con relativa laxitud esas imputaciones parciales, en el caso de alias “El Loro”²⁹, pero luego, en la sentencia del 31 de julio de 2009, que anuló precisamente la condena de ese paramilitar, restringió enormemente esa posibilidad, pues consideró que afectaba el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana, ya que era necesario no sólo que se esclarecieran los delitos específicos cometidos por el paramilitar juzgado sino también su papel en la organización paramilitar³⁰.

En tercer término, durante el proceso de implementación, el Gobierno tomó una decisión muy polémica, que fue la extradición a Estados Unidos, en mayo de 2008, de catorce de los principales jefes paramilitares. Algunos meses después, extraditó a otro paramilitar, alias “HH”, que era uno de los pocos que estaba aportando nueva información en su versión libre. El argumento esencial del Gobierno para justificar esas extradiciones es que esos paramilitares habrían seguido delinquiendo desde la cárcel y no habrían cumplido con las exigencias de la LJP. Y que la extradición era una forma de cooperación con Estados Unidos, que no impediría la reparación ni la búsqueda de la verdad sobre el paramilitarismo, pues gracias a mecanismos de colaboración judicial, Colombia podría obtener verdades, pruebas y bienes de los parás. Pero esos argumentos han resultado poco convincentes; si los parás seguían delinquiendo, entonces la salida jurídica apropiada era excluirlos de los beneficios de la LJP y que fueran castigados en Colombia con las penas previstas por la legislación ordinaria; y si lo que se quería era que Estados Unidos pudiera sancionar el narcotráfico, pero que al mismo tiempo fueran satisfechos los derechos de las víctimas colombianas, entonces debió hacerse lo contrario de lo que hizo el presidente. Esto es, en vez de extraditar a los líderes paramilitares, el Gobierno colombiano debió invitar a Estados Unidos a que usara esos mismos mecanismos de cooperación y participara en nuestros procesos judiciales y obtuviera aquí la información necesaria para esclarecer los delitos de narcotráfico. Lo cierto es que después de más de tres años de esas extradiciones, la cooperación judicial ha sido precaria y poco efectiva. Las verdades de esos parás se están entonces quedando en Estados Unidos y esas extradiciones han enviado un mensaje terrible, que supone una distorsión de los valores éticos que deben gobernar una sociedad democrática: que para el Gobierno colombiano es más grave exportar cocaína que masacrar personas. Y que nuestro Gobierno privilegia su relación con los Estados Unidos frente a su deber de proteger los derechos de las víctimas de crímenes atroces.

Estas extradiciones llevaron además a un nuevo enfrentamiento entre la CSJ y el gobierno puesto que toda extradición requiere una autorización previa de ese

²⁸ Para una descripción de las condiciones como se han realizado estas confesiones y su impacto, ver el epílogo sobre Colombia en Payne (2009)

²⁹ Ver CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso 29560, Magistrado Ponente Augusto José Ibáñez, Decisión del 28 de mayo de 2008. Las sentencias de la CSJ están disponibles en <http://www.cortesuprema.gov.co/>

³⁰ Esta doctrina tiene grandes implicaciones en la dinámica de la LJP pues significa que la CSJ le está ordenando a la Fiscalía que investigue como un sistema de violencia, y no como una sumatoria de casos individuales, los crímenes de los paramilitares. Las violaciones masivas y sistemáticas deben ser investigadas en forma sistemática. Sólo de esa manera, según ese tribunal, la generosidad en la reducción de la pena de la LJP puede ser compensada por logros efectivos en términos de verdad y garantías de no repetición. Por ello, las investigaciones deben esclarecer, según la citada sentencia, “los motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la constatación de los daños individual y colectivamente causados”.

tribunal. Inicialmente la CSJ autorizó la extradición pero planteó sus reservas. Según ese tribunal, si la concesión de una extradición por narcotráfico amenazaba dejar en la impunidad delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra en Colombia, entonces no podía ser concedida, o debía ser condicionada a que existieran garantías efectivas de que esos terribles crímenes serían esclarecidos y sus víctimas reparadas³¹. El Presidente calificó esas consideraciones de la CSJ como una interferencia indebida en su facultad de definir discrecionalmente si extradita o no a un criminal. La CSJ, lejos de variar su posición, la hizo más rigurosa y en una decisión posterior prohibió nuevas extradiciones de quienes hicieran parte del proceso de la LJP, pues concluyó que en la práctica no se habían garantizado los derechos de las víctimas colombianas y que las extradiciones anteriores habían sido un “golpe de gracia” a la implementación de la LJP, pues habían “paralizado el conocimiento de la verdad, dado que los postulados extraditados no han podido seguir confesando los crímenes cometidos”, con lo cual “las víctimas están quedando sin saber la verdad y la sociedad sin garantías de no repetición”³².

En cuarto término, y como hemos visto, durante la implementación de la LJP, nuevamente la labor de los jueces ha sido importante, tanto de la CC como de la CSJ. Así, la CC siguió precisando los alcances de los derechos de las víctimas; por ejemplo, con el fin de evitar la desnaturalización del derecho a la reparación y que el Gobierno presentara como reparación a las víctimas lo que no era más que asistencia humanitaria o política social, la sentencia C-1199 de 2008 anuló el inciso segundo del artículo 47 de la LJP, que establecía que los “servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas” eran “parte de la reparación”. Por su parte, como ya lo vimos, la CSJ ha tomado varias decisiones que han tenido un efecto importante sobre el significado práctico de esa normatividad: la exclusión del paramilitarismo como delito político; las limitaciones a la posibilidad del gobierno de extraditar jefes paramilitares si no se satisfacen los derechos de las víctimas; y la forma sistemática, y no por sumatoria de casos individuales, como la Fiscalía debe investigar a los desmovilizados.

78

Dadas estas dinámicas contradictorias, no es de sorprenderse que los resultados de la aplicación de la LJP hasta ahora sean bastante ambiguos. Así, se han iniciado numerosas versiones libres, algunas de las cuales han culminado y gracias a ellas, las autoridades judiciales y la sociedad colombiana han logrado obtener información importante sobre el paramilitarismo que antes no se tenía. Por ejemplo, las versiones de jefes como Mancuso y alias “HH” han mostrado no sólo la forma como se realizaron muchos asesinatos sino que confirmaron las complicidades que tenían los parás con ciertos mandos del ejército (HRW, 2009). Esta información de los desmovilizados ha permitido también encontrar numerosas fosas comunes con cuerpos de desaparecidos³³.

³¹ Ver CSJ, Sala de Casación Penal, Concepto del 2 de abril de 2008 favorable a la extradición de Carlos Mario Jiménez (Rad: 28643).

³² Ver CSJ, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009 desfavorable a la extradición de Luis Edgar Medina Flórez.

³³ La Fiscalía ha recibido información sobre más de 4.000 fosas, que podrían tener hasta 10.000 cuerpos enterrados, pero el procesamiento de la información ha sido precario; aunque se han exhumado más de 1.400 cuerpos, sólo la mitad está en proceso de identificación y a finales de 2008 apenas 154 habían sido devueltos a sus familias. Ver ICG (2008). En diciembre de 2011, la situación había mejorado notablemente pues 1665 cuerpos ya habían sido entregados a sus familias. Ver las estadísticas del portal Verdad Abierta, disponibles en

<http://www.verdadabierta.com/component/content/article/173-estadisticas/3825-estadisticas-justicia-y-paz>.



En términos de verdad, la aplicación de LJP ha rendido entonces algunos frutos, pero incluso éstos son precarios, pues muchos paramilitares han rechazado la continuación de las versiones libres³⁴, otros no han suministrado datos nuevos y no es claro hasta donde esa información ha sido sistematizada³⁵. Además, en términos de reconocimiento de las atrocidades y de construcción de una memoria histórica democrática, el balance de las versiones libres es precario; es cierto que gracias a los notables esfuerzos de ciertos medios escritos de comunicación por informar sobre las confesiones de los parás³⁶, un número un poco mayor de colombianos conocen y condenan las cruelezas de los paramilitares³⁷. Pero las confesiones se han hecho sin acceso de medios y privilegiando las versiones de los victimarios, quienes han tendido a justificar sus atrocidades, sin posibilidad clara de controversia, pues la capacidad de las víctimas de contrainterrogar durante las versiones libres es muy limitada. Este contexto ha limitado considerablemente el eventual impacto democrático de esas revelaciones sobre la opinión política colombiana, que tiende mayoritariamente aún a ignorar o a legitimar muchas de las atrocidades del paramilitarismo³⁸.

Ahora bien, si frente a los derechos a la verdad y a la memoria, la aplicación de la LJP tiene un balance mixto, en cambio frente a los derechos a la justicia y a la reparación sus resultados son inequívocamente muy pobres. Al momento de actualizar este artículo (diciembre 2011) y después de más de seis años de aplicación, las condenas eran muy pocas³⁹.

La precariedad de estos resultados judiciales pone además en duda los resultados positivos de la desmovilización y es por ello también grave frente a las garantías de no repetición. En efecto, los paramilitares son un actor armado “pro-sistémico”, que no ha combatido al Estado sino que, por el contrario, lo ha apoyado, con medios crueles e ilegales, en su confrontación contra los grupos guerrilleros, que son actores antisistémicos (Múnera, 2006). Por eso, durante muchos años los

³⁴ Según la OACNUDH, el 31 de octubre de 2008, del total de 3.637 personas postuladas para ser investigadas y juzgadas por la LJP, sólo 1.626 habían iniciado la “versión libre” y de esas 1.189 no continuaron con el proceso debido a que la Fiscalía no tenía elementos para acusarlos de ningún delito grave. Sólo 430 continuaban y sólo 7 habían terminado (OACNUDH, 2009). A finales de 2011, la situación había mejorado: según datos de la Fiscalía General de la Nación, contra 157 postulados ya sido hecha la audiencia de formulación de cargos, contra 249 ya había sido presentado escrito de cargos y contra 615 ya había escrito de imputación. (Ver las estadísticas en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>). Esto supone que todos estos postulados ya habían terminado sus versiones libres.

³⁵ Así, con la asistencia técnica de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la fiscalía ha establecido un sistema que le permite archivar y comparar información básica sobre casos, pero a finales de 2008 todavía faltaba implementar el sistema. Además, las distintas entidades se han mostrado reticentes a compartir información unas con otras por temor a un posible mal uso de datos delicados sobre las víctimas (ICG, 2008).

³⁶ Por ejemplo, la revista Semana, en asociación con la Fundación Ideas para la Paz, ha desarrollado una iniciativa importante, que es la sección “verdad abierta” en la versión digital, la cual mantiene una información actualizada sobre las revelaciones sobre los paramilitares y da voz a las víctimas.

³⁷ Por ejemplo, como lo destaca Leigh, aunque los colombianos siguen considerando más amenazante a la guerrilla, su percepción sobre los parás se ha deteriorado un poco en estos años. Así, cuando una encuesta les preguntó sobre la responsabilidad por la violencia, en 2005, el 65 por ciento la atribuyó a la guerrilla y el 35 a los paramilitares, pero esas cifras cambiaron a 54 y 40 en 2007 (Leigh. 2009); las cifras están basadas en Rodríguez-Rage y Seligson (2007: 243-244).

³⁸ Como lo ha mostrado Leigh Payne (2009), el impacto que los “testimonios perturbadores”, que son las confesiones de los victimarios, pueden tener en el rechazo democrático de las atrocidades ocurridas depende de muchos factores, entre los cuales son muy importantes la visibilidad pública de las confesiones y la posibilidad de que los sobrevivientes y las organizaciones de derechos humanos puedan dar su versión sobre el pasado.

³⁹ Sólo 11 personas habían sido condenadas, según las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación. Disponible en línea en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>. Revisado el 11 de diciembre 2011.

paramilitares no fueron perseguidos por el Estado; por el contrario, éste se benefició de su actividad antisubversiva. De otro lado, los grupos paramilitares no están organizados jerárquicamente ni tienen un mando único o centralizado, sino que más bien funcionan como células semi-autónomas de estructura nodal (Giraldo y Alonso, 2005). Finalmente, gracias a sus lazos con agentes del Estado, élites terratenientes regionales y el narcotráfico, los grupos paramilitares construyeron unas estructuras de poder político y económico mucho más fuertes e importantes que su poder militar (Duncan, 2006). Estas características de los grupos paramilitares sugieren que la paz y la garantía de no repetición de las atrocidades no pueden lograrse simplemente a través de un proceso de desmovilización. Es más, por sí solo, un proceso de esa naturaleza puede permitir que esas estructuras de poder permanezcan intactas, e incluso que salgan fortalecidas en virtud de un proceso de legalización. Frente a ese tipo de actores, además de la desmovilización, es entonces indispensable que el Estado, y en particular el sistema judicial, desmonten las estructuras mafiosas enquistadas en la sociedad colombiana. Esto permitiría además identificar la manera en la cual el régimen político oficial permitió la comisión de atrocidades y, por ende, para proponer reformas institucionales dirigidas a impedir dichas atrocidades en el futuro. En efecto, como lo ha anotado Michael Fehrer, la estigmatización del régimen anterior es fundamental en una transición para garantizar la no repetición de las atrocidades. A través de ella, es posible asignar responsabilidad no sólo a actores individuales, sino también a proyectos políticos.⁴⁰ En el caso del paramilitarismo en Colombia, esto implicaría exponer y estigmatizar los diferentes niveles de omisión y colusión de los agentes del Estado con los paramilitares, que implicaron la ausencia de una efectiva persecución de los últimos y la corrupción de los primeros, y que por consiguiente permitieron la comisión de atrocidades. La estigmatización de estos vínculos entre los grupos paramilitares y el Estado debería traer como resultado propuestas específicas de reforma, encaminadas a dar un fin absoluto a dichos vínculos y a impedir su repetición en el futuro.

6. Un esfuerzo de interpretación: entre el derecho y la política y entre los usos y abusos de la justicia transicional

La reconstrucción de la dinámica de la LJP realizada en los puntos anteriores muestra que estamos frente a un proceso dinámico y contradictorio, que no ha sido controlado por nadie sino que ha sido el resultado de la interacción entre las visiones y perspectivas, muchas veces opuestas, de diversos actores e instituciones, con poderes desiguales y en un contexto turbulento: los paramilitares, interesados en lograr la impunidad; el gobierno que ha privilegiado la desmovilización como elemento de su política de seguridad; los grupos de derechos humanos y de víctimas, que han luchado contra la impunidad; los jueces nacionales e internacionales, que han intentado aplicar los nuevos estándares de derechos de las víctimas; el Gobierno de Estados Unidos preocupado especialmente por el narcotráfico; otros actores de la llamada comunidad internacional, etc. Ha sido pues

⁴⁰ Ver Fehrer (1999). Una precisión es sin embargo necesaria; de acuerdo con este autor, las atrocidades cometidas en países en los cuales el Estado no se ha consolidado aún plenamente pueden explicarse como resultado de conflictos propios de regímenes pre-democráticos, y no como el resultado de regímenes no democráticos o autoritarios. Estas explicaciones son problemáticas, pues excluyen a las “democracias nacientes” –como Colombia y muchos otros países del sur global- de la exigencia de aplicar el Estado de derecho a los victimarios de atrocidades. En efecto, las atrocidades son interpretadas como el producto de una etapa de conflicto entre facciones, previo a la consolidación del Estado y del Estado de Derecho. Por ende, la reconciliación puede ser vista como un proceso de civilización, como un salto cultural de la barbarie a la consolidación de un régimen democrático. Por ello modificamos parcialmente su noción de estigmatización del régimen anterior para referirla a situaciones de post-conflicto y no únicamente de post-dictadura.

una evolución compleja; su interpretación es difícil y no debería ser simplificada apresuradamente. Con todo, estos párrafos finales proponen algunos elementos interpretativos sobre el significado jurídico y político de esa evolución.

Una primera conclusión es que la LJP, tal y como ha sido redefinida por las decisiones de los jueces (en especial de la CC y la CSJ), a su vez dinamizadas por las intervenciones de grupos de derechos humanos y de víctimas, no es en sí misma una ley de impunidad. Es un marco relativamente adecuado de equilibrio entre los imperativos de la paz y el respeto de los derechos de las víctimas en el escenario de un eventual proceso transicional⁴¹; sin embargo, esto no significa que esa ley por sí sola asegure que ese equilibrio teórico se materializará en la práctica, pues no sólo no es para nada claro que estemos verdaderamente en una transición⁴² sino además porque todo dependerá de que efectivamente la Fiscalía, con el apoyo decidido del Gobierno, logre avanzar decisivamente en el esclarecimiento y desarticulación del paramilitarismo, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas. Y en esos aspectos, como hemos visto, los resultados efectivos son aún pobres, pues hasta ahora hay una total impunidad de facto.

De otro lado, es claro que la actual LJP no es la que querían el Gobierno o los paramilitares, que preferían el proyecto originario de alternatividad, que no implicaba ningún castigo efectivo a los responsables de crímenes atroces. Los cambios que sufrió esa propuesta originaria se debieron en primer término a las reacciones airadas en contra por parte de organizaciones de derechos humanos y de víctimas, de un número no despreciable de congresistas y de sectores importantes de la comunidad internacional. Esta reacción derrotó el proyecto de alternatividad y obligó a que la coalición gubernamental y los parás promovieran la LJP aprobada por el Congreso. A su vez, esa ley fue modificada gracias a las decisiones de los jueces. Y llegamos así a la actual LJP.

81

Esta dinámica muestra que en Colombia ha habido una lucha intensa por la apropiación del sentido de la justicia transicional, pues mientras que algunos funcionarios del gobierno Uribe, en especial el comisionado de paz, Luis Carlos Restrepo, enfatizaron la reconciliación, con lo cual han reducido la justicia transicional a una forma débil de justicia restaurativa, que favorece la impunidad de los crímenes atroces, otros sectores, en especial los grupos de derechos humanos y de víctimas, enfatizaron la exigencia de justicia y han insistido en que toda transición debía respetar los derechos de las víctimas. Ha habido pues distintos usos, o por decirlo polémicamente, con base en un texto previo escrito con María Paula Saffon, ha habido usos pero también abusos de los enfoques de justicia transicional en Colombia: los primeros han sido más democráticos y a favor de las víctimas; los segundos más autoritarios y a favor de la impunidad (Saffon y Uprimny, 2008).

⁴¹ Tengo claro que esta formulación es discutible y que existen analistas y grupos de derechos humanos muy respetables que ven en la LJP, incluso con los ajustes introducidos por los jueces, una forma inaceptable de impunidad, en especial porque consideran que la pena alternativa es desproporcionadamente baja para crímenes tan graves. Respeto esa visión; pero comparto el análisis de la CC. Creo que si Colombia efectivamente avanzara hacia la paz, con el esclarecimiento de la verdad sobre las atrocidades y una reparación adecuada a las víctimas, esa reducción de la proporcionalidad de la pena es dolorosa pero admisible. No puedo sustentar en detalle esa tesis, que desarrolle al proponer la noción de “perdones responsabilizantes” (Uprimny, 2006). Remito igualmente al lector al análisis efectuado por la CC en la sentencia C-370 de 2006.

⁴² Por ello algunos de nosotros hemos hablado que en Colombia estaríamos viviendo una suerte de “justicia transicional sin transición”, pues incluso en la mejor hipótesis, que es que este proceso lograra el total desmonte del paramilitarismo, el conflicto con las guerrillas continuaría; la transición de la guerra a la paz sería entonces a lo sumo parcial y fragmentaria. (Uprimny, 2006; Sánchez y Uprimny, 2011).

Una pregunta surge del análisis precedente: ¿cómo fue posible que el movimiento de víctimas y de derechos humanos, que en Colombia no es particularmente fuerte, lograra que la LJP terminara incorporando importantes normas en contra de la impunidad y a favor de los derechos de las víctimas, frente a las pretensiones de un grupo armado poderoso y un gobierno muy popular, autoritario y que privilegiaba la desmovilización sin castigo? La respuesta no es fácil, pero creo que los siguientes factores influyeron decisivamente.

De un lado, la progresiva consolidación de los derechos de las víctimas en el derecho internacional; a pesar de que es una evolución reciente y que el contenido concreto de esos derechos sigue generando discusiones jurídicas difíciles, hoy es posible afirmar que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha consolidado una norma, según la cual, las amnistías o indultos generales de las violaciones graves a los derechos humanos son inadmisibles, incluso en procesos de paz. Esa norma, que es particularmente clara en el sistema interamericano, en especial a partir de la citada sentencia de la Corte IDH en el Caso Barrios Altos de 2001, otorgó un poderoso instrumento de oposición de las víctimas y los grupos de derechos humanos a una ley de impunidad⁴³. A su vez, la existencia de dicha norma, llevó a instancias internacionales de derechos humanos, como la Comisión IDH o la OACNUDH, así como a varios países democráticos, a expresar su preocupación, o incluso oposición, a una ley de impunidad, por violar normas internacionales.

En ese contexto, los grupos colombianos de derechos humanos lograron, en forma muy creativa, “traducir” esos estándares internacionales al debate colombiano⁴⁴, con lo cual no sólo fortalecieron decisivamente sus reclamos políticos y jurídicos en contra de la impunidad sino que influyeron considerablemente en la manera cómo la opinión pública empezó a enfrentar al tema. Nunca antes se ha hablado tanto en Colombia de los derechos de las víctimas como en estos últimos cuatro años. A su vez, esa labor de los grupos locales de derechos humanos y de las organizaciones de víctimas se vio fortalecida por los apoyos que han recibido en la lucha contra la impunidad de parte de otras organizaciones no gubernamentales internacionales (como Human Rights Watch o Amnistía Internacional), o ciertas instituciones internacionales de derechos humanos (como la Comisión IDH o la OACNUDH) o incluso de ciertos gobiernos, con lo cual se formó una no despreciable red transnacional de activismo en contra de la posible impunidad de los crímenes de los paramilitares. Esa especie de red transnacional ha estado muy pendiente del caso colombiano, no sólo por la残酷 extrema de los delitos de los paramilitares sino además por cuanto la impunidad de esas atrocidades en Colombia podría implicar un retroceso en los estándares que se habían alcanzado

⁴³ Esa prohibición de las amnistías generales frente a crímenes de lesa humanidad y de guerra parece hoy clara en el derecho internacional. Por el contrario, su alcance específico en ciertos aspectos es aún un punto controvertido. Por ejemplo, y es una discusión importante en Colombia debido a la propia precariedad de los resultados de la LJP, subsiste la discusión de si ese deber de castigo excluye o no la posibilidad de establecer criterios de priorización y selección para que la investigación penal se concentre únicamente en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

⁴⁴ Sobre la idea de que los activistas de derechos humanos son una especie de “traductores” o intermediarios entre los estándares internacionales de derechos humanos y las luchas locales. Según Sally Engle Merry (2006) los activistas traducen en el lenguaje de la cultura local los estándares abstractos de derechos humanos, que de esa manera son más fácilmente incorporados a las luchas locales; y que a su vez, esos activistas colaboran también en la construcción, a partir de experiencias y reclamos locales, de esos estándares internacionales.

en años recientes en la lucha contra la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos⁴⁵.

Esos estándares internacionales sobre derechos de las víctimas pudieron a su vez materializarse en decisiones judiciales locales, debido a que Colombia tiene una importante tradición de independencia judicial y a que a partir de la Constitución de 1991, y en gran medida por la labor de la CC y con base en la figura del bloque de constitucionalidad, los jueces han tenido una gran apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y una creciente sensibilidad a los derechos de las víctimas. Esta situación hizo que tribunales, como la CC y la CSJ, decidieran defender vigorosamente los derechos de las víctimas y la aplicación de esos nuevos estándares internacionales en el contexto colombiano, con lo cual, además, pudieron alterar los posibles entendimientos que hubieran podido haber alcanzado el gobierno y los paramilitares sobre impunidad⁴⁶. La independencia judicial colombiana introdujo así incertidumbre sobre las dinámicas de negociación entre gobierno y los paras, una incertidumbre en cierta forma democrática⁴⁷ pues al mismo tiempo permitió concretar, en regulaciones específicas, el alcance de los derechos de las víctimas. De esa manera, además, se ha formado una especie de alianza tácita entre ciertos sectores del poder judicial colombiano y esa red transnacional de activismo en contra de la impunidad en Colombia que mencionamos previamente. Y así, el derecho, aplicado por los jueces, logró limitar un poco la estrategia de impunidad que buscaban los paramilitares, con el beneplácito del gobierno.

83

Entre la impunidad y la realización de los derechos de las víctimas, entre el uso democrático y el abuso autoritario de los discursos de justicia transicional, el futuro de la LJP permanece entonces incierto: puede que termine conduciendo a una impunidad de facto; puede que sea en cambio un instrumento que logre dosis no despreciables de verdad, justicia y reparación. Las luchas políticas y jurídicas en torno a su implementación determinarán cuál de esos escenarios se materializa.

Bibliografía

- ALONSO, M., GIRALDO, J., y ALONSO, D. (2005), “Medellín: El complejo camino de la competencia armada”, en *Diálogo Mayor. Memoria colectiva, reparación, justicia y democracia: el conflicto colombiano y la paz a la luz de experiencias internacionales*. Universidad del Rosario, Bogotá.
- COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO (2006), *La historia de un proceso de impunidad contado en 19 párrafos*, Colectivos de Abogados José Alvear Restrepo, Bogotá.
- DUNCAN, G. (2006), *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Planeta, Bogotá.
- ELSTER, J. (2004), *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.

⁴⁵ Sobre la formación de redes transnacionales de activismo en derechos humanos, que logran apoyos mutuos y desarrollan valores compartidos y por esa vía logran contribuir a la estructuración de estándares internacionales de derechos humanos, que luego, por una especie de cascada normativa, son recursos que utilizan otros activistas en luchas locales, ver los trabajos de Kathryn Sikkink, por ejemplo, Kekck y Sikkink (1998).

⁴⁶ El secreto acompañó las negociaciones entre los paras y el gobierno, pues las conversaciones fueron privadas y no hay relatos claros sobre lo ocurrido. Ha habido sin embargo informaciones periodísticas sobre pactos en torno a temas de impunidad.

⁴⁷ Elster ha resaltado que los jueces independientes son un factor de incertidumbre que pueden obstaculizar las promesas de impunidad de los gobiernos pues *las promesas de impunidad son más creíbles cuando los jueces son tan corruptos o están tan vinculados al antiguo régimen que es poco probable que haya tentativas vigorosas de persecución criminal* (Elster, 2004: 191).

- FEHRER, M. (1999), "Terms of Reconciliation", en HESSE, C. y POST, R. (eds.), *Human Rights in Political Transitions. Gettysburg to Bosnia*, Zone Books, New York.
- GALLÓN, G. REED, M. y LLERAS, C. (eds.) (2007), *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.
- GARZON, B. (coord.) (2011), *Diagnóstico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, MAPP-OEA, Bogotá.
- GÓMEZ ISA, F. (2008), *Desmovilización paramilitar en Colombia: Luces y sombras. Documento de trabajo*, Nº 57, FRIDE, Madrid.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2005), *Las apariencias engañan: La desmovilización de grupos paramilitares en Colombia*, Vol. 17. Disponible en línea en: <http://www.hrw.org/reports/2005/colombia0805/ColombiaResumenyRecs.pdf>. Revisado el 11 de diciembre de 2011.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2009), *¿Rompiendo el Control? Obstáculos a la Justicia en las Investigaciones de la Mafia Paramilitar en Colombia*. Disponible en línea: <http://www.hrw.org/en/node/80076/section/4>. Revisado el 11 de diciembre de 2011.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP – ICG (2008), *Rectificar el curso: Las víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Informe sobre América Latina*, N° 29, Bogotá.
- KEKCK, M. y SIKKINK, K. (1998), *Activists beyond borders. Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University, Ithaca.
- MERRY, S.E.M. (2006), *Human Rights and Gender Violence. Translating international law into local justice*, The University of Chicago Press, Chicago.
- MÚNERA, L. (2006), "Proceso de paz con actores armados ilegales y parasistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 17.
- OFICINA EN BOGOTÁ DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2009), *Informe anual 2009*, OACNUDH, Bogotá.
- PAYNE, L. (2009), *Testimonios Perturbadores. Ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*, Ideas para la Paz, Bogotá.
- PIZARRO E. (2006), *Reparaciones a las víctimas en Colombia y Perú: Retos y perspectivas*. IDEHPUCP, Alianza Francesa, Lima. Disponible en internet: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/las_reparaciones_a_las_victimasViolenciaColombiaPeru.pdf. Revisado el 11 de diciembre de 2011.
- RINCON, T. (2010), "Influencia de organismos internacionales en la jurisdicción ordinaria y en la actuación de los actores nacionales involucrados en procesos de justicia transicional: procesos transicionales en contextos de conflicto armado", en REED, M. y RIVERA M.C. (eds.), *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*. Centro de Estudios de Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá.
- RODRÍGUEZ-RAGE, J.C. y SELIGSON, M. (2007), "Política Cultural de la Democracia en Colombia", LAPOP, Bogotá.
- ROMERO, M. (ed.) (2007), *Parapolítica: La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Corporación Nuevo Arco Iris, Asdi, Bogotá. Disponible en línea: http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/libros/Libro_parapolitica.pdf. Revisado el 11 de diciembre de 2011.
- SAFFON, M.P. y UPRIMNY, R. (2008), "Uses and abuses of transitional justice in Colombia", en BERGSMO, M. y KALMANIVITZ, P. (eds.), *Law in Peace Negotiations*, FJCIC, International Peace Research Institute, Oslo, pp. 354-400.

- SANCHEZ, N.C. y UPRIMNY, R. (2011), “¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición” en BERISTAIN, C. (ed.), *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*. IIDH, San José de Costa Rica, pp. 129-162.
- UPRIMNY, R. (2006), “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY, R. (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. DeJuSticia, Bogotá, pp. 17-44.
- UPRIMNY, R. (2011), “Las leyes de justicia y paz”, en BAGLEY, B. y RESTREPO, E.M. (eds.), *La desmovilización de los paramilitares en Colombia: entre el escepticismo y la esperanza*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P. (2006a), “La ley de „justicia y paz“: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades?”, en UPRIMNY, R. (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. DeJuSticia, Bogotá, pp. 173-197.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P. (2006b), “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en UPRIMNY, R. (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. DeJuSticia, Bogotá, pp. 111-138.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P. (2006c), “¿Al fin Ley de Justicia y Paz? La ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional”, en UPRIMNY, R. (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. DeJuSticia, Bogotá, pp. 201-230.
- VALENCIA VILLA, H. (2005), *La Ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Investigación para la Paz, Madrid.



Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011

Rafael Escudero Alday¹
Universidad Carlos III de Madrid
rafael.escudero@uc3m.es

Resumen

Entre finales de agosto y comienzos de septiembre de 2011, un parlamento español con fecha de caducidad, puesto que se habían convocado ya elecciones generales para el 20 de noviembre de ese mismo año, procedió a la reforma del art. 135 de la Constitución con el objeto de introducir el principio de estabilidad presupuestaria, así como la limitación del déficit público y de la capacidad de endeudamiento de las distintas administraciones públicas. El proceso se llevó a cabo siguiendo lo previsto en el art. 167 de la Constitución española, que prevé un procedimiento simple de reforma de aquellas partes del texto constitucional que no afectan a las que se consideran instituciones y principios básicos del mismo. La rapidez con que se desarrolló el proceso, unido al hecho de que se evitara por todos los medios el debate y la participación ciudadana al respecto, rehuyendo la celebración de un referéndum, ha dado lugar a que se haya calificado como de reforma exprés. El presente artículo analiza los detalles de la reforma y las circunstancias que la rodearon, con especial atención a los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para avalarla ante el recurso de amparo presentado por dos diputados que se opusieron a la misma.

Palabras clave

Reforma constitucional, principio de estabilidad presupuestaria, déficit público, deuda pública, referéndum, soberanía popular, Estado de bienestar, recurso de amparo constitucional.

86

Text and Context of the Express Constitutional Amendment of August 2011

Abstract

In august 2011, just a few months before the general elections, the Spanish Parliament passed the Balanced-budget Amendment. According to it, the new article 135 states the limitation of deficit spending and public debt for the central, regional and local governments. Socialdemocratic party and Popular party -the majority in Spanish Parliament- agreed with the Balanced-budget Amendment. Consequently, the parliamentary process was developed so quickly that has been called the "express" amendment. The minoritarian political parties -especially the lefties- claimed for a referendum to ask public opinion about this constitutional amendment that affects seriously the Welfare State. This article explains the details of the Balanced-budget Amendment and the political circumstances that accompanied all this process, analyzing the reasons argued by the Spanish Constitutional Court in order to reject the judicial claim presented by two Representatives, members of the Spanish Parliament, against this constitutional amendment.

Keywords

Amendment, Balanced-budget, deficit spending, public debt, participation, democracy, Welfare State, Constitutional Court.

¹ Durante el curso académico 2011-2012, Rafael Escudero es *International Visiting Scholar* en el Washington College of Law (American University). Para la realización de esta estancia de investigación ha contado con una beca de la Fundación Cajamadrid de movilidad para los profesores de las universidades públicas de Madrid.

El 23 de agosto de 2011, durante un debate extraordinario en el Congreso de los Diputados celebrado al objeto de convalidar un decreto ley de medidas urgentes contra la crisis, el entonces presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, anunció la intención de llevar a cabo una reforma constitucional con el objeto de garantizar la estabilidad presupuestaria y la limitación del déficit público junto a la capacidad de endeudamiento del Estado. Anunció también que había llegado a un acuerdo con el Partido Popular -hoy en el gobierno- no sólo sobre el contenido de la reforma, sino también sobre la necesidad de acometerla de forma urgente y perentoria. Dicho y hecho. El 2 de septiembre la reforma constitucional fue aprobada en el Congreso de los Diputados, cinco días después lo fue en el Senado y, tras haber transcurrido en balde el plazo de 15 días hábiles para solicitar el referéndum que señala la Constitución española (CE), el 27 de septiembre se publicó en el Boletín Oficial del Estado².

La reforma afecta al art. 135 de la CE, contenido en su título VII, el cual lleva por rúbrica "Economía y Hacienda". Su nueva redacción se resume en las siguientes previsiones:

- a) El principio de estabilidad presupuestaria para todas las administraciones públicas.
- b) La prohibición para el Estado y las Comunidades Autónomas de incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea (UE) para sus Estados miembros, debiendo fijarse por ley orgánica el máximo permitido.
- c) La necesaria autorización por ley para que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan emitir deuda pública o contraer crédito (esta previsión es la única que estaba en la redacción original del art. 135).
- d) La regla de prioridad absoluta del pago de los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones.
- e) El sometimiento del volumen de deuda pública del conjunto de las administraciones públicas al valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la UE.
- f) La posibilidad de superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública tan solo en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

La reforma se justificó en la necesidad de lanzar "señales" a los mercados que favorecieran la confianza en la economía española y, asimismo, en el deseo de reforzar el compromiso de España con la UE. Apadrinada por el eje franco-alemán, que en los últimos tiempos pugna por la extensión de este tipo de cláusulas en todas las constituciones de los Estados miembros de la UE, la necesidad de la reforma podría aparecer en la carta con las condiciones que el Banco Central Europeo impone y manda a los Estados cuya deuda compra (Álvarez Conde, 2011: 160;

² Disponible en línea: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/09/27/pdfs/BOE-A-2011-15210.pdf>. Revisado el 11 de enero de 2012.

Rubio Llorente, 2011: 203). Aunque se intuye, esto último nunca se sabrá a ciencia cierta, dado que ni el entonces presidente del Gobierno, ni el actual, accedieron a hacer público el contenido de la famosa carta, haciendo gala ambos de un nulo sentido de la transparencia política.

Conviene llamar la atención sobre el dato de que, cuando la reforma se anunció y llevó a cabo, los tratados de la UE no contemplaban la exigencia de que los Estados miembros incluyeran reglas de tal calado en sus constituciones³. Es decir, que la reforma constitucional no era entonces una imposición de la Unión. Posteriormente, el 2 de marzo de 2012 se firmó por los países de la zona del euro el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, cuyo art. 3 obliga a los firmantes a incluir en sus respectivos Derechos nacionales -preferentemente, en disposiciones de rango constitucional- un conjunto de normas dirigidas a promover la disciplina presupuestaria⁴. No obstante, a la vista de pasadas experiencias, cabe dudar de la efectividad real de este tipo de cláusulas, dado que países que ya tienen incorporados preceptos similares en sus constituciones, como por ejemplo la propia Alemania, no dudan en obviarlos cuando resulta conveniente para sus objetivos económicos y sociales⁵.

El intento del legislador español de ser un "alumno aplicado" le lleva a saltarse las cautelas que han de rodear a toda reforma constitucional. Además, por primera vez se ha introducido en el texto constitucional una referencia explícita al Derecho de la UE, algo sobre lo que se venía discutiendo largo y tendido. De un plumazo, el legislador ha terminado con la discusión teórica sobre cuál era la mejor forma de hacer referencia a la UE y su Derecho -que suponen una importante limitación a la soberanía de los Estados- en el texto constitucional. En este sentido, parece claramente inconveniente que la única mención a la UE que figura en la CE sea para referirse a aquella como la autoridad que dicta el endeudamiento máximo del Estado español y no como el marco supranacional en que este se integra (Bastida, 2011: 174).

88

La rapidez con la que se ha llevado a cabo la reforma sorprende aún más si se contrasta con las cautelas que siempre se han alegado por los dos partidos mayoritarios a la hora de modificar el texto de 1978. Hasta la fecha sólo se había producido una reforma, en 1992, para adaptar el texto al Tratado de Maastricht, y las tímidas propuestas lanzadas para modificar algunos de sus puntos siempre habían caído en saco roto⁶. También en el seno de la cultura jurídica dominante (Escudero, 2011: 10). Entre sus integrantes, son pocos los que manifiestan abiertamente la necesidad de reformar algunos aspectos del texto, mientras que, por el contrario, son mayoría quienes abogan por el mantenimiento del actual *statu quo*. O, por lo menos, así lo habían sido hasta ahora, pues quienes eran los más fervientes

³ Tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 (y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009), estos tratados son el Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE. Sus versiones consolidadas pueden seguirse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>. Revisado el 8 de enero de 2012.

⁴ El texto de este nuevo tratado puede leerse en http://european-council.europa.eu/media/639250/02_tscq.es.12.pdf. Revisado el 8 de marzo de 2012.

⁵ Alemania introdujo en 1969 esa "regla de oro" en el art. 115 de la Ley Fundamental de Bonn. Su deuda, que entonces rondaba el 20% del Producto Interior Bruto (PIB), alcanzó el 70% en el año 2009 (Falcón y Tella, 2011: 3). Posteriormente, en 2009 reformó su constitución (arts. 109 y 115) para prohibir el déficit federal superior al 0'35 por ciento del PIB, prohibiendo asimismo, respecto a los Länder, el déficit a partir de 2020.

⁶ Incluso aquella tendente a eliminar la antinomia existente en la propia CE cuando, por un lado, proclama la igualdad de género (art. 14) y, por otro, establece una regla de preferencia del hombre respecto de la mujer en la sucesión a la Corona (art. 57).

defensores de la rigidez del texto constitucional se han convertido de un día para otro en entusiastas propagandistas de la reciente reforma. Que el rechazo a la reforma sea enérgico en cuestiones tales como la forma de Estado (república frente a monarquía) o su organización territorial (Estado federal frente a Estado de las autonomías), mientras que su defensa sea férrea cuando se trata de imponer límites al Estado social, como es el caso, pone de manifiesto el carácter decididamente conservador de la cultura jurídica hegemónica en España.

1. En democracia, las formas importan

Ha de comenzarse el análisis de la reforma constitucional poniendo el acento sobre el momento y circunstancias en que se llevó a cabo. En primer lugar, la reforma se anuncia y perpetra a finales del mes de agosto, soslayándose el debate público, evitándose tener que escuchar a la ciudadanía y dando así carpetazo al asunto de la forma más rápida posible. Incluso se eludió la consulta al Consejo de Estado. No en vano ha merecido el nombre de reforma exprés. En segundo término, se lleva a cabo por un parlamento con fecha de caducidad y sin legitimidad política para tal acción, dado que las elecciones generales ya se habían convocado para noviembre de ese mismo año. El mensaje que se transmite a la ciudadanía es nefasto en términos democráticos: deben satisfacerse a toda costa las demandas de los mercados y sus instituciones reguladoras, aunque ello suponga una redefinición de aspectos centrales de la CE, evitándose por su parte el debate y la participación ciudadana.

La reforma se llevó a cabo a través del procedimiento simple que prevé la CE en su art. 167. Consiste este en la aprobación por una mayoría de tres quintos del Congreso y del Senado, junto con el sometimiento a referéndum para su ratificación por la ciudadanía si lo solicita el 10 por ciento de los miembros de cualquiera de las cámaras. En este caso, el hecho de que los dos partidos mayoritarios presentaran conjuntamente la proposición de reforma hizo que, aun cuando el resto de partidos no se sumara al acuerdo, la mayoría parlamentaria fuera holgada y ni siquiera se alcanzara el número mínimo de diputados o senadores exigido para la solicitud de referéndum⁷. Además, la reforma se tramitó a través del procedimiento de urgencia y mediante lectura única, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 93 y 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD). Así se tramitó, precisamente, la hasta entonces única reforma constitucional: la llevada a cabo en 1992 para ajustar el texto constitucional a las exigencias del Tratado de Maastricht, modificando el art. 13.2 de la CE.

Tanto esta forma de tramitación como la elección del procedimiento de reforma del art. 167 de la CE fueron las cuestiones alegadas en el recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional (TC) por parte de dos diputados (Gaspar Llamazares y Nuria Buenaventura) que en aquel momento formaban parte del grupo parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per

⁷ En el Congreso de los Diputados solo 5 votaron en contra, mientras que 29 se ausentaron de la votación en señal de protesta por el procedimiento adoptado por el PSOE y el PP (de un total de 350 diputados). Los resultados de la votación pueden seguirse en el Diario de Sesiones del Congreso: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_270.PDF. Revisado el 8 de enero de 2012. En el Senado, fueron 3 votos en contra y 25 ausencias (de un total de 264 senadores). Consultese el Diario de Sesiones del Senado para ver los detalles del debate y votación: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/SEN/DS/PL/DS_P_09_130.PDF. Revisado el 8 de enero de 2012. Finalmente, tan solo 29 diputados solicitaron el referéndum, con lo que no se alcanzó el porcentaje exigido del 10 por ciento. Era previsible este resultado, dado el equilibrio de fuerzas existente en el parlamento y lo reacios que suelen ser diputados y senadores a romper la disciplina de voto impuesta por sus grupos.

Catalunya Verds⁸. Arguyen los recurrentes que esta particular tramitación de la reforma constitucional ha vulnerado sus facultades como parlamentarios y, en consecuencia, el derecho al acceso y ejercicio de sus cargos públicos, es decir, el *ius in officium*. La decisión de la Cámara habría vulnerado, en su opinión, el derecho a tramitar las iniciativas legislativas por el procedimiento adecuado, incorporado ya plenamente por la doctrina constitucional al contenido del art. 23.2 de la CE y recurrible, por tanto, en amparo ante el TC (Gómez Lugo, 2009: 5-6).

Conviene llamar la atención sobre el dato de que es esta la única posibilidad que prevé el ordenamiento español para que el TC entre a enjuiciar la constitucionalidad del procedimiento de reforma seguido en este caso, dado que ni la CE ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contemplan ninguna otra posibilidad para revisar las modificaciones del texto constitucional que se vayan produciendo en el tiempo.

En un inusual ejercicio de celeridad, el TC resolvió mediante el Auto 9/2012, de 13 de enero, inadmitiendo el recurso de amparo⁹. Dos son las cuestiones principales que se dirimen en el recurso: por un lado, la tramitación de la reforma en el Congreso por el procedimiento de urgencia y mediante lectura única; y, por otro, la elección de la vía de reforma del art. 167 de la CE y no del 168, que contempla un procedimiento agravado a la hora de modificar el núcleo central del texto constitucional.

En cuanto a la primera cuestión, los recurrentes alegan que ha supuesto una sustancial reducción de las facultades parlamentarias del Congreso, al eludirse el debate en fase de comisión -en este caso, en la Comisión constitucional- y reducirse notablemente el plazo de presentación de enmiendas. Además, arguyen falta de motivación en esta decisión de simplificar al máximo la tramitación. Finalmente, denuncian que la reforma constitucional no encaja en ninguna de las circunstancias en las que el art. 150.1 del RCD permite la tramitación directa y en lectura única: "cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley [o de reforma constitucional, por remisión del art. 146.1] tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita".

La respuesta del TC ha sido negativa para las pretensiones de los recurrentes. El Tribunal no cuestiona la adopción del procedimiento de urgencia, dado que ni la propia CE ni el RCD excluyen del mismo a la reforma constitucional. Similar argumento se utiliza por el TC para convalidar el uso del trámite de lectura única, cuyas normas (arts. 146 y 150 RCD) tampoco señalan materias vedadas a dicha tramitación. Advierte el Tribunal que la única especialidad procedural vetada por el texto constitucional es la aprobación de su reforma por parte de una comisión legislativa permanente (art. 75.3 CE), asegurando así la intervención del Pleno de la Cámara; aspecto cumplido en el proceso de reforma en cuestión. El Tribunal añade que fue el propio Pleno -y no la Mesa- quien decidió este procedimiento de actuación y que los diputados recurrentes pudieron participar en tal decisión, oponiéndose a la misma mediante su voto negativo, con lo que en ningún momento se vieron mermadas sus facultades constitucionales. A mayor abundamiento, el TC termina este punto señalando que, aunque los recurrentes no las comparten, concurrían razones de excepcionalidad que justificaban la urgencia de la tramitación y la consiguiente reducción del plazo de enmiendas desde el

⁸ El recurso fue presentado con fecha de 28 de septiembre de 2011 y con número de registro 5241-2011.

⁹ Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=10489>. Revisado el 9 de marzo de 2012.

momento en que se anunció públicamente el término de la legislatura y la convocatoria de elecciones anticipadas.

A esta argumentación cabe oponer las siguientes consideraciones. Con carácter previo, resulta cuestionable que se hayan respetado las reglas previstas para la tramitación directa y en lectura única. Según el citado art. 150.1 del RCD, el Pleno podrá adoptar tal procedimiento cuando la naturaleza del proyecto lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita. No parece que una reforma constitucional, sea esta del tenor que sea, pueda reunir cualquiera de estas dos condiciones, debido a la complejidad que conlleva siempre la decisión de modificar la norma superior del sistema jurídico, que es -parafraseando a Manuel Azaña- algo más que un mero texto de Derecho político. Y menos en este caso, cuya compleja formulación no ha sido puesta en cuestión ni siquiera por los propios parlamentarios que promovieron y aprobaron la reforma. No obstante, el TC considera correcta tal decisión basándose en que así fue adoptada por la mayoría del Pleno de la Cámara, confundiendo gravemente los planos decisivo y justificativo. Del simple hecho de que la mayoría del Congreso tome una decisión no se deriva que esta sea correcta de acuerdo con el RCD ni mucho menos que, por ello, esté justificada¹⁰. La justificación de la decisión no puede basarse en que fue adoptada por la mayoría de la Cámara, porque lo que se discute precisamente es si tal decisión fue ajustada o no a Derecho. De no serlo, se estarían violando los derechos políticos de los recurrentes contemplados en el art. 23.2 y, en definitiva, el valor del pluralismo político contemplado en el art. 1.1 de la CE.

El TC guarda silencio sobre este asunto, pasando por alto la argumentación de los recurrentes a este respecto y señalando tan solo que estos pudieron ejercer sus facultades políticas mediante el voto negativo en el Pleno. Esta última afirmación del Tribunal desconoce que los procedimientos parlamentarios están establecidos para garantizar el proceso de formación de voluntad en el seno de las cámaras; un proceso que no puede verse alterado por la decisión mayoritaria de sus integrantes. De ser así, a las minorías parlamentarias tan sólo les correspondería una suerte de mero "derecho a la tribuna" (Ferrajoli, 2011: 52), que es en definitiva lo que el TC está concediendo a los diputados recurrentes.

Por otro lado, las supuestas razones de excepcionalidad que justificarían la tramitación urgente de la reforma no se compadecen muy bien con el propio contenido de la misma. En la Disposición adicional única que la acompaña se establece que la ley orgánica, que según el nuevo art. 135 ha de fijar el déficit estructural máximo permitido al Estado, deberá estar aprobada antes del 30 de junio de 2012, mientras que la entrada en vigor de los límites de tal déficit se pospone para el año 2020¹¹. A la vista de tales fechas resulta injustificado el argumento de la

¹⁰ Esta crítica a la argumentación del Tribunal se encuentra en el voto particular formulado por el propio vicepresidente del TC, Eugeni Gay, al Auto en cuestión. Disponible en línea: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=10489>. Revisado el 9 de marzo de 2012.

¹¹ El 3 de marzo de 2012, el Gobierno presentó en el Congreso el Proyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Su texto puede seguirse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/A_003-01.PDF. Revisado el 9 de marzo de 2012. En principio, el proyecto respeta tanto el espíritu como el contenido de la reforma constitucional: por un lado, prohíbe el déficit estructural para las administraciones públicas, permitiendo un déficit del 0'4 por ciento del PIB en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo; por otro, mantiene que la deuda pública no podrá superar, salvo en los supuestos excepcionales recogidos en la CE, el valor de referencia del 60 por ciento del PIB establecido en la normativa europea. Además, el proyecto de ley insiste en marcar la regla constitucional de la prioridad absoluta del pago de los intereses y el capital de la deuda pública frente a cualquier otro tipo de gasto.

urgencia en el procedimiento de reforma del texto constitucional (De Carreras, 2011; Vintró, 2011); un texto tantas veces defendido como pilar básico de nuestra convivencia democrática.

Además, toda la argumentación del TC parte de una consideración que merece ser analizada con mayor detalle: la admisión del procedimiento de urgencia y en lectura única para la reforma constitucional. Como ya se ha señalado, el TC justifica su decisión en el silencio tanto de la propia CE como del RCD a este respecto. Puesto que ninguno de estos textos establece límites materiales a tal procedimiento, el Tribunal deduce que su utilización es perfectamente admisible en los procesos de reforma constitucional. A esta interpretación del Tribunal se puede oponer otra de signo contrario, que llevaría a concluir que no cabe el procedimiento de urgencia y el trámite de lectura única en los supuestos de reforma constitucional. Parte esta segunda interpretación de la distinción entre los procedimientos parlamentarios legislativos, por un lado, y los de reforma constitucional, llevados a cabo por el parlamento, por otro; es decir, entre poder constituido y poder constituyente¹². Atendiendo a esta distinción, podría argumentarse que las previsiones contenidas en el RCD se refieren única y exclusivamente a los procedimientos legislativos, pero no a los de reforma constitucional. Que cuando el legislador reguló las condiciones a seguir para la tramitación urgente y en lectura única se estaba refiriendo a los productos del poder legislativo, pero no a aquellos en los que este interviniere en calidad de poder constituyente, como es el caso. A estos últimos no resultaría de aplicación, pues, la tramitación directa y en lectura única que prevé el art. 150 RCD para los proyectos y proposiciones de ley. En apoyo de esta argumentación cabe recurrir también a la opinión doctrinal que entiende el procedimiento de urgencia como un método que vendría a reforzar el papel del poder ejecutivo en el *iter legis*, para así lograr una aceleración en los trámites legislativos (Gómez Lugo, 2007: 705). Extender este mecanismo, puesto a disposición del Gobierno para manejar mejor la agenda y tiempos de la tramitación legislativa, a los procesos de reforma constitucional sería desvirtuar totalmente su espíritu y objetivo.

Caben, pues, dos posibles interpretaciones con resultados discrepantes. En tal tesitura debería prevalecer la que resultara más garantista con la CE y sus valores. Así, el TC debería haber asumido la segunda, puesto que es la que en mayor medida respeta la dimensión participativa sin la cual carece de sentido el valor del pluralismo político contenido en el art. 1.1, es decir, en el frontispicio del texto constitucional. De haber optado por esta interpretación, el Tribunal habría reforzado su papel de garante de la Constitución.

2. ¿Reforma o fraude constitucional?

El segundo de los argumentos presentados por los recurrentes -ante el que el TC también responde de forma negativa- aborda una cuestión de fondo, relacionada directamente con la materia o materias a las que se refiere la reforma del art. 135 de la CE, es decir, con su delimitación material. Estiman los recurrentes que la reforma afecta a materias pertenecientes al "núcleo duro" de la Constitución (en concreto, a derechos fundamentales como la educación y la tutela judicial efectiva) y que, por ello, hubiera debido llevarse a cabo a través del procedimiento agravado previsto en el art. 168 de la CE. Según este, cuando se trata de una

¹² Este argumento aparece en el voto particular formulado al Auto del TC por el magistrado Luis Ortega. Se encuentra disponible en línea en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=10489>. Revisado el 9 de marzo de 2012.

revisión total del texto constitucional, o de una parcial que afecte al título preliminar (que contiene las bases del Estado social y democrático de Derecho), a los derechos fundamentales o a la Corona, los pasos a seguir son los siguientes: aprobación inicial de la reforma por los dos tercios de cada cámara, inmediata disolución de las Cortes, aprobación de la reforma por idéntica mayoría de las nuevas cámaras y ratificación mediante referéndum. Es un procedimiento sin duda mucho más garantista, que requiere la participación directa de la ciudadanía ante decisiones relativas a ese núcleo duro del texto constitucional.

El TC ratifica la corrección del procedimiento de reforma seguido por la Cámara. En opinión del Tribunal, la alegada conexión del art. 135 con otros preceptos constitucionales "no encuentra amparo ni en la propia literalidad del texto constitucional, ni en la jurisprudencia constitucional ni tampoco en la doctrina". En consecuencia, la extensión del procedimiento previsto en el art. 168 de la CE carece "de sentido alguno y es directamente contraria al espíritu de un texto constitucional que delimitó con bastante precisión las dos vías de reforma constitucional".

Llama la atención la ligereza con la que el TC despacha la pretensión de los recurrentes¹³. El único argumento que se esgrime para ello es la ausencia de doctrina que avale una supuesta conexión del art. 135 con derechos fundamentales contemplados en el "núcleo duro" de la CE, cuya afectación supondría la necesidad de adoptar el procedimiento agravado de reforma definido en el art. 168. Es cierto que la reforma versa sobre una materia sin jurisprudencia constitucional previa. Pero es precisamente este vacío lo que exige del TC una mayor y más profunda motivación. A fin de cuentas, su papel de garante del texto constitucional demanda una mayor justificación de la corrección de la reforma del mismo, máxime cuando la cuestión ha sido planteada por parlamentarios (es decir, legítimos representantes del pueblo español) y trata sobre una materia muy técnica cuya complejidad no escapa a nadie.

Donde el TC yerra de plano es a la hora de afirmar rotundamente que la relación entre las materias a que se refiere el art. 135 y los derechos que definen el Estado social, no encuentran amparo en la doctrina. Nada más lejos de la realidad. Soslaya el TC todo lo relativo a la política keynesiana que se ha venido aplicando en los países europeos tras la Segunda Guerra Mundial y que vincula el gasto público con el crecimiento económico que se necesita para garantizar los derechos sociales. Es más, toda la fundamentación sobre el Estado social se basa en la sostenibilidad de un programa de derechos sociales que exige importantes esfuerzos y desembolsos económicos por parte de los poderes públicos. Los estudios y referencias doctrinales en este sentido son innumerables, aun cuando no hagan referencia -como es lógico, por otra parte- al caso concreto que acaba de plantearse en el parlamento español. Al pasar por alto esta cuestión, el TC ha evitado entrar en un terreno que le hubiera exigido un mayor esfuerzo argumentativo si quería seguir validando la actuación del Congreso.

Hay razones para afirmar que los principios incorporados en el nuevo art. 135 suponen una modificación sustancial del Estado social y democrático de Derecho consagrado en el art. 1.1 de la CE. En efecto, la constitucionalización del

¹³ En general, sorprende la escasa atención que el TC ha prestado a este asunto de la reforma constitucional. Tan escasa ha sido que ni siquiera mereció que emitiera una sentencia sobre el fondo, limitándose a desestimar el recurso mediante auto. Este último aspecto ha sido objeto de crítica en el voto particular emitido por el magistrado Pablo Pérez Tremps. Véase el contenido del mismo en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=10489>. Revisado el 9 de marzo de 2012.

equilibrio presupuestario y la limitación del gasto público afectan no sólo a la satisfacción de derechos señalados por los recurrentes como la educación o la tutela judicial efectiva, sino también a todos los aspectos relacionados con el bienestar y la igualdad material (Bastida, 2011: 172). Desvincular el déficit público del cumplimiento real de tales derechos supone o bien un profundo desconocimiento acerca del funcionamiento de los mecanismos redistributivos de que disponen las autoridades públicas o bien un intento de engañar a la ciudadanía haciéndole creer que las reglas que fijan el techo de gasto o el endeudamiento del Estado no guardan relación con el desarrollo efectivo de derechos y políticas sociales. Es esto lo que se ha pretendido hacer por parte del legislador y que, en última instancia, el TC ha convalidado: ocultar el verdadero alcance de la reforma mediante la estrategia de diluir las medidas incorporadas en el interior del título séptimo de la CE, cuyos artículos contienen una serie de mandatos heterogéneos relativos al rol de los poderes públicos en el desarrollo y planificación de la actividad económica. Lo cierto es que, mediante los principios del art. 135, se enclaustra la capacidad de los poderes públicos para llevar a cabo buena parte de las políticas que garantizan los derechos sociales constitucionalmente proclamados (Baylos, 2011: 6).

Además de las señaladas hasta ahora, hay otra razón que induce a dudar sobre la constitucionalidad de la reforma por la vía del art. 167. Esta consagración absoluta de la estabilidad presupuestaria para todas las administraciones públicas afecta negativamente al principio de autonomía financiera de las comunidades autónomas garantizado en los arts. 2 y 156.1 de la CE. Conviene advertir que estas tienen atribuidas gran parte de las competencias relativas a políticas de igualdad y redistribución, con lo que la limitación del gasto condena al ostracismo a la mayoría de las políticas que caracterizan al Estado social. Además, al aprobarse la reforma sin tan siquiera consultar o informar previamente a las comunidades autónomas (recurriendo, por ejemplo, a la Conferencia de presidentes autonómicos o al Consejo de Política Fiscal y Financiera), los partidos mayoritarios demostraron tener poco respeto al pacto político que sujeta el Estado de las autonomías¹⁴.

94

Para terminar con el análisis del contenido de la reforma, resta añadir un par de consideraciones adicionales. Es la primera de ellas la relativa a una cláusula incorporada en el art. 135 y que supone una novedad en el moderno constitucionalismo. Se trata de la regla de la prioridad absoluta del pago de los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones, cuyo contenido no aparece en ninguna otra constitución. En un esfuerzo por salvar la cara de los proponentes de la reforma, algunos autores han querido ver un antecedente de la citada cláusula en la Constitución de los Estados Unidos de América (EEUU), cuya Enmienda XIV (de 1868) afirma la incuestionabilidad de la validez de la deuda pública de los EEUU (De Esteban, 2011: 195; Pérez Royo, 2011). Establecer una comparación entre lo dispuesto en el art. 135 de la CE y esta cláusula de la Constitución estadounidense, aprobada para

¹⁴ Este argumento no se encuentra en el recurso de amparo al que se hace referencia en estas páginas. Quizá en la mente de los recurrentes pesó el nulo éxito del recurso de inconstitucionalidad presentado en 2002 por el Parlament catalán en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria. Promovida por el entonces Gobierno del Partido Popular, esta legislación imponía el "déficit cero". En este caso, el TC no dudó en alinearse con las tesis del Gobierno central. En su sentencia 134/2011, de 20 de julio, entendió que tal imposición legal no planteaba tacha alguna de inconstitucionalidad. Disponible en línea: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=10220>. Revisado el 8 de enero de 2012. Esta sentencia del TC pone de manifiesto que el principio de estabilidad presupuestaria ya estaba vigente en España al amparo de la legislación en vigor, lo que añade un interrogante más al sentido de la reforma constitucional.

forzar a los Estados del sur al pago de sus deudas tras la guerra de secesión, es un ejercicio de esos "presentismos" contra los que nos advierten los historiadores más avezados. En todo caso, que se contenga una previsión de tal tenor en la Constitución de los EEUU no es argumento que justifique su implantación en la nuestra.

Esta regla de prioridad absoluta del pago del crédito se convierte en un dogma que prevalece frente a la satisfacción de derechos sociales o al mencionado principio de autonomía financiera (Álvarez Conde, 2011: 160-161). Por supuesto, no es irracional que en determinadas coyunturas económicas la limitación del déficit y del endeudamiento público se haga primar frente a otras decisiones políticas de carácter económico. Nada que objetar a que así se haga, vistas todas las cuestiones en juego. Pero, lo que resulta a todas luces irracional es que se establezca de forma apriorística y absoluta, sin tener en cuenta que puede haber momentos y circunstancias -como por ejemplo, las actuales, donde se requiere reactivar la economía mediante inversión pública- en las que sea aconsejable postergar el pago del crédito para hacer frente a otras necesidades más acuciantes y evitar así un descalabro social y económico (Cámara, 2011: 180).

La última consideración sobre el texto de la reforma hace referencia a la cláusula de cierre del sistema, aquella según la cual podrán superarse los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública -con el acuerdo de la mayoría absoluta del Congreso- en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. Más que de cierre, bien podría calificarse esta cláusula como de apertura, ya que su deficiente redacción hace que resulte sencillo para los partidos mayoritarios "saltarse" tales límites en un futuro y desvirtuar así los propios objetivos de la reforma (De Carreras, 2011). En efecto, todo cabe bajo conceptos tan indeterminados y cláusulas tan generales como las que se contienen en este punto 4 del art. 135; siempre que así lo aprecie, eso sí, la mayoría absoluta del Congreso. Es de prever que, si se pone en práctica, este punto será objeto de disputas y controversias ante el TC.

95

3. Del texto al contexto: hacia la soberanía de los mercados

El análisis de la reforma constitucional exprés quedaría incompleto si no se hiciera referencia al contexto en que se inserta. Un contexto caracterizado por el final del pacto entre el capital y el trabajo que supuso el nacimiento de los Estados sociales de derecho tras la Segunda Guerra Mundial. Fueron los años setenta y ochenta del siglo pasado los que certificaron el final de dicho pacto y el consiguiente desmantelamiento del Estado social. Aprobada en 1978, la CE no es ajena a esta coyuntura internacional. Además, las particularidades que rodearon a la llamada Transición, junto con el peso que en ella tuvieron los sectores provenientes de la dictadura franquista, condicionaron notablemente el texto constitucional, configurando una "democracia de baja intensidad" en lo que a mecanismos de participación ciudadana se refiere (Pisarello, 2003: 132). En efecto, la CE apostó por un modelo de democracia circunscrita a los procesos electorales, limitando la actividad política de la ciudadanía al momento de acudir a las urnas y votar para elegir a sus representantes en las instituciones. Además, en su articulado sentó las bases para consolidar ese bipartidismo en el que estamos instalados desde entonces y que impide la representación cabal de las diferentes sensibilidades políticas que concurren en el Estado español.

Uno de los aspectos en que se manifiesta con mayor claridad este déficit de la CE de 1978 es en la regulación del instrumento del referéndum. La referencia se antoja pertinente porque durante esos días de agosto en que se tramitó la reforma constitucional hubo numerosas voces que solicitaron, precisamente, la celebración de un referéndum mediante el que preguntar a la ciudadanía su opinión al respecto. Dado que la vía elegida por los partidos proponentes de la reforma excluía esta posibilidad, salvo que así lo solicitases el 15 por ciento de los diputados o senadores (cifra que no llegó a alcanzarse, como ya se ha señalado), tan sólo quedaba recurrir a que el presidente del Gobierno hiciese uso de la facultad que le concede el art. 92 de la CE y convocase referéndum consultivo. Hubiera sido un deseable ejercicio democrático: consultar al pueblo, aunque el resultado no fuese vinculante, para conocer así de primera mano su opinión sobre la reforma.

El presidente hizo oídos sordos a esta demanda. Su silencio se vio refrendado por voces de la cultura jurídica mayoritaria que no tardaron en descalificar la propia solicitud de referéndum¹⁵. Tras sus argumentos se deja entrever una visión elitista de la política, según la cual solo deberían participar en sus decisiones quienes realmente supieran de los temas en juego, los expertos en la materia. En consecuencia, se arguye que los temas a los que se refiere la reforma constitucional son muy técnicos, de gran complejidad, y que escapan al debate ciudadano (Pérez Royo, 2011). Esta tesis supone hacer realidad el viejo sueño liberal: la completa separación de la política en la economía, la no intervención de la política en todo lo relacionado con la economía, dado que esta cuenta con reglas propias que la ciudadanía -profana en la materia- desconoce. En suma, pareciera como si la opacidad y falta de participación ciudadana en todo este proceso de reforma constitucional fuera, precisamente, una de las reglas a seguir para evitar el tan temido rescate de la economía española por parte de las instituciones comunitarias. Incluso se avisa sobre los efectos negativos a que podría dar lugar el referéndum sobre la prima de riesgo de la economía española, la cual se debilitaría no sólo por un hipotético resultado contrario a la reforma, sino incluso por su mera solicitud.

Según lo señalado con anterioridad, este tajante rechazo a recurrir a instrumentos de democracia participativa no es nuevo, sino que se insertaría en un contexto general contrario a la implantación de mecanismos de democracia participativa. Los propios constituyentes de 1978 se caracterizaron por su aversión al referéndum, como se puso de manifiesto en los debates que condujeron a la aprobación de la Constitución (Peces-Barba, 1988: 187). En consonancia con ello, la CE configura una regulación restrictiva de esta figura, exigiendo la celebración de referéndum vinculante tan solo para la reforma de su núcleo duro (la vía del citado art. 168), la aprobación y reforma de los estatutos de autonomía de las regiones históricas (Euskadi, Catalunya y Galicia) más Andalucía, así como para una hipotética incorporación de Navarra a la comunidad autónoma vasca¹⁶. Son, así

¹⁵ Una exposición general de los argumentos inicialmente esgrimidos por notables constitucionalistas contra el referéndum puede seguirse en http://politica.elpais.com/politica/2011/08/28/actualidad/1314560280_074448.html. Revisado el 8 de enero de 2012.

¹⁶ Cabe reseñar que el constituyente de 1978 no recogió la figura del referéndum derogatorio, presente en la Constitución republicana de 1931 así como en las constituciones de nuestro entorno (por ejemplo, en el art. 75 de la italiana de 1948). Permite esta técnica que sea la propia ciudadanía la que solicite pronunciarse sobre una ley aprobada en el parlamento. En concreto, el art. 66 de la Constitución republicana requería que así lo solicitase el 15 por ciento del censo electoral, excluyendo de su ámbito de aplicación materias como las leyes tributarias, las que aprobaran estatutos regionales de autonomía o las que ratificaran tratados internacionales. En cualquier caso, la CE eludió regular esta posibilidad que permitiría a la ciudadanía enmendar la plana a sus representantes parlamentarios.

pues, escasas las ocasiones en que su articulado recurre a este instrumento de participación democrática mediante el que la ciudadanía refrenda (o no) las decisiones parlamentarias que afectan a aspectos centrales de la convivencia. Del mismo modo que también son escasas las veces -en concreto, dos- que se ha celebrado ese referéndum consultivo al que hace referencia el art. 92 de la CE¹⁷.

En este contexto general, a nadie podrá extrañar la forma como se ha desenvuelto esta reforma exprés, la cual no es sino un paso más en la deriva antidemocrática que caracteriza la vida política de los últimos años, tanto en España como en el resto de Europa. Cada vez son más las decisiones políticas que se adoptan en foros diferentes a aquellos en los que reside la soberanía popular. Los parlamentos se están convirtiendo en lugares donde refrendar formalmente decisiones ya adoptadas de antemano por sujetos y poderes que carecen de legitimidad democrática para ello. Este ha sido el caso de la reforma exprés comentada en estas páginas, aprobada al dictado de los mercados y con el único objetivo de calmarles mediante un ejercicio (más simbólico que real, podría decirse) de autoridad. Al final, parece como si lo importante no fuera tanto el texto definitivamente aprobado cuanto la potencia de la señal emitida ante una situación de emergencia (Pérez Royo, 2011).

Todavía es pronto para valorar si la reforma producirá los efectos deseados. Hasta la fecha ni las oscilaciones de la prima de riesgo han desaparecido ni los riesgos de colapso de la economía española han disminuido. Pero de una cosa sí podemos estar seguros. Con su actuación los dirigentes de los partidos políticos de la reforma han mandado una clara señal a la ciudadanía: su déficit de cultura democrática y constitucional.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, E. (2011), "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 93, pp. 160-164.
- BASTIDA, F.J. (2011), "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 93, pp. 172-176.
- BAYLOS, A. (2011), "Lealtad constitucional, Estado social y límite al déficit público", *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, Vol. 25, pp. 5-7. Disponible en línea: <http://www.1mayo.org/nova/files/1018/Cuaderno25.pdf>. Revisado el 8 de enero de 2012.
- CÁMARA, G. (2011), "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 93, pp. 176-181.
- DE CARRERAS, F. (2011), "Inútil, vacía y mal tramitada", diario *La Vanguardia*, publicado el 1 de septiembre. Disponible en línea: http://www.idpbarcelona.net/docs/blog/carreras_castellano.pdf. Revisado el 8 de enero de 2012.
- DE ESTEBAN. J. (2011), "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 93, pp. 195-198.
- ESCUDERO, R. (2011), "La reforma constitucional y los juristas del Reino", *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, Vol. 25, pp. 10-13. Disponible en línea: <http://www.1mayo.org/nova/files/1018/Cuaderno25.pdf>. Revisado el 8 de marzo de 2012.

¹⁷ El primero, el 12 de marzo de 1986, relativo a la pertenencia de España a la OTAN, con un número de votantes cercano al sesenta por ciento del censo; el segundo, el 20 de febrero de 2005, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, con un cuarenta y dos por ciento de votantes.



- FALCÓN Y TELLA, R. (2011), "La reforma del art. 135 de la Constitución", *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 25, pp. 1-9.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2008), "La urgencia en el «iter legis»: una técnica de agilización procedural a disposición del Gobierno", *Revista de Derecho Político*, Núm. 71-72, pp. 703-733. Disponible en línea: <http://espacio.uned.es/fez/view.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico2008-20>. Revisado el 8 de enero de 2012.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2009), "El derecho a tramitar las iniciativas legislativas por el procedimiento adecuado", *InDret*, Núm. 4, pp. 1-21. Disponible en línea: http://www.indret.com/pdf/668_es.pdf. Revisado el 8 de enero de 2012.
- PECES-BARBA, G. (1988), *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PÉREZ ROYO, J. (2011), "La reforma constitucional en perspectiva", diario *El País*, publicado el 4 de septiembre. Disponible en línea: http://www.elpais.com/articulo/opinion/reforma/constitucional/perspectiva/elpepiopi/20110905elpepiopi_12/Tes. Revisado el 8 de enero de 2012.
- PISARELLO, G. (2003), "Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad", en CAPELLA, J.R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, pp. 129-149.
- RUBIO LLORENTE, F. (2011), "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 93, 2011, pp. 203-210.
- VINTRÓ, J. (2011), "La reforma constitucional de 2011: nota sobre el procedimiento parlamentario", Institut de Dret Public. Disponible en línea: <http://idpbarcelona.blogspot.com/2011/10/reflexiones-sobre-la-reciente-reforma.html>. Revisado el 8 de enero de 2012.



**A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011:
Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo.
¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?**

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona
ricardo.cueva@upf.edu

Resumen

La jurisprudencia española ha seguido diferentes direcciones en lo relativo a la tipificación penal del *hate speech*, pero manteniendo constante la exigencia de incitación para apreciar el correspondiente delito. Sin embargo, aquellas variaciones han derivado finalmente en una restricción de las prohibiciones al discurso del odio que debilita los instrumentos de represión penal contra él. Al respecto, podría recuperarse contra la difamación de colectivos la vía inicialmente señalada por el Tribunal Constitucional, y ello sin romper con una jurisprudencia española poco proclive a su persecución penal.

Palabras clave

Discurso del odio, jurisprudencia, Tribunal Constitucional, incitación, honor colectivo, libertad de expresión, negacionismo, genocidio.

About the judgment 259/2011 of the Spanish Supreme Court: hate speech, incitement and right to collective honor. A new twist against the prohibition of extreme speech?

Abstract

The Spanish case law has followed different directions with regard to the criminalization of hate speech, but always with the incitement requirement to assess the relevant offense. However, those variations have resulted ultimately in a restriction of hate speech bans that weakens the instruments of criminal punishment against it. Regarding this situation, it could be recovered the initial approach of the Constitutional Court, and admitted claims against libel groups without departing from a Spanish case law unlikely to criminal prosecution of hate speech.

Keywords

Hate speech, case law, Constitutional Court, incitement, collective honor, freedom of expression, negationism, genocide.

1. Una casación absolutoria

Los casos que salen a la luz actualmente sobre diversas manifestaciones de racismo, xenofobia o, en general, vituperadoras de grupos vulnerables, parecen preocupar a las autoridades europeas¹ así como a buena parte de la opinión pública y a las asociaciones que defienden los derechos de mujeres e inmigrantes o refugiados. El discurso del odio puede definirse como “cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión o orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él” (Sumner, 2009: 207, 208). La prohibición de estos comportamientos en el Código Penal español intentaría impedir dos tipos de conductas: la de la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos y la de la calumnia o injuria proferidas contra ellos o contra sus miembros por razón de su pertenencia a los mismos.

Al respecto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS) 259/2011, de 12 de abril, abre una senda jurisprudencial que, asumiendo los preceptos citados, limita sin embargo su ámbito de aplicación de manera drástica. La resolución aquí analizada fue una decisión judicial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que anulaba otra anterior de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10^a, Rollo 112/07), tribunal que había enjuiciado a cuatro personas por los delitos de difusión de ideas genocidas y con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, así como por el de asociación ilícita. En dicho proceso les había encontrado culpables de todos ellos, excepto a uno de los encausados, a quien sólo se le atribuyó la comisión de dos, y mediando un fallo que emergía tras una extensa enumeración y cita de numerosas publicaciones que los condenados habían distribuido. Al respecto, la STS 259/2011 describe dos ámbitos distintos, pero aparentemente conectados: por una parte, la organización de un ente asociativo de ideas nacionalsocialistas, según la propia definición de sus estatutos (2º Fundamento de Derecho, FD, punto 2), y por otra, la redacción, edición y distribución de varios textos que atacan a discapacitados, extranjeros, negros y magrebíes, así como a judíos y homosexuales. El suministro de tal literatura se realizaba a través de una librería situada en Barcelona (FD 1º) y en la cual prácticamente no se distribuía otra de diferente índole (7º FD de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, SAPB). En consecuencia, los encausados resultaron inicialmente condenados por los delitos del art. 510.1 (“provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”), 607.2 (“difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [los relativos al genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”), 515 (“asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración [...]” 4º. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5º. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por

¹ Recomendaciones como la (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la nº 7 de la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (2002) o la 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Todas ellas siguen la senda del art. 20.2 perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 que señala: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley”.

razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello") y 517 (que prevé dos tipos de penas, una para los fundadores, directores o presidentes de la asociación, y otra para sus miembros activos) del Código Penal de 1995. Pero el TS decide casar la sentencia completamente, en una resolución que pretende reducir la aplicabilidad de los tipos penales mencionados.

En realidad, gran parte de la decisión del Alto Tribunal se sustenta en una interpretación de los hechos muy distinta a la realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona. En primer lugar, sosteniendo con un criterio sumamente restrictivo que no se está ante asociación paramilitar de ningún tipo, y ello pese a la existencia de varios círculos presididos por una jerarquía, uniformes, rangos y compromisos (FD 6º, SAPB). Pero, sobre todo, y esta es la nota relevante que abordaré un poco más adelante, valorando de muy distinto modo el *riesgo* para los bienes jurídicos custodiados por el ordenamiento. Con respecto al primer asunto, el TS examina la imputación de asociación ilícita del art. 515. Aún reconociendo, de acuerdo con su propia sentencia 765/2009, que "la conformación penal de la asociación no precisa que se componga de estructura y organización muy complejas" (FD 2º, 1), el TS estima que "la sanción penal no se justifica en sí misma como consecuencia de una infracción formal de una prohibición de asociación en determinados casos, sino que requiere la existencia de algún *peligro* para el bien jurídico protegido, que aunque sea abstracto tiene que ser real y no presunto"². De hecho, añade a continuación que la asociación aquí analizada ni siquiera tendría los requisitos suficientes como para considerarse "paramilitar" de acuerdo con el apartado segundo del precepto antedicho, pues "no basta que en su organización o en sus reglas, o incluso en su equipamiento y vestimenta, pretenda imitar al ejército" sino que "para que pueda dar lugar al peligro, abstracto y real, al que antes se hizo referencia, es preciso, en primer lugar, que incorpore la posibilidad real y efectiva de que el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos contraídos por sus miembros, pueda ser exigido desde las perspectivas propias de la disciplina militar, y, por lo tanto, con consecuencias negativas para el infractor equivalentes a las que se producirían en aquel ámbito". Sólo en tales condiciones los subordinados ejecutarían actos que resultarían "negativos para la seguridad ciudadana, la paz pública o la paz social". Por añadidura, y destruida así la posibilidad de inculpación de acuerdo con el apartado 4º del art. 515 del Código Penal, el Tribunal entiende que no ha quedado probado que la asociación pudiera mantener una serie de actuaciones subsumibles en él y referentes por tanto a la promoción de la discriminación, el odio o la violencia, pues de su ideología no se deducía que se organizaran para tales fines (FD 1º, 10).

Pero examinemos de manera más detenida las otras imputaciones en su momento articuladas contra los miembros de ese mismo grupo, que son las que van a centrar el contenido del presente artículo. La decisión citada comienza asumiendo, como no podía ser menos, el principio de intervención mínima del derecho Penal, puesto que "aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de [...] ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal [...] para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de *lesión* como el *peligro* creado para los bienes jurídicos que se trata de

² El subrayado es propio, como en todos los supuestos en que aparecen cursivas en el presente artículo, excepto cuando se trate de vocablos de otras lenguas.



proteger" (FD 1º, 1). No se niega la posibilidad de castigar la "divulgación del discurso del odio", desde el momento en que se trate de una conducta o actitud que implique "actos de discriminación", pero siempre dentro de unos límites (FD 1º, 1). Así, pues, cualquier *provocación* que estimule aquellas ideas debe de interpretarse en el sentido fijado por el art. 18.1 CP, según el cual existe tal "cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito"³. Resulta en cualquier caso preciso para que se produzcan los elementos del tipo que "se trate de una *incitación directa* a la comisión de hechos *mínimamente concretados* de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo" (FD 1º, 2). Y es que tanto el art. 510.1 como el 607.2 CP "pueden colisionar con otros derechos reconocidos", como son los de "libertad ideológica" y libertad de expresión constitucionales (FD 1º, 5). Su restricción sólo podría quedar justificada cuando aquéllos colisionen con otros bienes jurídicos acreedores de una mayor protección, realizada la oportuna ponderación correspondiente, y que serían el derecho a la "dignidad de la persona" (art. 10.1 CE), así como sus derechos a la "igualdad" (art. 14 CE.) y a su "honor" (art. 18.1)⁴. "La expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una *incitación* a hacerla efectiva", puesto que "la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas", sino sólo "cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un *peligro cierto* de generar un *clima de hostilidad* que pueda concretarse en *actos específicos de violencia, odio o discriminación* contra aquellos grupos o sus integrantes como tales" (FD 1º, 7). El juzgador asume, refiriéndose a las ideologías indicadas, que "en la sociedad española actual, la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos *muy minoritarios* en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta *irrelevancia*". Pues, "para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes" (FD 1º, 8).

En consecuencia, el TS entiende a lo largo de todo su fallo que "la incitación directa" y el "peligro cierto", son ambos requisitos indispensables para aplicar los arts. 510.1 y 607.2, y que ninguno de ellos se reproduce en el caso de autos. ¿Pero son ambos artículos equiparables a tales efectos? ¿No cubren bienes jurídicos distintos? En realidad, y como se verá a continuación, el TS lo que hace es seguir una dirección previamente trazada por el Tribunal Constitucional (TC).

³ Esta assimilación de la "provocación" del art. 510.1 a la "incitación" del art. 18.1 es mantenida también por Muñoz Conde (2009: 770) y una buena parte de la doctrina (véase Colina Oquendo, 2009: 1363). Sin embargo, otros penalistas, como Polaino Orts (2011: 492, 493) sostienen que se trata de dos tipos de incitación distintos.

⁴ FD 1º, 6.

2. El "discurso del odio" en la jurisprudencia constitucional: el hilo conductor de la "incitación"

En nuestra jurisprudencia de altos tribunales, el primer caso famoso sobre discurso del odio fue el abordado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre. En ella se venía a dar respuesta a un recurso de amparo interpuesto por Dña. Violeta Friedman por violación del art. 24 de la Constitución, referente a la tutela judicial efectiva, y debido a que el órgano judicial competente le había negado la legitimación activa para pleitear por protección civil del derecho al honor bajo la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. En concreto, la demandante había actuado contra el líder de extrema derecha y ex-jefe de las Waffen SS, D. León Degrelle, de origen belga y afincado en España, y que había realizado unas declaraciones en las cuales acusaba de falseadores de la verdad histórica a los judíos y les consideraba victimistas y manipuladores, poniendo en cuestión la propia existencia del Holocausto y expresando su deseo de que un nuevo Führer pudiera "salvar" a Europa (2º Antecedente de Hecho y 8º Fundamento Jurídico, FJ). La relevancia pública del personaje y el hecho de que sus declaraciones fueran realizadas para una revista de notoria importancia en España entonces, debieron contribuir, sin duda, a que la Sra. Friedman, de origen judío y que había sufrido con sus familiares la deportación a Auschwitz, en donde serían asesinados todos los suyos (FJ 4º), se decidiera a intentar la consecución de un fallo favorable en la jurisdicción civil contra el declarante. Habiendo sido, sin embargo, denegada en primera instancia su demanda por el motivo arriba apuntado, luego el TC optó por reconocer la capacidad procesal de Dña. Violeta y dejar abierto el camino para una posible restitución, reparación y resarcimiento. Otra decisión, según el propio Tribunal, hubiera originado consecuencias indeseables, puesto que los "grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo", por lo que, de no admitir "la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE)" (FJ 3º). La Sra. Friedman, en consecuencia, tiene un interés "legítimo", a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país" (FJ 4º), pues resulta posible apreciar la lesión del derecho fundamental "en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos dentro de la colectividad" (FJ 6º). A continuación, la STC pasa a examinar si el derecho al honor debe prevalecer en este caso sobre la libertad de expresión. Al respecto, declara que las declaraciones del originalmente demandado son "afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una *incitación* antijudía" (FJ 8º). La pregunta que cabe ante tal aseveración es la de si era necesario introducir este concepto aquí. ¿No bastaba con percibir que conllevaban "imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas" (FJ 8º), es decir, la producción de un *daño*? ¿No resultaba esto suficiente para constatar el correspondiente ataque al honor?



La primera sentencia donde aparece ya citada la expresión "lenguaje del odio" y segunda en importancia sobre el tema en España, fue la STC 176/1995, de 11 de diciembre. Esta resolución daba la razón a una sentencia *penal* que prohibía la publicación de cierto cómic que versaba sobre un supuesto campo de exterminio nazi. Las viñetas, a juicio del Tribunal, ponían "en ridículo el sufrimiento" de las víctimas, buscando "deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío"(FJ 5º). En este supuesto, la decisión judicial originaria había sido recurrida en amparo por la editora, conocida por su filiación a la denominada línea "sucia" de la historieta y que no respondía por tanto a connotaciones ideológicas de carácter racista, sino a aquella corriente estética del cómic *underground*. En concreto, los cargos imputados lo fueron por los arts. 458 (injuria grave) y 209 (escarnio de confesión religiosa) del antiguo Código Penal. El juzgador, pues, adoptaba la persecución penal de conductas que hasta entonces quedaban fuera de sus límites, y además de forma muy beligerante y con toda probabilidad excesiva, identificando una historieta misántropa con la puesta en peligro de todo un colectivo. Así lo evidencian declaraciones como la que sigue: "el tebeo [...] a lo largo de sus casi cien páginas [...] habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que *incita* a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento casual entre unos y otros" (FJ 5º)⁵.

Después vino el Código Penal de 1995, y con él ese catálogo de nuevos delitos que ya se ha examinado sucintamente al comienzo del artículo. Con esta nueva normativa, pues, la sentencia que vino a señalar un cambio de rumbo, y esta vez en sentido contrario, fue la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, nada menos que derogando, por contrario a la Constitución, el inciso del art. 607.2 del CP referente a negación de genocidio. En tal decisión se daba una respuesta a la cuestión de constitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona con motivo del reexamen de un caso en el que había sido condenado el dueño de una librería filonazi de la Ciudad Condal. En concreto, se entendía que no podía mantenerse imputación alguna por rechazar la existencia del Holocausto ("negacionismo"), ya que "la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promociónándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane". Y es que "ni tan siquiera tendencialmente [...] puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo" (FJ 8º). El TC, por tanto, elige la supresión del inciso mencionado, sin más paliativos, pues no le parece posible interpretar el precepto de una manera que pudiera acomodarse a la CE, puesto que ni siquiera de *forma propiciatoria* podía crear auténtico peligro serio para el colectivo al que se aludiera. Pero no procede a la abolición del precepto completo. Así, en su FJ 7º expone que, sin embargo, "la *justificación*, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores". Esta cita del TC pudiera reconducirnos, así, hacia el bien jurídico del honor colectivo mencionado en la vieja STC 176/1995 sobre el cómic antedicho. Pero el Tribunal aclara un poco después que para perseguir tal tipo de conducta "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes

⁵ Saavedra (2006: *passim*), realiza una atractiva crítica de la Sentencia.

constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación *indirecta* a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de *provocación* al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (FJ 9º).

Por tanto, en su Sentencia el TC señala el concepto de incitación *indirecta* que le sirve para diferenciar la figura del art. 607.2 de la provocación directa al genocidio del art. 615 (otra cosa es que consiga dibujar la primera con nitidez⁶). Pero no para distinguirla de la promoción al odio, la discriminación, y sobre todo, de la violencia, del art. 510.1. De hecho, asimila todos los tipos mencionados y referentes al discurso del odio a los criterios de peligro directo e incitación, dando por bueno, en primer lugar, que la distinción en el seno de ésta entre la de tipo directo e indirecto resulta nítida, y en segundo término, y esto ya sí que parece más injustificable, obviando cualquier referencia clara al bien jurídico del honor colectivo, al que sí había hecho referencia la STC 176/1995 en un caso muchísimo más dudoso.

Las razones de este zigzagueo son fáciles de percibir. La doctrina penal se ha mostrado siempre muy precavida con respecto a todos los delitos aquí expuestos⁷. Una de las críticas que parece más acertada es la de la punición de la provocación al "odio" del art. 510.1, por ser este un *sentimiento* y no una *conducta* (Landa, 2001: 132). A tal extremo se refiere la propia STS 259/2011, al señalar muy sucintamente el problema, aunque sin entrar a fondo en él (FD 1º, 2), y a ello podría añadirse el hecho de que no existe ningún tipo similar en todo el CP español. Esta clase de criminalización parece implausible desde los principios de nuestro Derecho Penal, refiriéndose como lo hace a un fuero interno que, por lo demás, no tiene porqué implicar automáticamente ningún tipo de conducta. Otras críticas manifestarían, a su vez, que la discriminación a la que también alude el art. 510.1 es un concepto demasiado vago (Landa, 2001: 26) o que la de referencia debería ser alguna de carácter delictivo (García Álvarez, 2003: 246). Además, existen muy diversos preceptos, tanto en el propio CP como en normativa de otros ámbitos, que ya combatirían el fenómeno de manera más precisa⁸. Por último, en cuanto a la violencia, parece que sólo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las *probabilidades* de su acaecimiento. Así que, por ser el primer término de imposible asimilación en la técnica penalista, el segundo muy vaporoso y el tercero exigente de un alto nivel de probabilidad de daño, en su sentencia 259/2011, el TS percibe como irrelevante la actuación de un pequeño grupo sin apenas audiencia en relación con el art. 510.1 CP. Para ser exactos, exige de forma muy rigurosa la existencia de un riesgo indudable para los colectivos atacados, pues de lo contrario entiende que el tipo no resultaría aplicable. Esta es la tendencia del Alto Tribunal, en una línea similar a la del TC en su Sentencia 235/2007, y en relación con todos los hechos e imputaciones tratados, debilitando en consecuencia, y asimismo, por idénticas razones la aplicabilidad del art. 607.2. Y con ello, abandonando definitivamente la posibilidad de una custodia *penal* del honor

⁶ Vid. al respecto el voto particular de García Calvo y Montiel, en su apartado 3.

⁷ Vid. García Álvarez (2004: 356-59), Landa Gorostiza (2001: *passim*) y Polaino-Orts (2011: 492-494).

⁸ El art. 108.2 de la LPL, así, prevé la nulidad de los despidos discriminatorios, y los artículos 511 y 512 del Código Penal castigan la denegación discriminatoria de prestaciones o servicios, por poner sólo algunos ejemplos.

colectivo. Una postura que, sin embargo, y mediando una interpretación sistemática y literal de las normas en juego, puede advertirse que lo que pretende es moderar a un legislador que habría configurado nada menos que tres tipos diferentes y con elementos también distintos. Los tribunales se han concentrado todos ellos alrededor de la existencia o no de un riesgo *serio* para los colectivos atacados, negando que la difamación colectiva o las afirmaciones injuriosas contra grupos puedan configurar un delito por sí solas.

3. ¿Está justificada la punición del libelo contra colectivos?

El *hate speech* o discurso del odio, como se ha visto, puede revestir diversas modalidades y aquí he escogido centrarme de forma preferente en el llamado libelo de grupo o difamación de colectivos. En nuestra sociedad nos encontramos con una serie de posiciones ideológicas intolerantes que a menudo *cabe la posibilidad* de que orienten conductas hostigadoras contra grupos vulnerables. El problema está precisamente en este nexo causal. Y se halla presente en la STC 214/1991 (recuérdese que la afirmación de Degrelle era una "incitación antijudía"), en la posterior 176/1995 (pues el cómic *incitaba* "a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación"), y, desde luego en la STC 235/2007 y en la STS 259/2011. En todas se busca aquel elemento, y en unos casos se halla y en otros no.

En general, el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones (STC 174/2006, FJ 4). Es más, la ley y la jurisprudencia, tanto de carácter civil como penal, y en el caso de personas individuales, exigen ciertos requisitos en la injuria y calumnia proferidas para estimar que se ha producido un ataque al honor y la reputación, mucho más aún en el segundo ámbito. Al respecto, no puede escapársele a nadie que el caso Friedman contiene una serie de rasgos que permiten advertir esa gravedad en las declaraciones del demandado. En primer lugar, porque a lo largo de su declaración reitera, y de forma muy marcada, la justificación de un régimen genocida. En segundo término, porque al hilo de su discurso acusa a las víctimas del mismo de mentirosas, pese a hacerlo bajo un ropaje de corrección. El problema en la injuria y en la difamación colectiva a menudo es el de que normalmente no se aprecia de manera inmediata quién es el perjudicado de forma directa. Los grupos humanos, de los cuales por cierto no da ninguna definición más precisa la STC 214/1991, a menudo son muy grandes o de contenidos bastante difusos, por lo cual sus miembros no sienten con auténtica *intensidad* un ataque de cierta magnitud contra ellos. Los insultos y difamaciones reiteradas pueden originar hostilidad y daño psicológico, pero su envergadura bien puede ser escasa, suponiendo un pequeño *coste* que debe asumirse a cambio de gozar de una amplia libertad de expresión. Pero en el supuesto de la STC Friedman se reproducen varios elementos que suprimirían esa vaguedad:

1) la justificación es de un hecho muy reciente, con lo cual tiene posibilidades de influir aún de manera poderosa en el momento actual. Las medidas para desvirtuarlo, como aquellas de carácter educativo, sólo obtienen resultados a medio o largo plazo.

2) el crimen al que se refiere fue cometido también en un área geográfica y cultural que es también la de nuestro país. Las víctimas formarían parte de un grupo que habría sufrido contexto humillante previo, es decir, marginación e incluso persecuciones durante un largo período de tiempo y en casi toda Europa.

3) el delito de genocidio es de una entidad muy relevante, de hecho el más grave que puede cometerse de acuerdo con nuestras propias leyes y el Derecho Internacional Público⁹. Se refiere a la *eliminación física* de todo un colectivo, no a su *discriminación*.

4) el número de víctimas de tales actos fue también altísimo, y su grupo más extenso fue el del colectivo difamado.

5) las declaraciones del ex-jefe de las Waffen SS defienden como el más deseable un régimen como el nacionalsocialista, directamente ligado a la ejecución del Holocausto, pretendiendo su rehabilitación e incluso mostrando su deseo de que vuelva aemerger otro del mismo signo.

Todos estos rasgos se reproducen también en los supuestos de la STC 235/2007 y en la STS 259/2011. Ciertamente, presuponen *hechos* de carácter histórico, y como señala la primera, no parece adecuado perseguir penalmente la negación del Holocausto. Pero esto no implica que deba reconocerse que quienes rechazan su existencia se hallen, a la vista de todos los testimonios sobre su acaecimiento y los procesos celebrados, en igualdad de condiciones en el campo de la *prueba*. Sabemos que en cualquier proceso civil existen peritos o que a menudo se trabaja sobre la verdad declarada por sentencias anteriores. Así que, desde luego, resulta claro que dispondríamos de tales elementos en el supuesto del genocidio nazi. En parte para ello se celebraron los juicios de Núremberg. Y se halla apuntalado por toda la literatura autobiográfica, médica, psicológica, militar, histórica, etc., que ha flotado alrededor de aquel execrable crimen. E incluso podrían existir aún testimonios directos. Aquel que lo negara al tiempo que difamase activamente a sus víctimas está realizando una *combinación* de actuaciones atacables mediante la correspondiente demanda. Es de conocimiento común que el difamador sólo puede ganar el proceso civil *si demuestra la realidad de sus imputaciones* (Gimeno Sendra, 2007: 657), lo cual no va a poder producirse aquí. En realidad los rasgos que he indicado y que concurren en los supuestos de las STC 214/1991, 235/2007 y en la STS 259/2011 servirían para suministrar parámetros que inclinaran la balanza a favor del derecho al honor, que como sabemos en nuestro sistema constitucional es precisamente el límite a la libertad de expresión (art. 20.4 CE). La doctrina constitucional se ha referido a la ponderación de los mismos, para llegar al criterio que pueda estimarse adecuado a fin de dar prevalencia a uno u otro en el caso de que se trate (Gimeno Sendra, 2007: 656). El colectivo de que se tratara quedaría legitimado, en consonancia con tal jurisprudencia, bajo la premisa de que no se puede cargar todo el coste de la titularidad de un derecho sobre el sacrificio que sufra en otro sólo un determinado grupo de población.

Ahora bien, todo esto no implica que deberían ser derogados los artículos referentes al libelo contra colectivos existentes en el Código Penal español¹⁰. Simplemente, ocurriría que la interpretación adecuada sería la suministrada por la STC 235/2007 y la STS 259/2011, y a la que ya era proclive la propia STC 214/1991, al hablar de "incitación". O al menos creo que tal sería una buena

⁹ Vid. Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (8 de agosto de 1945) y de Tokyo (19 de enero de 1946), así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998.

¹⁰ Los ya mencionados arts. 510.1 y 607.2, pero también el segundo apartado del propio 510, referido a "los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

propuesta. De esta forma podrían delimitarse dos campos distintos pero vecinos, al igual que ocurre con aquellas conductas parecidas pero referentes a víctimas individualizadas. El camino que se abriría tendría unas implicaciones difíciles, referidas a la entidad y cuantificación del daño, la diversidad de posibles reclamantes y, en relación directa con esta última, también al problema de quién sería el destinatario de la indemnización y en qué proporción si fueran varios. Tales dificultades siempre podrían desplazarse con una adecuada técnica jurídica civil, y considerando el viejo aforismo *ubi ius ibi remedium*. Son problemas en todo caso de índole procesal y no sustantivos. El legislador optó poco después de la STC 214/1991 y la 176/1995, y como ha podido comprobarse, por esquivar cualquiera de esas dificultades e introducir varias normas de carácter penal en el ámbito del honor colectivo. Pero pronto se produjo una respuesta judicial reticente a ampliar los límites de la jurisdicción penal de forma excesiva. ¿Era acertada la sospecha de que la jurisdicción civil no iba a dar adecuada respuesta a demandas como la de Violeta Friedman? ¿Se trató de un exceso de celo del legislador absolutamente infundado? Lo cierto es que los parámetros que arriba he presentado quizás deban plasmarse en alguna normativa que otorgue seguridad jurídica al campo que estas líneas han intentado abordar. Y que resulte necesaria una norma específica al estilo de los *torts* civiles que existen en la doctrina anglosajona.

El honor de una persona y su reputación guardan relación con el reconocimiento que se le haga cuando sea víctima de acciones criminales. Atacar su memoria, que a menudo será compartida colectivamente, es una de esas afrentas que no deberían quedar inmunes a las correspondientes acciones legales. Nuestras sociedades giran en torno a unos valores y derechos que ha costado sostener y defender. A menudo el entramado institucional no da respuesta a quienes se perciben de repente como vulnerables frente a la puesta en cuestión de su dignidad como seres humanos.

Bibliografía

- COLINA OQUENDO, P. (2009), "Comentario a los arts. 472-580", en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P. y TORRES DEL MORAL, A. (2007), *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004), *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Comares, Granada.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- POLAINO-ORTS, M. (2011), "Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas", en POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Anaya, Madrid, pp. 489-512.
- SAAVEDRA, M. (2006), "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Persona y Derecho*, Núm. 55, pp. 547-76.
- SUMNER, L.W. (2009), "Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis", en 2009, HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 204-220.

Globalización y cultura de la legalidad

María José Fariñas Dulce
Universidad Carlos III de Madrid
jose.farinias@uc3m.es

Resumen

El trabajo analiza el proceso de globalización desarrollado en los últimos 40 años. Su desarrollo y efectos no han sido uniformes. Esto ha puesto de manifiesto dos tendencias. Una es la necesidad de elaborar la cultura de la legalidad propia de la globalización, inexistente hasta ahora. La otra es la tendencia hacia la “desglobalización” de aquellos elementos que han fracaso en el actual proceso de globalización.

109

Palabras clave

Globalización, desglobalización, neoliberalismo, capitalismo global, ideología.

Globalization and legal culture

Abstract

The work analyzes the process of globalization over the last 40 years. Its development and effects have not been uniform. This has uncovered two tendencies: one is the need to develop a culture of legality of globalization, which is non-existent so far, and the other is the tendency of “deglobalization” of all elements that has failed in the process of globalization.

Keywords

Globalization, deglobalization, neoliberalism, global capitalism, ideology.

1. Globalización: proceso socialmente construido

El término globalización aparece siempre envuelto en cierto grado de indeterminación conceptual, cuando no de obviedad, de evidencia o de simplificación. La globalización ha pasado a formar parte de nuestro lenguaje y de nuestra comprensión común y se nos presenta como algo inevitable o como algo que nos sucede a todos al margen de nuestra voluntad.

Desde una perspectiva procedimental, globalización significa convertir algo en “global”, lo cual implica una comprensión del tiempo y el espacio de dimensión planetaria. La globalización hace referencia, pues, a una serie de procesos históricos de apertura e integración económica, tecnológica, política y social, que tiene como objetivo la difusión de un modelo como global. Como en todo proceso histórico confluyen varios intereses contrapuestos, a la vez que una construcción ideológica tendente a justificar una situación real.

Debemos diferenciar desde el principio el doble significado del término globalización que, en las últimas décadas, ha aparecido indiferenciado. En primer lugar hay que considerar a la globalización como concepto descriptivo de determinados procesos históricos de construcción social. Desde este punto de vista, los procesos de globalización no son nuevos, han existido en mayor o menor medida siempre que se han producido aperturas y rupturas simbólicas de fronteras, especialmente, en el ámbito del comercio y en el de la comunicación mundiales. En segundo lugar, como concepto prescriptivo y normativo de una determinada estrategia política y económica a seguir. El problema es que con bastante frecuencia se han entremezclado ambos planos de análisis.

Inicialmente, a mediados del siglo XX apareció el término globalización en relación con el ámbito de las telecomunicaciones y de las técnicas de la información (las TIC), como consecuencia de la revolución informática producida en las cuatro últimas décadas, hablándose entonces de una globalización de la técnica y de las comunicaciones, que facilitaban una intercomunicación y una integración planetaria como nunca antes había sucedido. La difusión tecnológica, el acceso universal a fuentes de información y la difusión de conocimientos especializados, así como la transformación demográfica sin precedentes que está teniendo lugar en los últimos años, son algunos de los motores que están moviendo el mundo y lo moverán en un futuro inmediato. Posteriormente, el auge de las relaciones económico-capitalistas, financieras y de producción transnacionales, aprovechando los nuevos medios de comunicación y transporte, dio paso a que todos los estudiosos del tema se centrarán en el predominio de la globalización económica y financiera y sus repercusiones políticas, así como su versión política e ideológica en lo que se denominó el “neoliberalismo económico”.

Sin embargo, constatar el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías informáticas, la inmediatez de la transmisión de los mensajes y los cambios en el sistema de producción es una cosa, pero decir que la economía escapa y ha de escapar a los controles políticos y a las regulaciones legales es otra cosa muy distinta. Se sustituye en este caso una descripción empírica exacta por una interpretación errónea e ilegítima. Esta pretendida coincidencia histórica entre el denominado proceso de la globalización tecnológica y la utopía neoliberal del libre mercado sólo puede obedecer a un proyecto político, interesadamente desarrollado desde las clases hegemónicas del actual capitalismo global, que pretendieron enmascarar sus propias opciones políticas bajo la racionalización y la reificación de unas pretendidas necesidades económicas, presentadas como lógicas e inevitables (Fariñas Dulce, 2005). Desde esta perspectiva, la globalización ha supuesto la integración acelerada del capital, de la

VOCES

producción y de los mercados a nivel mundial, en un proceso dirigido por la lógica de la mayor rentabilidad corporativa. Todo ello ha permitido que en esta última globalización se haya producido un rápido avance de redes mundiales, enormemente complejas, de dinero, recursos, producción y necesidades de consumo. El alto rendimiento del capital durante las últimas décadas ha hecho que los ricos sean mucho más ricos, profundizando de esta manera la brecha de la desigualdad mundial.

Elementos todos ellos que están comenzando a frenarse como consecuencia de la reciente crisis financiera, que ha tenido como reacción inmediata un nuevo cierre del comercio mundial hacia políticas económicas proteccionistas y un descenso importante de los intercambios globales. En cualquier caso, la mayor parte de la actual globalización sigue centrada en el dinero y las finanzas, en la globalización del capital económico y especulativo. El capital intelectual, político, social y humano sigue siendo una asignatura pendiente de la globalización, lo que constituye una punta de lanza crítica de la misma que ocasiona frecuentes conflictos sociales en el seno de los países avanzados.

En tensión con el proceso de globalización ha surgido otro proceso inicialmente antagónico, que se le denomina como “proceso de localización”, pero que en realidad nos conduce a una paradoja de elementos contrarios: lo global y lo local. Ambos representan las dos caras de la misma moneda o de un mismo proceso histórico. Existe una intrínseca relación entre ambos procesos, dando lugar a dos situaciones complementarias: los “localismo globalizados” y los “globalismos localizados”. El fenómeno del “localismo globalizado” consiste en un proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito y pasa a afectar a todos los ámbitos planetarios; por ejemplo, la operación mundial de las empresas transnacionales durante las cuatro últimas décadas que se plasma en la nueva *lex mercatoria* o el derecho contractual de las transacciones económicas. Por el contrario, el fenómeno del “globalismo localizado” consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales de cada país, que en algunos casos son desestructuradas y reestructuradas con el objetivo de responder y adaptarse a aquellos imperativos empresariales. En definitiva, cuanto más se *globalizan* las relaciones jurídico-económicas, más se *localizan* y fragmentan las manifestaciones sociales, laborales y culturales, en las cuales aquéllas han de desarrollarse¹.

En las últimas décadas hemos vivido un verdadero huracán de la globalización, que ha arrasado, marginado o anulado cualquier diferencia o alternativa que pudiera atentar contra el modelo monocultural y económico dominante. Toda esa carga de evidencia ha convertido el proceso de la globalización, a los ojos de la opinión pública, en una dinámica cotidiana e imprescindible en nuestras sociedades, lo cual ha impedido a veces la realización de un verdadero análisis crítico sobre tal proceso y el modelo civilizatorio que comporta. Por otra parte, a pesar de la fuerza con la que se ha desarrollado esta última globalización, su evolución no ha sido, ni es uniforme y, además ha generado mucha resistencia social y popular en diferentes países que, lejos de desaparecer, parece que se incrementará y podría derivar hacia fuertes conflictos sociales y políticos. Lo difícil es saber cómo se puede mantener el apoyo popular a un modelo de economía abierta y global, cuando en la mayoría de los países desarrollados se destruye empleo constantemente y se rebajan las rentas del salario, pero se

¹ Este no es el único ejemplo que puede señalarse sobre los “localismos globalizados” y los “globalismos localizados” (recuérdese el “localismo globalizado” de la comida de “McDonald’s adaptado a las peculiaridades gastronómicas de cada país del mundo, el “globalismo localizado”), pero sí el más significativo desde la perspectiva jurídico-política que acompaña a la ideología de la actual globalización económica y empresarial. Lo describe muy bien De Souza Santos (1998).

incrementan los precios en necesidades básicas como la educación, la sanidad o la dependencia. Cómo conseguir el apoyo de amplios sectores de la población cuando ven reducido su nivel de vida. Muchos países desarrollados siguen teniendo y, sin duda, tendrán fuertes problemas para adaptarse a la globalización.

2. Globalización y Cultura de la Legalidad: el camino por hacer

El reciente proceso de globalización se caracterizó fundamentalmente por una progresiva desregulación jurídica en diferentes ámbitos: económico, laboral, financiero, etc. Todas las empresas transnacionales comenzaron a actuar mediante redes globales que trascendían las fronteras y las leyes de cualquier país. Dicha desregulación fue generando una cierta cultura de la *illegalidad*, especialmente entre los que sufrían directamente los efectos más negativos de pérdida de derechos, de protección social, de puestos de trabajo, de seguridad jurídica, y de quiebra de los vínculos sociales de la integración que aquélla ha comportado. El proceso de globalización ha hecho quebrar muchos de los consensos básicos que han caracterizado a la cultura de la legalidad de la era moderna. Fundamentalmente, el papel regulador del Estado en las actuales relaciones sociales y económicas, así como su centralidad política, y el papel supervisor de los organismos internacionales representan una quiebra de legalidad, que ha tenido como consecuencia que el mundo sea ahora más inseguro en todos los ámbitos: económico, financiero, social, laboral, ecológico, alimentario, etc.

Durante el último año, y como consecuencia de la crisis del sistema financiero mundial, se están produciendo ya síntomas evidentes de una cierta “desglobalización”²: la caída del comercio mundial, la reducción de las exportaciones, el retroceso del capitalismo especulativo “de casino”, el descenso del consumo, especialmente, de un tipo depredador e irresponsable de consumo, el estancamiento financiero, la crisis del turismo de masas y del turismo médico, el freno al modelo de crecimiento dominante, la creciente desigualdad socioeconómica y, sobre todo, las políticas proteccionistas en sectores como la automoción, la electrónica o la agricultura y el nacionalismo económico que puede gravar con nuevos impuestos y con regulaciones a las empresas y a las inversiones extranjeras, son datos que hablan por sí mismos. Son hechos irreversibles que precisan de nuevos y adecuados mecanismos de control y de gestión.

La historia de la humanidad puede tomar formas de repliegue o de avance. Frente a los avances tecnológicos, actualmente, parece que volvemos a ciertos repliegues o formas de resistencia económica y social, como consecuencia de algunos excesos de la globalización que han generado una inseguridad ansiogena en los seres humanos. Estamos en un momento en que se transita puntualmente de la desregulación jurídica y política a la re-regulación, y viceversa.

Sin embargo, otros rasgos de la globalización siguen incrementándose³. Me refiero a la externalización de la producción industrial y la externalización transnacional de puestos de trabajo hacia países en desarrollo que proporcionan mano de obra muy barata y abundante, cualificada o no. La incorporación de

² Hace más o menos una década se lanzó la idea de la “desglobalización” desde la ONG *Focus on the Global South*, en defensa de los países pobres que quedaban excluidos de los beneficios de aquélla. El director ejecutivo de esta ONG, Waden Bello, editó en 2009 un libro con estas propuestas titulado *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*. Los hechos actuales parecen que están acelerando muchas de sus propuestas de “desglobalización”, pero ya no sólo para los países pobres, sino también para los ricos que empiezan a sufrir los efectos negativos de la globalización neoliberal.

³ En la línea apuntada, es interesante la reflexión sobre la nueva globalización de la producción y el consumo y sus consecuencias para las próximas décadas en el sistema mundial y, especialmente, en Europa. Esta nueva dimensión de la globalización determinará la configuración del mundo en el siglo XXI. Un desarrollo interesante de la misma se puede encontrar en Shapiro (2009).

millones de trabajadores chinos, indios, mexicanos, principalmente, a la fuerza de trabajo mundial ha supuesto una auténtica revolución en la economía mundial, aportando una reserva de mano de obra global inexistente hace unas décadas (Farrell, 2005). Es más barato que las empresas desplacen sus centros de producción a los países donde existe un excedente de mano de obra, además barata, que los trabajadores emigren a los países donde residen las grandes compañías. Siempre es más fácil una migración interna, que una migración externa. Este es un elemento de la globalización que no ha entrado en repliegue, sino todo lo contrario. Avanza y seguirá avanzando en diferentes ámbitos de la producción, especialmente ahora en lo relacionado con los servicios (centros de llamadas, creación de nuevos programas software para finanzas, contabilidad, medicina e ingeniería, procesamientos de datos, algunas partes del I+D,...) que se transfieren a firmas independientes en lugares como India, Israel (compañías israelíes realizan la I+D para firmas estadounidenses y europeas), Irlanda (que ha modificado su régimen fiscal para atraer a compañías de software británicas y europeas),...y, cómo no, China. Es lo que se denomina la externalización fragmentada. Tanto la ya consolidada externalización industrial de las últimas décadas, como la más reciente de servicios han costado y seguirán costando su medio de vida a numerosos trabajadores de los países ricos (en las próximas décadas miles de trabajadores de estos países verán amenazado su puesto de trabajo), pero, por otra parte, ha supuesto un incremento de la modernización en las sociedades de muchos países pobres, con un incremento de trabajo y de pequeñas y medianas empresas en países en vías de desarrollo que producen parcialmente para las grandes corporaciones transnacionales; en definitiva ha generado riqueza para muchas personas y países.

Los avances constantes en los sistemas informáticos hacen que las empresas vean facilitada cada vez más la coordinación y gestión en red de sus operaciones globales de producción, gestión y generación de servicios, dispersas en diferentes países. Este es un hecho demasiado poderoso de la globalización, que ha supuesto un cambio radical en nuestras sociedades absolutamente interconexiónadas y cada vez más complejas. La actual globalización no permanece inmóvil, a pesar de, o precisamente, porque existen estas cuestiones que tienen que ver también con los cambios en la demografía mundial y sus consecuencias.

Ahora bien todo este potente proceso de expansión y transformación económica y social necesita también de la acción política y jurídica. Habrá que adaptarse a una nueva manera de entender el mundo, a nuevas orientaciones en el comercio mundial, a nuevas regulaciones financieras, a reformas importantes en los mercados de trabajo y a la presencia de nuevos actores económicos implicados en la globalización (como China, una de las principales potencias mundiales, junto con EEUU, interesada en defender la viabilidad de la globalización), así como otros actores que no pertenecen al “club de la globalización económica” y entre los que podrían surgir conflictos...; y todo ello para alcanzar un cierto equilibrio societario capaz de reconstruir una cultura de la legalidad propia de la globalización. La cultura de la legalidad de la globalización está todavía por hacer. Para ello se necesitan instrumentos jurídicos y políticos nuevos para adaptar nuestras sociedades a los cambios tan radicales producidos en las últimas décadas, y lo que es más importante, pero también más difícil, el consenso sobre unos valores convergentes para las sociedades globales.

Por otra parte, la nueva situación geopolítica interactúa inevitablemente con la globalización, y viceversa. Estamos en la fase de consolidar un nuevo orden geopolítico mundial, donde los instrumentos jurídicos y políticos han de jugar la baza de consensuar una legalidad internacional basada en la cooperación, la transparencia y en un multilateralismo político, que sea capaz de afrontar los retos

futuros y la multipolaridad existente. Quizá el mayor reto que amenaza a nuestro mundo y, especialmente, al progreso económico y social derivado de la globalización no son sólo sus propias contradicciones internas, ni las enormes divisiones que ha causado, ni la crisis alimentaria, ni la pobreza alarmante, ni los excesos de un sistema económico que ha producido un daño ecológico irreversible, sino la amenaza posible de un terrorismo nuclear⁴ y la consiguiente respuesta de una superpotencia que quiera asumir unilateralmente la seguridad global. Para afrontar este tipo de retos necesitamos que se reconstruya la legalidad internacional sobre nuevos instrumentos jurídicos y políticos. Por ello, la cultura de la legalidad de la globalización ha de construirse ya.

Bibliografía

- BELLO, W. (2009), *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*, Espasa, Madrid.
- FARIÑAS DULCE, M.J. (2005), *Mercado sin Ciudadanía. Las falacias de la Globalización Neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- FARREL, D. (2005), *Offshoring: Understanding the Emerging Global Labor Market*, McKinsey Global Institute, Harvard Business Scholl Press, Harvard.
- NATIONAL INTELLIGENCE COUNCIL (2004), *Mapping the Global Future: Report of the National Intelligent Council's 2020 Project*. Disponible en línea: http://www.dni.gov/nic/NIC_2020_projetct.html, Revisado el 2 de enero de 2012).
- SHAPIRO, R.J. (2009), *2020 un nuevo paradigma. Como los retos del futuro cambiarán nuestra forma de vivir y trabajar*, Ediciones Urano, Barcelona.
- DE SOUZA SANTOS, B. (1998), *La Globalización del Derecho*, ILSA, Colombia.

⁴ Unos hipotéticos ataques terroristas nucleares en EEUU o en Europa tendrían, además del drama humano inmediato de cientos de miles de personas muertas, unas consecuencias nefastas para el comercio y el consumo globales, porque los gobiernos pondrían en marcha unos fuertes controles "sobre el movimiento de capitales, bienes, personas y tecnología que paralizarían el crecimiento mundial" y cerraría de nuevo el mundo a la expansión del proceso de apertura global que hemos vivido en las últimas décadas. Véase el informe del National Intelligence Council (2004).

Impunidad

Francisco Javier Álvarez García
Universidad Carlos III de Madrid
falvarez@der-pu.uc3m.es

Resumen

El autor plantea el problema de la impunidad no como lo excepcional sino como lo ordinario, no en referencia a los grandes crímenes contra la humanidad sino a la vida cotidiana, que es donde, entiende, se manifiesta con más habitualidad pero con menos visibilidad. La impunidad se reconoce especialmente en la falta de regulación antes que en la ausencia de castigo por concretas conculcaciones normativas; de esta forma su ámbito se identifica más con el ¿qué castigar? que con particulares faltas de castigo, o siendo más rigurosos: también se amplía a las decisiones previas del Legislador que es el que determina el ámbito de las regulaciones. En cuanto a las técnicas concretas que se utilizan para conseguir la impunidad en supuestos de persistencia de regulación, unas están ligadas a la confección de la propia norma y otras a su aplicación; y junto a ellas, medidas extraordinarias como prescripciones o caducidades sometidas a plazos de difícil satisfacción por las peculiaridades de las estructuras punitivas, o las ya excepcionales referidas al perdón, el indulto o la amnistía.

115

Palabras clave

¿Qué castigar?, falta de control, ausencia de regulación, óbices procesales, sanciones irrelevantes, prescripciones, caducidades.

Impunity

Abstract

The author presents the problem of the impunity phenomenon not as an exceptional but as an ordinary one in daily life and not only referred to the crimes against humanity. In daily life impunity reaches a high impact being more habitual but less visible than in cases of macro criminality. Impunity can be recognized not only in the absence of punishment but in the absent of rules. Thus, the scope of impunity is better identified or connected to the questions of what should we punish than the concrete absent of punishment in the situation. Consequently, impunity covers those situations where the Legislator should have decided to intervene by creating norms, and finally it did not. The iure impunity strategy can be focused either in the absence of Law, or in case of regulation, in the concrete manner of making the rules or defining its applicability. Together with it, the Legislator can decide to proclaim extraordinary measures as prescription or expiration which result very difficult to avoid, taking into consideration the peculiarity of the punitive structures, or the exceptional ones as pardon or amnesty.

Keywords

How and why to punish, lack of control, absence of regulation, proceedings obstacles, irrelevant sanctions, prescription, expiration.

1. La impunidad es generalmente definida como la falta de castigo (*impunitas*). Es ésta una definición tan común como excesivamente restringida, pues su presupuesto es la existencia de una regla que prescriba, precisamente, el castigo como consecuencia de una conducta, lo que no siempre ocurre. Por ello, entiendo que resulta preferible el remitirnos en primer lugar a una acepción todavía más amplia de impunidad, y es la que se refiere a la actuación en un ámbito carente de regulación, con imposibilidad, por tanto, de armar cualquier reacción –más allá de la puramente primitiva e individual regida por el placer o displacer- frente a actuaciones en aquél marco.

Así, pues, la concepción de la impunidad como falta de castigo implica una evolución frente a la que se refiere a la ausencia de regulación. Esta última manifiesta un estado natural (en sentido *rusoniano*) en el que el comportamiento está absolutamente desvinculado de cualquier norma, y por ello es el estado de impunidad perfecto: todo le está permitido a quien en él actúe, pues nada está regulado, preceptuado.

Pero profundicemos en este concepto amplio de impunidad, que no es el normalmente referido por los tratadistas pues estos suelen enfocar aquélla noción, generalmente, de la mano de una conculcación normativa. El concepto amplio de impunidad se reclama al ejercicio más descarnado del poder, a la inexistencia provocada y querida de limitaciones en el desenvolvimiento de la acción, trasladándonos de hecho a un mundo de significados en el que el ejercicio del dominio se puede realizar con desprecio absoluto de cualquier forma: sólo la brutalidad de su ejercitado contenido material marca sus confines.

El campo de desarrollo del concepto amplio de impunidad es, preferentemente, el de los procedimientos; ello es así porque el derecho, libertad o bien en general al que finalmente se refiera la concreta actuación, está, normalmente, protegido en abstracto y blindado frente a los ataques más burdos; en realidad existen pocos bienes cuya protección no esté invocada por algún tipo de norma. Ello es lo que, en principio, puede, aparentemente, aportar tranquilidad a los ciudadanos, a las sociedades. Sin embargo, la cuestión no es, o no es sólo, que, verbigracia, la propiedad o la intimidad estén abstracta y genéricamente protegidas, sino si están protegidas contra determinadas formas de ataque a las mismas, pues evidentemente de ningún texto se puede deducir la protección total de los derechos, pues ello supondría una absoluta paralización social. Del hecho, así, de que la protección de los derechos sea sectorial -y no solamente en el ámbito del Derecho Penal que pareciera el más propicio a estos efectos-, se deriva la atipicidad, la falta de previsión de sanción a determinados procedimientos, modalidades y formas de ataque a los bienes.

La impunidad, pues, proviene, en primer lugar, de la falta de regulación de procesos sociales. Obviamente su campo preferido de desenvolvimiento está unido a lo que siempre ha constituido el terreno predilecto de los poderosos: la riqueza; y su desarrollo se encuentra generalmente unido a la opacidad en el desenvolvimiento de determinadas actividades, cuya misma importancia o trascendencia está, en muchas ocasiones, oculta a la mayor parte de los ciudadanos.

Este tipo de impunidad no suele alcanzar –salvo casos excepcionales o en momentos inmediatamente seguidos a algún escándalo por el alcance extraordinario de algunas concretas realizaciones llevadas a cabo- un alto grado de rechazo social, lo que es debido a distintos factores como, entre otros: 1º) A la inexistencia de concretas víctimas, o, al menos, de sujetos que se perciban a sí mismos como víctimas de esas conductas. Se trata éste de un mecanismo muy conocido en la criminología, en el que se vincula esa falta de percepción social del crimen con la conciencia de su no comisión. Esa difuminación de la víctima, además, es la que

casi garantiza la ausencia de persecución, pues generalmente nadie defiende un derecho del que no se tenga conciencia que haya sido conculado; y los acusadores públicos, normalmente, sólo se movilizan ante “infracciones transcedentes”, de las que sirven para justificar su *status*. 2º) Al etiquetamiento, genérico, de algunos de los dichos comportamientos como “actividad de negocios” y por lo tanto de riesgo – autopuesta en peligro; en efecto, hay una amplia percepción social que sigue vinculando, políticamente, gran parte de la actividad económica con el liberalismo puro, en el cual todo el ejercicio de la actividad corre a ventura de los distintos agentes. Por lo tanto, y en este planteamiento, todo el que se arruina o sufre pérdidas económicas como consecuencia de, por ejemplo, actividades de inversión de capital en el mercado mobiliario, asume cualquier tipo de riesgo; y, paralelamente, cualquier conducta desarrollada en ese ámbito está cubierta con la presunción de legalidad; de ahí la resistencia de los operadores económicos a aceptar “reguladores” en su mercado. 3º) A la participación en las conductas de sujetos considerados como pertenecientes a la “buena sociedad”; de hecho la impunidad está frecuentemente “garantizada” o “avalada” con “presencias personales” pertenecientes a aquélla categoría en la realización de las particulares conductas. En este caso basta para probar el anterior aserto con mencionar el “blanqueo de dinero”, que ha constituido hasta épocas muy recientes uno de los comportamientos “normales” de las entidades financieras.

El problema a la hora de vincular la idea de impunidad a estas conductas huérfanas de regulación, es el de justificar la necesidad de sancionar (pues de su ausencia nace la idea de impunidad) los tales comportamientos. Obviamente la justificación sólo puede ser sociológica en este caso (cualquiera intento estrictamente jurídico en este campo, nos hundiría en la controvertible categoría de los *delicta iuris naturalis* o nos obligaría a referirnos a discutibles principios o costumbres de difícil probanza), y debe remitirse al daño evaluable que los aludidos comportamientos causan a los ciudadanos, de forma tal que impunidad, en este sentido, se vincula a la posibilidad de hacer daño libremente.

Este tipo de impunidad se muestra, así, como una estrategia política dirigida a permitir que ciertos actores o/y grupos sociales puedan llevar a cabo sus comportamientos libremente, abandonados a su propia iniciativa. La impunidad, pues, consiste en la ausencia de regulación; la norma es la ausencia de norma. La ley efectivamente existente será, por lo tanto, únicamente para aquellos que realizan una actividad reglada, no para los que a veces son los más dañinos, para éstos no hay norma. Ese es su extraordinario poder.

2. La segunda y más común definición de impunidad como falta de castigo, nos debe llevar a reflexionar, en primer lugar, en el por qué de esa falta de castigo y en sus consecuencias.

Generalmente la invocación de la idea de impunidad nos hace enlazar mentalmente con los grandes crímenes contra la humanidad, cometidos en otros países o si fueron en el propio achacados a nuestra lejana historia. Sin embargo, la impunidad es algo ligado a nuestra vida cotidiana, al ejercicio arbitrario del poder y a la ineficacia del sistema legal y represivo, y no requiere necesariamente ni una configuración política autoritaria (por más que sea consustancial a semejantes régimes) ni ser consecuencia en todos los casos de expresiones de corrupción política. En efecto, la impunidad en los régimes democráticos constituye el derivado de la rebeldía de grupos económicos y sociales a comulgar con las reglas de un sistema en el cual se integran y del cual participan –y sin el que no existirían–, y esa resistencia la plasman en la desactivación de los sistemas de control y sanción.

Los mecanismos de actuación de esa impunidad son muy variados pero, en general, precisan de la colaboración, activa o pasiva, de las estructuras del poder político y administrativo. Su aparición está vinculada más que con el fracaso de los sistemas de sanción con la falta de aparición de los de control, de forma tal que en la práctica convierten esta clase de impunidad referida a la conculcación normativa, en una caracterizada por la ausencia de normación. Precisamente es el desarme de esos sistemas –que no impugna en sí mismo la existencia de la infracción- la forma más segura de consagrar la impunidad y de alentar las conductas transgresoras. Esa desaparición de los sistemas de control tiene como efecto añadido uno de llamada a posibles infractores, pues siendo la prevención general negativa uno de los fines de la sanción, condición para su eficacia es la realidad del castigo; en este sentido, la certeza o la amplia probabilidad de impunidad para las conductas conculcadoras, será el mejor reclamo para los quebrantadores de la norma.

Pero existen otras muchas formas de impunidad, unas ligadas a la confección de la propia norma y otras a su aplicación; y junto a ellas medidas extraordinarias como prescripciones o caducidades sometidas a plazos de difícil satisfacción por las peculiaridades de las estructuras punitivas, o las ya excepcionales referidas al perdón, el indulto o la amnistía.

Entre las impunidades ligadas a la confección de la norma, destacan aquellas que se deducen de la introducción de óbices procesales que limitan las posibilidades de persecución, reduciendo, en especial, las autorizaciones a que meros particulares puedan ejercer la acción procesal; entre estas últimas destacan la supresión o limitación a las iniciativas de corte popular, la exigencia de determinados requisitos o garantías (señaladamente las fianzas), la obligación de que sea el agraviado el que actúe, la consagración de las inmunidades, la existencia de fueros personales que exijan la concurrencia de requisitos administrativos previos para proceder al enjuiciamiento, etc. De corte material/sustantivo se pueden mencionar el condicionamiento de la tipicidad de la infracción a determinados requisitos, como la exigencia de que la infracción vaya acompañada de un altísimo perjuicio económico (de forma tal que deje al margen de la regulación una buena parte de las conductas infractoras), o de que concurran determinadas exigencias subjetivas, o los que exigen la presencia en la infracción de elementos de muy difícil probanza, etc. Pero quizás una de las formas de impunidad más sigilosa sea, en el contexto sustantivo, el de la asignación de sanciones irrelevantes (o fácilmente sustituibles) a las infracciones, o el de castigos que no representen para el infractor más allá que uno de los elementos económicos, y no el más relevante, del coste del comportamiento infractor, fácilmente previsible e integrable en la “cuenta general” de la infracción. Esas mínimas sanciones, que representan una impunidad real, hacen aparecer, falsamente, al sistema como inflexible ante el comportamiento desviado, cuando la realidad es que para los que están en posibilidad de realizar las infracciones carecen hasta de efectos simbólicos.

En el campo de la impunidad indirecta cobra cada vez mayor importancia el juego de las prescripciones y de las caducidades. Se trata de un sistema doblemente diabólico, pues por una parte suele tener como presupuesto la consagración de una maquinaria penal particularmente lenta y premiosa, y por otra parte se presenta como la plasmación del derecho a una Justicia rápida y eficaz. En realidad estamos ante una verdadera estafa legal –especialmente en el caso de las caducidades- en la que bajo la cobertura de la exigencia de una tutela judicial rápida y efectiva –y en el marco de la invocación de la máxima seguridad jurídica-, se defraudan las normas que tipifican como infractoras determinadas conductas.

3. Junto a estas formas “legales” de impunidad hay que mencionar la impunidad “de facto”. Esta, sencillamente, se caracteriza por la voluntad declarada,

VOCES

expresa o tácitamente, de no investigar determinados hechos. Se trata de una verdadera rebeldía de las instancias encargadas de la represión, que tiene todo el significado de impugnación del sistema democrático (y marginamos ahora los casos en los que la decisión de no persecución se debe a la necesidad de dedicar los escasos medios con los que se cuente, a la persecución y castigo de las conductas que se estiman más graves o mas creadoras de alarma social); en estos supuestos los responsables de aquellos sistemas se manifiestan decididamente a favor de la conculcación normativa, sustituyendo la voluntad democrática expresada en la norma. No muy lejanas a estos comportamientos están las decisiones de la Fiscalía General del Estado de no acusar en no pocos casos delictivos o de no personarse en determinados contencioso-administrativos –el supuesto del urbanismo es en este sentido paradigmático-, lo que no siempre es justificable, ni siquiera, invocando el más que discutible, desde el punto de vista constitucional, principio de proporcionalidad (no cabe duda de que si en el Código Penal se introdujera un delito de prevaricación omisiva dirigido a los Fiscales, terminando con la impunidad en la que actúan estos funcionarios públicos, la Acusación Fiscal tomaría otros vuelos).

4. Pero quizás sean las medidas de gracia (y señaladamente el indulto y la amnistía y otras modalidades atenuadas de perdón) las formas de impunidad que más polémica hayan despertado en los últimos tiempos. En este sentido resulta necesario invocar dos escenarios distintos: el caso de las “auto amnistías” declaradas por regímenes dictatoriales para “blindar” jurídicamente a sus actores frente a posibles reivindicaciones futuras efectuadas por las que fueron sus víctimas (y como paradigmas los casos argentino y chileno, los cuales son distintos del español en el que la amnistía fue una reclamación de todas las partes en el conflicto, verdugos y víctimas), y el de las declaradas (total o parcialmente) para conseguir la finalización de una contienda civil (como caso paradigmático habría que nombrar aquí el colombiano). Por lo que se refiere a este último supuesto existen dos posiciones enfrentadas: la de aquellos que invocan que hay crímenes (los de derecho internacional humanitario) que no pueden ser objeto en ningún caso de cláusula alguna de perdón, y la de quienes sostienen que la necesidad y la oportunidad de terminar con una contienda civil mediante fórmulas de perdón, equivale a un estado de necesidad que autoriza éstas incluso frente a crímenes especialmente rechazables. Pues bien, más allá de las sutilezas hermenéuticas acerca de los Convenios de Ginebra de agosto de 1949 o sobre el alcance del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los referidos Convenios, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (“caso Tadic”) o de la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (especialmente en “casos” como el de Barrios Altos contra Perú en el que se discutía la compatibilidad de las leyes de amnistía 26479 y 26472 con la Convención Americana de Derechos Humanos), lo cierto es que la respuesta a la cuestión sólo se puede proporcionar a través de otra pregunta: ¿Qué es más rechazable, dejar de castigar crímenes de derecho internacional humanitario o permitir que continúe una crudelísima contienda civil con tal de salvar la invocada, huidiza y variable “moral internacional”? (y ello dejando a salvo el establecimiento de la verdad y el derecho a la reparación de los daños).

En cuanto a las autoamnistías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un veredicto –por sólo citar una resolución- que en su fundamentación ha sido acogido generalmente:

Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la

justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (“caso Barrios Altos contra Perú”).

En todo caso conviene no ensalzar en demasía la justicia internacional, porque en no pocas ocasiones –y desde luego en sus precedentes más conocidos, Leipzig y Núremberg, pero no sólo- son tribunales de vencedores y no de justicia.

Bibliografía

- GÓMEZ ISA, F. (2008), “El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina”, *Pensamiento iberoamericano*, Núm. 2, pp. 163-185.
- SÁNCHEZ FERLOSIO, R. (2007), “Ahora ser justos es perseguir la impunidad”, *Abaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, Núm. 51, pp. 66-67.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (2008), “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la „lucha contra la impunidad” y del „derecho de la víctima al castigo del autor”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, Núm. 86-87, pp. 17-42.
- VV.AA. (1997), *Contra la impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona.

Riesgo

Roberto Losada Maestre
Universidad Carlos III de Madrid
rlosada@polsoc.uc3m.es

Resumen

Desde el último tercio del siglo pasado, el riesgo ocupa el proscenio de las sociedades modernas. Hay quien ha querido ver, incluso, en el control de este fenómeno la justificación misma de la existencia del Estado. Parece que nuestras sociedades se enfrentan hoy a riesgos cuyas consecuencias no son menos que catastróficas, por lo que el análisis de riesgos y el diseño e implantación de políticas destinadas a evitarlo, reducirlo y mitigar sus efectos se han convertido en tareas centrales de la actividad de gobierno. Lamentablemente, y a pesar del tiempo transcurrido y de la evidente amenaza de los riesgos modernos, no hay un acuerdo ni claridad en cuanto a lo que con el término se quiere designar. Muy variadas han sido las definiciones que del riesgo se han dado; como fenómeno objetivo de la realidad, como aprehensión subjetiva o como construcción social. Sobre lo que sí parece existir un acuerdo es sobre la necesidad de que el riesgo sea convenientemente gestionado y regulado. Ahora bien, tanto si se parte de entender el riesgo como fenómeno objetivo o como fenómeno subjetivo, aceptar que puede ser analizado y gestionado exige superar esa dicotomía y admitir su naturaleza paradójica. Este artículo pone de relieve lo paradójico del riesgo, buscando una definición tentativa del mismo que tenga presente esa conspicua característica para, a partir de ahí, señalar que la regulación de los riesgos no puede basarse en otro principio que no sea el del consentimiento.

121

Palabras clave

Riesgo, gestión del riesgo, políticas públicas, buen gobierno.

Risk

Abstract

Since the last third of the past century, risk has become a prominent feature of modern societies. Some authors even point to its control as the last foundation of the State. It seems that our societies must cope with dreadful risk's consequences. Therefore, risk assessment and the design and implementation of public policies that aim to eliminate or reduce risks are one of the main tasks of any government. Unfortunately, after all this time and in spite of the notorious threat of modern risks, there is no much consensus about what we want to mean when using the word risk. There are many different definitions of the term: some say it is an objective property of the world, some say it is a subjective feeling, some say it is a social construction. Notwithstanding, almost everyone agrees with the necessity of public risk management and regulation. Even if we see risk as an objective phenomenon or as a subjective one, we have to overcome that dichotomy and endorse its paradoxical nature in order to accept its public regulation. This article seeks to underline the paradoxical side of risk and attempts to provide a new definition rooted in that conspicuous characteristic. The logical conclusion from that new definition is that public risk regulation can only be based on consent.

Keywords

Risk, risk management, public policy, good government.

“Es un auténtico gozo ver la paz representada por Lorenzetti. Veo mercaderes que viajan de ciudad en ciudad vendiendo sus mercancías, libres de toda preocupación.” San Bernardino de Siena describía con estas palabras, en el siglo XV, el fresco de Ambroglio Lorenzetti sobre los efectos del buen gobierno, o la *pace*. Circunstancia ésta, en opinión del santo —con quien no es difícil estar de acuerdo—, mucho más útil que la guerra. Pero llama poderosamente la atención esa última frase: “libres de toda preocupación”. Como si en medio de la paz pudiera el hombre (sea mercader o no) despreocuparse y dejar de sentir cuántas vivas inquietudes respecto a lo incierto del futuro le asaltan. Ciertamente, la contemplación de la obra de Lorenzetti transmite una sensación de sosiego que, difícilmente, se llega a experimentar en la vida cotidiana, por más esfuerzos que realicen los gobiernos. Y ello porque, desde que el hombre comenzó a hollar bípedamente las sabanas africanas, ha vivido siempre en situación de riesgo. Es más, si hemos de creer a Hobbes (o más recientemente a Rawls), el origen del orden político no es otra cosa que el intento por eliminar el riesgo de salir malparado en el trato con nuestros semejantes.

Pero es hoy, más que nunca antes, cuando parece resultar de la máxima urgencia definir lo que sea el riesgo. No en vano se ha afirmado que vive el hombre en sociedades del riesgo (o ése es el dogma de la posmodernidad). Sin ánimo de entrar a analizar en profundidad lo que con ello se quiera decir, queda claro que las acciones del hombre son capaces de originar, hoy, situaciones que no pueden calificarse un punto abajo de catastróficas: desastres de una escala nunca antes imaginada, que no sólo afectan al agente responsable de los mismos, sino al conjunto de la humanidad, la del presente y la venidera. Se entiende que, en este estado de cosas, pase el riesgo a ocupar el proscenio de las preocupaciones intelectuales del momento. El Derecho no puede, por tanto, dejar de lado un fenómeno que toca tan de lleno los intereses de unos ciudadanos que buscan en las autoridades públicas el solaz difícil de hallar en un mundo en el que todo parece convertirse en amenaza. Dicho de otra forma, la ansiedad, que un futuro carente de cualquier certidumbre provoca, parece tener su cura en un “buen gobierno” que libere de correr riesgos innecesarios, que defina y deje firmemente asentadas las fronteras dentro de las cuales existen garantías de seguridad (repárese en que Lorenzetti dibuja un elevado muro alrededor de la ciudad donde se ejerce el “buen gobierno”).

Porque el riesgo es elevado y puede cualquiera de nuestros semejantes ocasionar, a nosotros y a nuestra descendencia, daños irreparables y porque hay que preocuparse no sólo de los fenómenos visibles e inmediatos de nuestras acciones, sino también de los no tan visibles y mediatos, se carga al gobierno con la tarea de determinar aquello que se puede o no se puede hacer, según el grado de riesgo que entrañe; de establecer, pues, la norma, el límite que no nos es dado transgredir, dentro del cual toda acción es correcta y fuera del cual resulta ser incorrecta por arriesgada. El riesgo define, por tanto, el límite del orden jurídico que las normas imponen; más allá de las murallas del “buen gobierno”, se alza la catástrofe. Pero, ¿puede el Estado desempeñar esa tarea?

Interesa, por tanto, al jurista, de entre todas las cosas que al riesgo ataúnen, una muy en concreto: saber si el riesgo es reflejo de la realidad o hipótesis construida sobre datos fragmentarios que han de ser interpretados. El paso despreocupado de la creencia en la posibilidad de una determinada consecuencia a la adjudicación de una probabilidad a la misma no es aceptable por carecer de fundamento (Hermitte, 2000: 349). Y, sin embargo, radica ahí, precisamente, el basamento de la determinación de lo que es riesgo aceptable, de lo que se puede o no se puede hacer.

VOCES

Este problema que erupciona inesperado, no obstante, nos pone sobre aviso respecto a una cuestión de perspectivas que tiene su importancia. Resulta que hay dos modos de ver el riesgo: el riesgo como probabilidad y el riesgo como incertidumbre. En el primero de los casos, es el riesgo un dato objetivo de la realidad que puede ser aprehendido a través de procedimientos científicos válidos. Queda el mundo dividido en dos: por un lado, se encuentran los especialistas que conocen y emplean métodos precisos para determinar el riesgo inherente a cada una de las alternativas que se ofrecen a la decisión; del otro, se encuentra el ciudadano no experimentado y que muestra una vergonzosa incapacidad para aprehender de forma correcta el riesgo a que se enfrenta. Heurísticas que hacen que lo más llamativo aparezca como más probable, o que no existan más riesgos que aquéllos que pueden traerse a la memoria, o que una voluntad oculta y perversa parezca esconderse tras los sucesos del día a día, o que los sucesos negativos sólo les pasen a los demás, impiden al común de los mortales tener del riesgo una visión tan exacta y depurada como la que reflejan los juicios de los expertos que, bajo esta forma de ver las cosas, se pintan como neutrales y equilibrados. La psicométría y, en general, las ciencias cognitivas, parecen inclinarse por esta idea del riesgo.

Verlo, por el contrario, como resultado del contexto social y cultural es acercarse a él desde el camino opuesto. Pueden distinguirse tres corrientes de entre las que conciben el riesgo en este modo (Lupton, 1999: 18-36): quienes lo ven desde una perspectiva “simbólica o cultural” (Douglas, 1982); los sociólogos que hablan de “sociedades del riesgo” (Beck, 1992; Giddens, 1990); y quienes hablan desde la teoría de la gobernabilidad (Foucault, 1988). Independientemente de las diferencias que entre ellas existen, convierten al riesgo en elemento central de la vida moderna. La probabilidad no juega aquí un papel relevante, como anteriormente; el riesgo es ahora un aspecto de la subjetividad del individuo. Éste se siente desorientado, como naufragio en un mar de incertidumbre; vive el riesgo no como dato objetivo extraído de la realidad, sino como construcción que parte de las amenazas del mundo moderno y las mediatiza a través de procesos sociales o culturales (en el caso del construcciónismo extremo el riesgo no tendría siquiera entidad propia).

Ha de apreciarse, en cualquier caso, a los efectos de lo que aquí nos interesa, que ambas posturas justifican la gestión pública de los riesgos. En el primero de los casos de manera más inocente, por sencilla, si se quiere: está claro que si hay quien, a causa de su manifiesta incapacidad de hacer frente a las situaciones arriesgadas con una mínima garantía de éxito está condenado al fracaso, habrá de recibir la oportuna ayuda o empuje —*nudge* lo han llamado algunos autores, empleando un término inglés que recoge con más precisión lo que se pretende (Thaler y Sustein, 2009)— que le facilite la consecución de sus objetivos y la evitación de las terribles consecuencias que una decisión “errónea” pudiera ocasionarle. En el segundo de los casos, el riesgo, en tanto que construcción intelectual, puede ser, desde luego, gestionado.

Pero sigue quedando en pie la pregunta a la que la presente definición del riesgo trata de dar respuesta: ¿es posible legislar sobre el riesgo? ¿No será más bien el riesgo el que marque los límites que no puede traspasar la acción reguladora del gobierno? Se hace necesario, pues, acudir, parafraseando a Huizinga, a una definición concisa que exponga el concepto con toda precisión y de modo completo: ése es el propósito de lo que sigue.

Debiera quedar claro, como punto partida, que del riesgo se tiene generalmente (aunque no siempre haya sido así) una visión negativa, y que no parece muy acertado expresarse en estos términos, por ejemplo: “corro el riesgo de que me toque el premio de la lotería”, o “existe el riesgo de que lleguemos felices al término de nuestro viaje”. Tal forma de hablar no dejaría de ser vista con extrañeza,

si no es ya que quien escucha tales afirmaciones intuye que, tras las venturas esperadas, se agazapan contratiempos por él desconocidos. Se entiende, por tanto, que el riesgo es la posibilidad de que ocurra algo *malo*.

En segundo lugar, no deja de ser útil reflexionar sobre el motivo que ha hecho que el riesgo sea hoy un fenómeno tan conspicuo. La razón fundamental es que nos enfrentamos a la catástrofe. Las acciones que se consideran como arriesgadas ahora, lo son porque, con origen en la técnica moderna, poseen una inercia o dinámica autónoma que les es propia y que las convierte en irreversibles y provoca que escapen, además, a todo intento de planificación (Dupuy, 2002).

La singularidad de la catástrofe, del desastre, hace que al nuevo riesgo no le sea de aplicación la idea de probabilidad; de poco vale un concepto de riesgo entendido como la probabilidad de que una consecuencia negativa tenga lugar. Por otro lado, intentos, como el de Savage, en los años cuarenta, de superar esa dificultad hablando de probabilidades subjetivas carecen de solidez. No existe cálculo probabilístico más que allí donde es posible la observación del fenómeno repetidas veces. La posibilidad de repetición ilimitada es esencial al propio concepto de probabilidad. Sólo puede tratarse de ella cuando se está haciendo referencia a una colectividad, es decir, a una secuencia ilimitada de observaciones (Mises, 1957: 10-11). Pero tal cosa no puede darse cuando se habla de cambio climático, de escape nuclear, de los problemas que pueden generar los alimentos transgénicos, la ingeniería genética, etc. No es posible repetir el desastre de forma ilimitada para calcular sus probabilidades. La catástrofe es singular, por irrepetible. Quienes para superar esta dificultad acuden al subterfugio de la probabilidad subjetiva, afirmando que la probabilidad que se adscribe a un determinado acontecimiento depende de nuestro grado de conocimiento, lo que hacen es olvidar que cuando nada se sabe del mismo, nada puede afirmarse sobre su probabilidad.

No es, pues, nuestra falta de conocimiento la que ha hecho del riesgo un fenómeno de especial protagonismo en nuestros días. No es posible imaginar un futuro, más o menos cercano, en el que esa ausencia de conocimientos pueda ser suplida y ese riesgo domeñado, gestionado, *apprivoisé*, porque no plantea un problema epistemológico, sino ontológico, y es que no puede ser interpretado, en modo alguno, a través del cálculo de probabilidades.

Lo dicho no implica afirmar que, puesto que dicho riesgo no es objeto de cálculo probabilístico, sea exclusivamente un fenómeno subjetivo, pura incertidumbre, al modo como lo concibe el constructivismo. El riesgo existe de manera independiente; es una categoría ineluctable de la acción humana con la que hay que contar. Sólo existirían acciones ajenas al riesgo en un mundo donde el conocimiento detallado del futuro fuese posible. Pero, y precisamente por ello mismo, en tal mundo no habría acción, puesto que no tendría sentido el actuar que busca la obtención de un determinado resultado cuando, de antemano, se sabe establecido si se conseguirá o no.

Entonces, ¿es el riesgo algo preexistente en el mundo, o una imposición de nuestras convenciones lingüísticas o categorías intelectivas? Dicho de otro modo, al hablar de riesgo ¿estamos ante una proposición sintética o analítica? La respuesta no es ni la una ni la otra; es necesario rechazar esa distinción. Usar el concepto de riesgo implica aplicarlo al mundo real; poseer el concepto es ser capaz de aplicarlo y, por supuesto, estas aplicaciones deben ser, en la mayor medida posible, acertadas y precisas. De ello se sigue que ningún uso analítico del concepto de riesgo sea inteligible a no ser que esté imbricado en un conjunto de usos sintéticos del mismo. Carece de sentido, por tanto, seguir preguntándose si el riesgo moderno es un concepto analítico o sintético, si es incertidumbre o probabilidad, puesto que esa distinción presupone la posibilidad de separar el concepto de su aplicación, algo

que es insostenible. No se posee, en primer lugar, el concepto de riesgo y luego se comprueba si puede aplicarse a la realidad concreta. ¿Qué implicaría decir, por ejemplo, que encender la cocina no implica riesgos? No puede ser únicamente cuestión de imaginarse la cocina encendida sin que nada más haya ocurrido, porque la misma imagen puede valer para la idea de que encender la cocina no implica que llueva. Lo que da al concepto su significado es el uso al que se le destina (Wittgenstein, 1975: 4). Y ese uso, en el caso del riesgo contemporáneo, supone la conciencia de la independencia del mundo con respecto a la propia voluntad (de otro modo el riesgo se desvanecería), pero, al tiempo, supone la creencia en la posibilidad de determinar el futuro. En otras palabras, es tener el convencimiento de que lo peor ocurrirá sin género de duda, pero que podemos, simultánea —y paradójicamente— evitarlo. Esto es reivindicar la coherencia de la coexistencia de una dependencia causal y una independencia contrafactual del futuro (Dupuy, 2002: 186).

Recurriendo a un ejemplo, podemos decir que no me está permitido, desde luego y en ningún caso, ocasionar la muerte de mi vecino y, a un tiempo, decir que me está permitido hacer uso de mi cocina (aunque existe un riesgo de provocar un accidente). Lamentablemente, al encender ésta, un defecto provoca una explosión fatal que acaba con la vida del vecino. En este caso, se podría afirmar, en virtud de las consecuencias a que mi acción ha dado lugar, que, en realidad, no me estaba permitido hacer uso de mi cocina (Jarvis, 1986: 173-191) (salvo que se creyera que me estaba permitido igualmente disponer de la vida del vecino). Esta última afirmación es de tipo contrafactual —si no hubiera encendido mi cocina no habría muerto mi vecino—, pero está claro que no puede determinarse qué acciones están o no permitidas en el presente (en virtud del riesgo que suponen) a posteriori, cuando la incertidumbre se ha convertido en certeza. El uso del concepto de riesgo exige pensar en la independencia contrafactual del futuro, al tiempo que estamos convencidos de que pueden nuestras acciones modificar el curso de los acontecimientos que son *inevitables*.

En resolución, podemos decir que son las siguientes proposiciones las que definen el concepto de riesgo:

- a. El cálculo de probabilidades no es aplicable a los riesgos que hoy preocupan de manera más mordiente a las sociedades avanzadas contemporáneas (que algunos llaman postmodernas), por tratarse de riesgos de acontecimientos singulares no repetibles.
- b. La idea de riesgo aparece cuando se posee el convencimiento de que una consecuencia negativa aparecerá de manera inevitable como resultado de nuestras acciones presentes (independencia contrafactual del futuro) y, además...
- c. Va ligada al convencimiento de que podemos emprender acciones que eviten las consecuencias negativas que hemos anticipado para el futuro (dependencia causal del futuro).
- d. Si se está convencido de la segunda proposición, pero no de la tercera, no estamos ante el riesgo, sino ante una predestinación.
- e. Si se está convencido de la tercera proposición, pero no de la segunda, la idea del riesgo se desvanece al desvanecerse la posibilidad de que el efecto negativo se produzca.
- f. Tanto si se da la situación 4 como la 5, carece de sentido hablar de medidas preventivas y, por tanto, de elaborar una norma que busque la gestión del riesgo. El buen gobierno nada tiene que decir al respecto.

g. En virtud de 2 y 3, imposibilita el riesgo la elaboración de una norma que pueda simultáneamente prohibir determinadas acciones, en función de sus efectos negativos, y permitirlas, puesto que la aplicación de la propia norma haría que dichos efectos, que son su fundamento y justificación, desaparezcan. Así, la norma que trate de regular el riesgo debe desplazar su centro de atención; dejar de preguntarse por los daños que puede o no autorizar y preguntarse, más bien, por el contenido del *consentimiento* de quienes corren los riesgos porque, verdaderamente, no puede ir más allá.

Se entenderá, ahora, por qué se afirmó hace rato que dibujaba el riesgo los límites del Derecho, del orden jurídico, y por qué es ésta misma su más cabal y completa definición: la de límite. El muro que rodea al “buen gobierno” de Lorenzetti es la representación de un anhelo enraizado en la psique humana: el anhelo de certidumbre. En ningún caso puede ser símbolo de un encierro no consentido, puesto que ha de tener las puertas abiertas, so pena de dejar de ser “buen gobierno”.

Bibliografía

- BECK, U. (1992), *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage, Londres.
- DOUGLAS, M. y WILDAVSKY, A. (1982), *Risk and Culture: An essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press, Berkeley.
- DUPUY, P. (2002), *Pour un catastrophisme éclairé*, Seuil, París.
- FOUCAULT, M. (1988), “Technologies of the self”, en: MARTIN, L., GUTMAN, H. y HUTTON, P. (eds.), *Technologies of the Self: A Seminar with Michel Foucault*, Tavistock, Londres, pp. 16-49.
- GIDDENS, A. (1990), *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge.
- HERMITTE, M.A. y DORMONT, D. (2000), “Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle”, en KOURILSKY, P. y VINEY, G. (eds.), *Le principe de précaution*, Odile Jacob, Paris, pp. 341-386.
- JARVIS-THOMSON, J. (1986), *Rights, Restitution and Risk*, Harvard University Press, Harvard.
- LUPTON, D. (1999), *Risk*, Routledge, Londres.
- MISES, R. (1957), *Probability, Statistics and Truth*, Dover, Nueva York.
- THALER, R.H. y SUSTEIN, C.R. (2009), *Nudge*, Penguin, Londres.
- WITTGENSTEIN, L. (1975), *The Blue and Brown Books*, Blackwell, Oxford.

La “desviación social” y la cultura de la legalidad Una mirada desde la teoría de la regulación social

Alejandro Soltonovich
Universidad de Buenos Aires
asoltonovich@yahoo.com.ar

127

Resumen

Este breve artículo intenta desarrollar un comentario crítico del concepto de desviación social. Si bien se trata de un concepto de larga trayectoria en las ciencias sociales y su uso en las ciencias jurídicas es igualmente amplio, y aparentemente útil, su carga ideológica lo hace sumamente peligroso en cuanto a las consecuencias de la aplicación de cualquier normativa que pueda surgir bajo su guía. El artículo intenta mostrar, desde la perspectiva de la regulación, cuáles son las advertencias que pueden hacerse sobre estas cuestiones, de manera que puedan evitarse usos nocivos para las personas debido a un incorrecto planteamiento o aplicación legal.

Palabras clave

Desviación social, regulación, ideología, producción normativa.

Social “deviation” and legal culture: A look from the social regulation perspective

Abstract

This short text tries to develop a critical analysis about the concept of social deviation. Even when this concept shows a long presence in social sciences and its use in juridical sciences is equally abundant and apparently useful, the ideological charge that usually underlies the idea of social “deviation” makes it very dangerous when we talk about the consequences of the application of any normative that can appear under its guidance. The work tries to show, in the social regulation perspective, the warning that can be done about this matter, in order to avoiding bad uses—for human beings emerging from an incorrect legal application or normative production.

Keywords

Social deviation, regulation, ideology, normative production.

Como ocurre frecuentemente en las ciencias sociales, el concepto de desviación, cuando ha sido aplicado al análisis de las formaciones sociales, no ha tenido un sentido unívoco y, particularmente, su importancia en algunos ambientes académicos ha sido tan evidente como lo ha sido su ausencia en otros. Este hecho destaca, antes que un problema de comunicación teórica, un notable conflicto ideológico. Por otra parte, cuando se ha aplicado el concepto a la explicación de la vida cotidiana, lo cual es perfectamente viable en opciones etnográficas de la sociología, por ejemplo, rápidamente ha tendido a naturalizarse, por causa de la fácil comparación de tipo moral que produce entre diferentes comportamientos. De manera increíble y notoria, la desviación estadística se convierte, prácticamente en abstracto, en desviación humana y en peligro para un orden que se presupone no sólo natural sino, además, deseable.

Sin embargo, esta facilidad encubre redes de significación y presupuestos sobre la “realidad social” (en realidad, sobre su configuración) que desde la sociología no pueden ser aceptados sin más, pues ello supondría omitir el análisis del contexto en el cual los discursos se desarrollan, siendo este un elemento ineludible en el análisis sociológico (Geertz, 1997).

Resulta en ocasiones “obvio” calificar de “desviadas” ciertas conductas cuando éstas vulneran lo que Durkheim llamó “estados fuertes y definidos de conciencia social”, pues estos estados generan una lectura del mundo en términos de integración y prohibición, que definen lo necesario y lo permitido, los espacios de “Tótem y Tabú” (Durkheim, 1982; 1986). Esa obviedad presuntiva es fuente de una sólida pretensión de validez para el discurso del orden asociado. No obstante, el concepto de desviación no se ha referido únicamente al estatus de una conducta determinada en relación con una serie de estados definidos de conciencia social, sino a pautas de comportamiento ubicadas por fuera de las pautas *normales* de acción social.

Es decir que, al menos desde ciertas perspectivas estructural-funcionalistas, no se ha tratado simplemente de establecer qué conductas alteran dichos estados y determinar las reacciones sociales consecuentes, sino de construir unos parámetros de normalidad en términos de la funcionalidad sistémica, de tal manera que las conductas particulares fueran evaluadas en términos de un orden social establecido sobre parámetros que mezclan y confunden lo técnico con lo moral. De esta forma, a la debilidad teórica de la desviación como concepto relativo a la moral dominante se le agregan las indeterminaciones devenidas de la construcción de una noción específica de normalidad. En este ámbito, la desviación es un concepto que sirve a una intención de intervención política: el control social.

Ello porque a la normalidad como regularidad en los comportamientos y acciones sociales de los sujetos se le superpone (indebidamente) la normalidad como estado no patológico de lo social, dado que la desviación se asocia con la anomia y otros fenómenos vinculados, ideológicamente, con la imposibilidad de reproducir el funcionamiento sistémico. Lo desviado no es entonces simplemente lo que vulnera la regularidad o las prohibiciones, sino también aquello que impide la reproducción social. Sin embargo, se trata de dos espacios analíticos diferenciados que no deben confundirse, pues en ocasiones aquello que vulnera las regularidades y altera las prohibiciones no sólo es deseable en un contexto social determinado, sino incluso necesario para permitir la reproducción social. En las sociedades que componen el espacio del capitalismo tardío, por ejemplo, la ruptura con las regularidades precedentes es indispensable para conseguir un régimen satisfactorio de reproducción del capital, lo cual es condición necesaria para la continuidad del ciclo sistémico de producción, distribución y consumo (Mandel, 1974). Incluso en el plano jurídico, sólo es posible un desarrollo (progresivo o regresivo) del

ordenamiento jurídico si se produce un cambio en las limitaciones y obligaciones impuestas desde el estado, lo cual implica que cambien los contenidos de lo que es considerado "normal" y de lo que puede considerarse una "conducta desviada". Paradójicamente, el cuerpo de representantes debe asumir un cambio en lo que se considera normal en la sociedad e, inmediatamente, generar las condiciones normativas para forzar el cumplimiento de esa normalidad (Hyden, 2005).

Es relativamente fácil, desde el punto de vista jurídico o moral (que no son sinónimos, a pesar de muchas confusiones prácticas al respecto), definir a ciertas conductas como socialmente patológicas o desviadas e incluso tipificar tales conductas en categorías bien definidas: violación, abuso de menores, violencia familiar, son ejemplos de categorías cargadas de sentido en las cuáles no es difícil definir a ciertas conductas como "desviadas". No obstante, la desviación no puede establecerse sin tomar en cuenta parámetros que pueden no coincidir. Que la violencia familiar sea jurídica y moralmente considerada una desviación de la conducta lícita no significa necesariamente que se encuentre fuera de las pautas regulares de funcionamiento social. La violencia familiar (de la cual caben muchas diferentes definiciones) puede ser, incluso en sociedades desarrolladas, un mecanismo de integración social eficiente, aun cuando sea éticamente desplorable y, en este sentido funcional, no implicará desviación sino, por el contrario, cumplimiento de la pauta de reproducción social. Esto es particularmente cierto en el desarrollo de cualquier proceso de socialización.

Por otro lado, la innovación técnica u organizativa vinculada a la superación de límites funcionales supone cierto "desprecio" por la normalidad que debe existir en sociedades basadas en la ampliación constante de la división del trabajo (Soltonovich, 2009). Las innovaciones científicas, por ejemplo, suponen un intento consciente de "desviarse" del conocimiento disponible mediante la producción de nuevo conocimiento, en términos de habilitar nuevas prácticas de producción, distribución y consumo. Dicho de otra forma, un científico, ya sea práctico o teórico, que no intente desviarse de las condiciones preestablecidas de conocimiento o capacidad no servirá nunca como científico, de la misma manera que la competencia mercantil y económica en el capitalismo tardío asegura que la intención de cambiar los parámetros de funcionamiento en relación con las mercancías producidas e intercambiadas en el mercado sea una necesidad (Mandel, 1974). En otras palabras, nuestras sociedades subsisten gracias a un estímulo constante de la desviación en determinadas áreas.

Por otra parte, existe una segunda forma de comprender la desviación en términos sociológicos, que es aquella vinculada a la observación de casos que se alejen de la curva o la posición normal respecto de una función construida para relacionar variables en un contexto social dado. Si se mide, por ejemplo, la distribución de la riqueza en cualquier país del mundo, la medición más conservadora mostrará que los miembros de las clases altas son tan poco numerosos que representan puntos desviados de la normalidad social en cuanto al ingreso per cápita. Sin embargo, no se ha considerado que la posesión de riqueza excedente sea un indicador de conducta desviada, sino que la explicación de este fenómeno generalmente incluye la existencia de un modo normal (deseable o indeseable) de funcionamiento y reproducción social. Por otra parte, la curva o función presentada como parámetro de normalidad casi siempre es el resultado de una serie de factorizaciones que promedian casos reales, pero cuyos puntos gráficos pueden no coincidir con ninguno. Esto es posible porque la reunión de variables que configuran la función obedece a parámetros preestablecidos, guiados por un interés que puede ser técnico o moral, pero que en todo caso construye el fenómeno estudiado, en vez de percibirlo objetivamente.

Inevitablemente, entonces, el concepto de desviación, incluso en la versión “matemática” de las variables sociales presentadas como funciones conlleva una carga ideológica que debe ser atendida antes de utilizar el concepto en cualquiera de los dos sentidos aquí esbozados. Esto es particularmente cierto si se intenta vincular el concepto con las normas y valores que imperan en una sociedad, pues se corre el riesgo simétrico de naturalizar esas mismas normas y valores: el mecanismo de control (la ley) y el objeto de control (la conducta considerada desviada) terminan por definirse mutuamente en un circuito falaz de afirmación ético-moral con grandes consecuencias jurídicas.

Si la conducta se considera desviada es porque se “deduce” de la aplicación de una norma (la conducta es desviada porque la norma dice que lo es) y la norma se “deduce” de la existencia de conductas consideradas socialmente “anormales”, “desviadas” o “patológicas” (debe existir una norma que limite la conducta considerada desviada); el dispositivo ideológico se hace evidente, por una parte y, por otra, encubre los dispositivos que subyacen en la norma como dispositivo de control y construcción social (Ferrari, 1989). La verificación de una distribución heterogénea del poder político y social que los muestran como cualidades concentradas en segmentos reducidos de la población (incluso en las sociedades más desarrolladas y formalmente democráticas) debería ser una advertencia suficiente contra la configuración de una idea de “cultura legal” que imponga una normalidad (unos límites a lo considerado normal) desvinculada de un interés en el mantenimiento de unas relaciones sociales determinadas y mediadas por las diferencias de riqueza y poder (Habermas, 2000; Touraine, 1994). Dicho de otro modo, cualquier intención de definir el orden social legítimo desde el punto de vista normativo puede considerarse mediada por un interés que no es natural y, por supuesto, no representa una emanación del interés moral de toda la sociedad, sino de aquellos sectores realmente capaces de intervenir en el proceso de formación normativa (Marx y Engels, 1988).

Es bastante evidente, por otra parte, que las sociedades no toleran la superación indiscriminada de determinados límites (ligados mayoritariamente a las necesidades orgánicas de sus componentes humanos) y que en cualquier sociedad, por ejemplo, el homicidio indiscriminado debe ser considerado una conducta intolerable, o al menos indeseable. No obstante, esto está muy lejos de querer decir que el homicida muestre siempre una conducta socialmente desviada, sino solamente que existen restricciones y sanciones para determinados homicidios, mientras que otros pueden ser tolerados e incluso estimulados. El verdugo que ejecuta al reo, por ejemplo, no es un agente que muestre una conducta desviada sino, por el contrario (y en el contexto ideológico imperante) un agente que cumple con un rito socialmente integrador, al cumplir con la ley y con la sentencia. Es un homicida legitimado que cumple su función, percibe un salario y vuelve a su casa a dormir tranquilamente con su familia. Lo mismo puede decirse, al menos potencialmente, de todos aquellos que eligen la carrera militar y, en algunos contextos sociales de alta conflictividad, la policial.

La gran complejidad de las sociedades contemporáneas habilita, por otro lado, el desarrollo de contrasentidos: por ejemplo, en situaciones de una pobreza muy extendida ciertas conductas consideradas “patológicas” o “desviadas” por los sectores dominantes que, además, producen y controlan el sistema jurídico en donde tales conductas son declaradas ilícitas, son en realidad necesarias para la integración social y la supervivencia de muchas personas. Además, el paso del tiempo produce otros contrasentidos: la conducta antiguamente normal de fumar en bares y otros sitios públicos ha sido reemplazada por una conducta restrictiva en este aspecto: súbitamente, en virtud de la promulgación y puesta en práctica de una norma, cientos de miles de casos “normales” son convertidos en “desviados”. Puede

alegarse que el orden jurídico refleja los cambios de conciencia social que se producen más lentamente en el cuerpo de la sociedad, pero igualmente puede señalarse que en numerosas ocasiones es la norma la que intenta introducir un determinado cambio en las conductas consideradas socialmente "normales", de tal manera que es un segmento reducido y desviado de la población, una minoría con mayoría de poder jurídico político, la que define los nuevos estándares de normalidad.

En definitiva, cualquier orden legal y cualquier perspectiva sobre la legalidad, deben tener mucho cuidado al hacer intervenir conceptos en el análisis de la realidad social que puedan producir tales equívocos y, además, introducir alevosamente dispositivos de control social que no representen un legado de razonabilidad y elección democrática, sino, por el contrario, el enorme peso que las desigualdades de riqueza y poder introducen en el funcionamiento del sistema. Porque al presentarse como una descripción objetiva de un fenómeno social dado, la desviación anula lo que ese fenómeno tiene de válido como elemento de discusión política, precisamente porque no es presentado como una regularidad social sino como una excepción al funcionamiento sistémico.

Nótese al respecto que no se rechaza la posibilidad de observar la desviación estadística (la única que parece realmente aceptable en términos sociológicos) como dato sobre la realidad, sino su interpretación como irregularidad. Por el contrario, la violación, la violencia doméstica, el robo, el fraude o el homicidio son fenómenos preocupantes no porque sean excepcionales (aunque son poco frecuentes en comparación con la agregación de otras relaciones sociales) sino porque expresan una tendencia regular a la reaparición, a pesar del enorme gasto social producido en mecanismos de producción y prevención.

El caso desviado informa, pero no define. La figura jurídica, por el contrario, define, pero no informa. No es lo mismo un ladrón que hurta para que su familia coma (o para consumir droga, no viene al caso) que el defraudador de guante blanco que desfalca a cientos de familias para que su familia coma caviar (o consuma droga, tampoco viene al caso). La ley (el aparato represivo-legal del estado), en cualquier caso, suele ser mucho más estricta con el primer caso, con el denominado "delincuente común", cuando el segundo caso deviene en mucho más lesivo para los derechos de las personas y la integración social. Si es tal vez porque el delincuente común ha hecho del delito su forma de vida (su desviación de la norma de conducta es permanente), podría decirse que si la curva trazada se basara para medir la desviación con otros parámetros (por ejemplo, por el monto total hurtado o desfalcado) el resultado de la desviación sería otro.

En resumen, tal vez el mayor peligro del que se quiere advertir en estas líneas es que el concepto de desviación vinculado a la legalidad incrementa permanentemente dos riesgos intelectuales (pero con graves consecuencias prácticas) en los que no se debe incurrir: en primer lugar, la naturalización de determinados acontecimientos y fenómenos sociales que tiene por consecuencia la dificultad para problematizar lo evidente, lo que es dado por la conformación ideológica y sin crítica de los agentes intelectuales y materiales de las instituciones legales. En segundo lugar, la simplificación de esos mismos fenómenos, recortándolos del conjunto de variables sociales que los afectan y conforman, de tal manera que las políticas (represivas o no) que desarrollean las agencias estatales no respondan con eficacia (ni mucho menos con justicia) a la aparición de estos eventos. Por último, debe considerarse que la acción de estas agencias es también compleja porque se desarrolla en organizaciones muy amplias, de tal modo que las premisas de funcionamiento son fundamentales, dado que transmiten un modo de resolución de la acción a todas las relaciones sociales subordinadas, de tal modo que la regulación social responderá a la naturalización y la simplificación siempre de

la peor manera posible, es decir, incrementando los riesgos de que los eventos sistémicos indeseables reaparezcan y proliferen.

Bibliografía

- DURKHEIM, E. (1982), *Formas elementales de la vida religiosa*, Akal, Madrid.
- DURKHEIM, E. (1986), *Las reglas del método sociológico*, Morata, Madrid.
- FERRARI, V. (1989), *Funciones del derecho*, Debate, Madrid.
- GEERTZ, C. (1997), *La Interpretación de las Culturas*, Gedisa, Barcelona.
- HABERMAS, J. (2000), *Factualidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HYDÉN, H. (2005), "Nine reasons for norms (sociology of law as norm science)", en *Europeans ways of law*, Conferencia en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, 6 de julio.
- MANDEL, E. (1974), *Iniciación a la economía marxista*, Nova Terra, Barcelona.
- MARX, K. y ENGELS, F. (1988), *La ideología alemana*, Ed. L'Eina, Barcelona.
- SOLTONOVICH, A. (2009), *De la entropía a la regulación. Un examen de la teoría sociológica para una teoría de la regulación social*. Tesis Doctoral, Universidad de Milán, inédita.
- TOURAINE, A. (1994), *Qu'est-ce que la démocratie?*, Fayard, París.



Norma social – Norma jurídica

Mauricio García Villegas

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá

mvillegas@wisc.edu

Resumen

Si bien la distinción entre norma como mandato jurídico y norma como regularidad social es analíticamente clara, en la práctica la distinción entre ambos conceptos es con frecuencia difícil. Aquí se exploran, en un segundo abordaje, estas dificultades y se muestra cómo ellas tienen que ver con el hecho de que en la vida social confluyen tres sistemas reguladores: el jurídico, el moral y el social. A cada uno de estos sistemas corresponde un tipo particular de sanción: la sanción propiamente dicha, (multa, cárcel, etc.) en el caso de las normas jurídicas, la culpa, en el caso de la moral y la vergüenza en el caso de la cultura. En la práctica, sin embargo, existen fuertes conexiones entre los tres sistemas.

133

Palabras clave

Norma, sociología jurídica, Teoría del Derecho, regulación social, norma social, norma jurídica, Derecho y sociedad.

Social rule – legal rule

Abstract

Although the distinction between rule as a legal mandate and rule as a social regulation is clear from an analytical point of view, that distinction is often difficult from a practical perspective. This article aims to explore these difficulties and it shows how they have to do with the fact that in social life three regulatory systems converge: the legal, the moral and the social systems. A specific sanction belongs to each of these systems: a strictly speaking sanction (fine, jail, etc.) to the legal rule; the fault to the moral rule and the shame to the social/cultural rule. However, in practice, strong connections among the three systems exist.

Keywords

Rule, legal sociology, legal theory, social regulation, social rule, legal rule, Law and society.

La palabra norma evoca al menos dos significados diferentes: por un lado, hace referencia a un comportamiento obligatorio, de una línea de conducta debida y, por el otro, se refiere a algo que ocurre con cierta regularidad, algo que es normal. En el primer sentido el énfasis se pone en la exigencia de que las cosas se ajusten a un parámetro establecido¹, en el segundo, el acento se pone en la normalidad, en la recurrencia. El primer sentido es sobre todo utilizado en el derecho y en la moral, mientras que el segundo es más común en la sociología y la antropología. Esta ambigüedad entre lo que ocurre (*ser*) y lo que debería ocurrir (*deber ser*) es el origen de múltiples exploraciones y debates acerca del concepto de norma.

Ahora, si bien la distinción entre la norma como mandato jurídico y la norma como regularidad social es analíticamente clara, en la práctica las cosas son más difíciles. Así por ejemplo, en el mundo del Derecho se discute desde hace mucho si las normas son simplemente prescripciones dadas por la autoridad competente o son, además, postulados sobre lo que es justo. Los defensores de la primera de estas posiciones -conocidos como *iuspositivistas*- estiman que la esencia del Derecho está en la sanción, es decir en la capacidad del aparato coercitivo estatal para imponer el comportamiento debido (*deber ser*). Los defensores de la segunda posición -los *iusnaturalistas*- consideran que la esencia del Derecho está en la correspondencia entre la norma (*deber ser*) y un sentido de justicia -natural o racional- que existe en la realidad (*ser*)². Mientras las teorías positivistas del Derecho ven la norma como un deber ser independiente del ser, las segundas establecen una cierta conexión entre el ser (la justicia natural) y el deber ser (norma).

Pero incluso los *iuspositivistas* se ven obligados a aceptar que hay algo de facticidad, es decir de algo de hecho, en el deber ser de una norma. Incluso en la célebre *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen –supuestamente una Teoría del Derecho entendido como puro deber ser- la norma fundamental, a partir de la cual se origina todo el ordenamiento jurídico, presupone la eficacia del Derecho. Esto es aún más evidente en la versión que tiene Herbert Hart de esa norma fundamental y que en su caso se denomina *Regla de Reconocimiento*. Según este autor, “una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz” (Hart, 1961: 130). La percepción individual de que la norma que reclama obediencia es algo no sólo aceptado por el grupo sino algo generalmente obedecido es, en Teoría del Derecho –aunque no necesariamente en una dogmática jurídica- una condición necesaria para que las normas jurídicas sean normas válidas.

De otra parte, desde el punto de vista sociológico las normas sociales son algo más que una simple regularidad. En teoría social, la norma social no se confunde con la mera costumbre. El hecho de que, por ejemplo, las personas vayan al cine una vez por semana o tomen el té por las tardes no significa que exista una norma social que establezca que tales conductas son obligatorias. Para que exista una norma social se requiere que se desencadene una reacción hostil frente a la persona que se aparta del comportamiento establecido. Así por ejemplo es usual que en muchos países la gente se ponga de pie cuando oye el himno nacional. Esa es una costumbre y una regularidad pero también es algo más que eso, es una

¹ Para los romanos la “norma” era la escuadra, con la cual el albañil y el carpintero ajustaban las edificaciones a los parámetros de los diseñadores.

² Esto no sólo está presente en autores iusnaturalistas tradicionales como Santo Tomás de Aquino o Kant, sino en juristas americanos como Lon Fuller (1964), para quién, en los principios de la tradición del Rule of Law y en el Common Law se encuentra una “moral interna” que pone en tela de juicio la separación tajante entre ser y deber ser.

norma que impone una cierta manera de comportarse y por eso entraña un reproche social respecto de quienes no siguen la norma.

Las regularidades sociales que se convierten en obligatorias son muy frecuentes en la sociedad y por eso hay que evitar la imagen, generalmente propagada por los juristas, de que casi toda la regulación social proviene de normas explícitas en códigos, creadas y promulgadas por autoridades competentes. Las acciones socialmente regulares no siempre pueden ser explicadas, ni como el resultado de la obediencia a las reglas, ni tampoco como una simple causalidad. Una parte importante de la obra de Pierre Bourdieu se dedica a explicar este punto intermedio en el que se ubican las normas. En *Choses dites*, Bourdieu sostiene que:

El juego social se encuentra reglado; es un lugar de regularidades. Las cosas suceden de manera regular; los herederos ricos se casan por lo regular con las hijas de los ricos (...) Yo puedo decir que toda mi reflexión ha partido de allí: ¿Cómo las conductas pueden ser regladas sin que sean el producto de la obediencia a reglas? (Bourdieu, 1972: 81).

Bourdieu rechaza la noción de norma –entendida como un mandato jurídico o moral– con la intención de “[e]vitar las ingenuidades más groseras del legalismo, el cual ve las prácticas como el simple producto de la obediencia de las normas”. De esta manera intentó construir un “modelo que no fuera un simple registro de normas explícitas o de declaraciones de regularidades...”. La solución de Bourdieu para este modelo intermedio entre reglas y normas era el concepto de *habitus*. El *habitus* es un:

Sistema de disposiciones durables, de estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras que estructuran, es decir, como principio de generación y estructuración de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente “reguladas” y “regulares” sin que sean de ningún modo el producto de la obediencia a reglas (Bourdieu, 1972: 175).

El concepto de *habitus* –siempre visto dentro de esta perspectiva sociológica de explicación de las prácticas sociales y sus regularidades– pretende ir más allá de la epidermis institucionalizada que crean las reglas jurídicas, bajo la cual la gente actúa, o no, de cierta manera. Según Jacques Bouveresse, “como el *habitus* no es necesariamente de una naturaleza mental (hay formas de *habitus* que son simplemente corpóreas), este es independiente de cualquier distinción entre lo consciente y lo inconsciente, y no es menos independiente de la distinción entre el producto de una simple restricción causal y una acción que es “libre”. El *habitus* es entonces un concepto intermedio entre reglas –en el sentido jurídico– y causalidad, o reglas en sentido físico.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, el mismo Bourdieu tenía cuidado de no ir demasiado lejos en su condena de la esfera jurídica: “la reacción contra el legalismo (*juridisme*) en su forma abierta o encubierta no debe conducir a hacer del *habitus* el principio exclusivo de toda práctica, aunque también es cierto que no hay ninguna práctica que no lo tenga como principio” (Bourdieu, 1972).

Más aún, según Bourdieu, las reglas jurídicas son un tipo de sustituto que interviene cuando el *habitus* es incapaz de cumplir sus funciones reguladoras. El derecho es entonces la excepción, mientras que el *habitus* es la regla³. La excepciones surgen en momentos de crisis del *habitus*: “mientras más peligrosa es una situación, más la práctica tiende a estar codificada. El grado de codificación varía según el grado de riesgo” (Bourdieu, 1987). Aquí vemos cómo la virtud de codificar una regla consiste en que ello permite, como toda racionalización, una

³ Esto es, por supuesto, particularmente claro en aquellas sociedades en las cuales no hay un orden jurídico desarrollado, tales como, por ejemplo, entre el pueblo Kabyle.

“economía de la creatividad, de improvisación, de creación” (Bourdieu, 1987: 103). Pero la forma o la codificación no operan simplemente a través de su eficiencia técnica, cuando clarifican o racionalizan. Según Bourdieu:

Existe una eficacia propiamente simbólica de la forma. La violencia simbólica, cuya mejor expresión es sin duda el derecho, es una violencia que se ejerce, si se puede decir, en las formas, poniendo formas. Poner formas, es dar a una acción, o a un discurso, la forma que se reconoce como conveniente, legítima, aprobada..., la fuerza de la forma... es esta fuerza propiamente simbólica que permite a la fuerza ejercerse plenamente, haciéndose desconocida como fuerza y haciéndose reconocer, aprobar, aceptar, por el hecho de presentarse bajo las apariencias de la universalidad – aquella de la razón o de la moral (Bourdieu, 1987: 103).

Por lo tanto, para Bourdieu, el Derecho no es reducible a una cuestión de intereses –como Weber y Marx pensaban–, así como los intereses no pueden ser reducidos al derecho. De ahí que en las primeras líneas de su artículo “La force du droit”, Bourdieu trate de construir una esfera jurídica relativamente autónoma entre el formalismo positivista de Kelsen, en el cual domina la visión subjetiva, y el materialismo de Louis Althusser, en el cual domina la perspectiva objetiva. He aquí el desafío que enfrenta Bourdieu: construir una teoría de las prácticas jurídicas que pueda trascender la dicotomía ser/deber ser.

En la vida social confluyen tres sistemas reguladores: el jurídico, el moral y el social. A cada uno de estos sistemas corresponde un tipo de sanción específica: la multa o la cárcel en el caso de las leyes, la culpa, en el caso de la moral y la vergüenza en el caso de la cultura. En la práctica, sin embargo, los tres sistemas tienen fuertes conexiones. Buena parte de la moral que predomina en una sociedad está incorporada en el Derecho. Esto se pone en evidencia no sólo en aquello que Lon Fuller denominaba “la moral interna del derecho” - una especie de sabiduría moral acumulada en el derecho a través de la historia – sino en la simple constatación de que buena parte de lo que la moral condena el Derecho también lo condena (o simplemente lo ignora)⁴.

Si de lo que se trata es de lograr una sociedad bien ordenada, ¿qué relación debe existir entre estos tres órdenes normativos? El ex-alcalde de Bogotá, Antanas Mockus, experto en cultura ciudadana, responde a esta pregunta diciendo que debería haber una “armonía” entre estos tres sistemas reguladores⁵. La armonía entre ley, moral y cultura suele estar presente en sociedades bien ordenadas y socialmente homogéneas, con niveles bajos de conflictividad y mecanismos claros de resolución de conflictos. Convivir, dice el ex-alcalde Mockus, es “dejarse regular por ley, moral y cultura...”. Quien logra moverse sin contradicciones entre estos tres sistemas, dice Mockus, es un “anfibio cultural”; es decir una persona que ayuda a disminuir las tensiones que las sociedades modernas –amantes de la diversidad cultural y del pluralismo- introducen en esa triple regulación (Mockus, 1994). El buen ciudadano debe pasar -como los anfibios- de un nivel de regulación a otro sin dificultades y de esta manera propiciar una actitud conciliadora entre el Derecho y el mundo social. Cuando existe armonía entre ley, moral y cultura, dice Mockus, la cultura de la legalidad florece. Dicho de otro modo, cuando los comportamientos ilegales se desaprueban moral y culturalmente, prospera la cultura de la legalidad. A Mockus le preocupan aquellos casos en los cuales surge una aprobación social o

⁴ En los principios del Rule of Law, Fuller creía haber hallado la existencia de una moral interna del Derecho.

⁵ En otra parte he criticado la utilización de este término: García Villegas (2009).

moral de comportamientos ilegales⁶. Dicho en otros términos, le preocupa el divorcio entre moral y costumbre por un lado, y Derecho por el otro.

Si bien desde el punto de vista de las políticas públicas –desde el punto de vista del alcalde, por ejemplo- la búsqueda de la armonía parece adecuada, desde el punto de vista del individuo que actúa en el espacio público, la actitud cívica o ciudadana debe consistir en subordinar la moral y las normas sociales en beneficio del acatamiento de las normas legales. Eso sucede cuando, por ejemplo, alguien que considera que la homosexualidad es inmoral está obligado a respetar a los homosexuales en el trabajo o en el espacio público. En ese caso, no debe buscarse la armonía entre sus convicciones morales y la ley sino la subordinación de aquellas a esta.

Las razones por las cuales una persona cumple con una norma no sólo pueden ser muy distintas sino que es posible que obedezcan a diferentes sistemas reguladores. Alguien puede desobedecer una norma legal porque actúa en acatamiento de una norma social o de una norma moral o viceversa. Así por ejemplo, hay conductores que no se pasan los semáforos en rojo porque les da vergüenza, no porque les da miedo que los sancionen. En este caso el conductor acata la norma jurídica –el respeto del semáforo– no por la norma misma, sino por obedecer otra norma, una norma social según la cual está mal visto pasarse el semáforo en rojo. Esa misma persona se pasaría el semáforo en rojo si estuviera sola y eso debido a que no tiene cómo sentir vergüenza ante los demás, que es justamente lo que lo disuade de incumplir. Algo similar puede pasar cuando una persona obedece la norma jurídica para no sentir culpa, no para evitar la sanción, aunque esto tal vez sea menos frecuente. También puede suceder que una persona cumpla una norma social, por ejemplo, no tirar basura en la calle, porque teme que le impongan una multa, pero que cuando se entera de que dicha multa no existe, incumple sin problema. Esto sí parece ser muy frecuente.

Una sociedad funciona mejor cuando las sanciones de los tres sistemas normativos son efectivas. En los países desarrollados, o simplemente en los países en donde los niveles de incumplimiento de reglas son bajos, muchas personas cumplen el Derecho porque les da vergüenza, no porque temen que los sancionen. La abundancia de sinvergüenzas en una sociedad es siempre un problema; un problema que debe ser compensado con una mayor efectividad de la sanción jurídica, sin que ello implique caer en la situación de los estados policivos o totalitarios, en donde casi todos obedecen por miedo a que los sancionen. Una política pública para mejorar los niveles de incumplimiento debe procurar mejorar la sanción legal, por un lado, y por otro, la cultura ciudadana encaminada a mejorar los niveles de sanción social. Por eso, el tema de la impunidad no sólo es un asunto importante cuando se trata de normas jurídicas y sobre todo penales, sino también un asunto importante tratándose de normas sociales. Buena parte del incumplimiento de las normas que regulan la vida cotidiana en la ciudad, por ejemplo las normas de tránsito, está respaldado en el hecho de que los incumplidores no reciben ningún reproche social; obran con total impunidad.

Bibliografía

BOURDIEU, P. (1972), *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé de trois études d'ethnologie Kabyle*, Droz, Ginebra.

⁶ Una expresión de este divorcio es lo que Mockus denomina “cultura del atajo”, que consiste en obtener beneficios a corto plazo sin importar los riesgos o los medios. Cruzar las calles y avenidas por los sitios prohibidos para llegar más rápido, es el ejemplo clásico. La cultura del atajo es un tipo de viveza.



- BOURDIEU, P. (1987), *Choses dites*, Minuit, París.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2009), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- HART, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- MOCKUS, A. (1994), "Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura". *Análisis Político*, Núm. 21, pp. 37–48.



Poderes discretionales

Isabel Lifante
Universidad de Alicante
isabel.lifante@ua.es

Resumen

Este trabajo presenta una reconstrucción del concepto de discrecionalidad, a partir de las nociones de libertad, de indeterminación del Derecho y del análisis de los distintos tipos de regulación normativa que pueden afectar al ejercicio de los poderes.

139

Palabras clave

Discrecionalidad, poder discrecional, indeterminación del Derecho, norma de fin, mandato de optimización.

Discretionary powers

Abstract

This paper aims to show a reconstruction of the concept of discretion. This will be examined from the notions of freedom, and indetermination of Law and from the analysis of the different kinds of normative regulations which may affect the exercise of powers.

Keywords

Discretion, discretionary power, indetermination of Law, result obligation, optimization command.

1. Introducción

Bajo el rótulo de “discrecionalidad jurídica” pueden distinguirse dos fenómenos muy heterogéneos entre sí. El primero se conecta con lo que pueden considerarse como casos “anómalos” del Derecho, en el sentido de que en ellos fallaría la pretensión del Derecho de regular unívocamente la conducta; de modo que aquí “discrecionalidad” haría referencia a un fenómeno periférico del ejercicio de la autoridad en el ámbito jurídico. El segundo fenómeno hace referencia a un modo de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos (Lifante Vidal, 2002). Este último sería precisamente el sentido de discrecionalidad que está implícito en el uso de la expresión “poderes discrecionales” y que se va a intentar caracterizar en este trabajo.

2. Aproximaciones usuales a la discrecionalidad jurídica

Resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad consiste en un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad. Las distintas respuestas que se dan a esta cuestión pueden agruparse según cuál sea el rasgo que se considere definitorio o central para la caracterización de la discrecionalidad.

a) Una de las respuestas más frecuentes es la que sostiene que la discrecionalidad viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir. La discrecionalidad es así concebida como el poder o la facultad para elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate, en nuestro caso el Derecho.

Si la discrecionalidad es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el Derecho, entonces para que ésta exista tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso y desde este punto de vista la discrecionalidad es vista, por tanto, como un fenómeno graduable.

b) Otra de las caracterizaciones frecuentes de la discrecionalidad es la que la define como ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión. Dworkin (1977), por ejemplo, dice que la “discrecionalidad en sentido fuerte” se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Y, en un sentido similar, en ocasiones se traza un concepto general de discrecionalidad en términos de elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos (Desdentado, 1997). La discrecionalidad haría referencia, pues, a la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo “donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad” (Davis, 1969).

c) Un tercer rasgo que aparece en los trabajos sobre discrecionalidad es la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de una decisión. Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este elemento, es frecuente encontrar clasificaciones que lo toman en cuenta. Así, por ejemplo, algunos proponen hablar de discrecionalidad “provisional” cuando un funcionario público es libre para tomar una elección entre posibles cursos de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible anulación por otro órgano; y de discrecionalidad “absoluta” o “última”

cuento ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable (Davis, 1969).

En ocasiones, este rasgo de ausencia de enjuiciabilidad se ve como consecuencia de los anteriores rasgos de la discrecionalidad. Así, se considera que si un órgano decisor puede ejercer juicios entre alternativas permisibles, entonces "normalmente" otros no estarán autorizados o serán capaces de revisar o anular las decisiones. Ésta es también la opinión de muchos administrativistas, para los cuales, si la potestad discrecional supone la atribución a la Administración de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, entonces un poder tal parece rechazar, por hipótesis, cualquier tipo de control que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término „discrecional” proclama.

Por último, hay autores para los que no existiría tal conexión entre los rasgos antes recogidos y éste que estamos ahora analizando. Se trataría de cuestiones independientes y que configurarían diversos "sentidos" del término discrecionalidad. De esta opinión sería, por ejemplo, Dworkin (1977), para quien uno de los sentidos débiles que adopta el término discrecionalidad es precisamente aquél que hace referencia a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea si un jugador está fuera de juego.

d) Otros autores se centran en caracterizar lo que origina o da lugar a la discrecionalidad: cuándo o por qué puede decirse que un órgano posee discrecionalidad. Bell (1992), por ejemplo, señala que una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y considera que esta legitimación puede darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos. La mayoría de las aproximaciones a la discrecionalidad suelen mencionar estas dos fuentes, pero mientras que algunos análisis las utilizan como modos indistintos en que puede surgir un mismo fenómeno; otros establecen, a partir de ellas, distintos tipos de discrecionalidad; y hay quienes también se ocupan de estos dos expedientes, pero para mostrar que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con uno de ellos (con la delegación de un poder).

3. Una propuesta de reconstrucción

a) Utilizando la clásica distinción de Berlín entre libertad negativa y libertad positiva, parece que las dos primeras maneras de caracterizar la discrecionalidad que antes hemos mencionado (como opciónabilidad o como ausencia de estándares jurídicos) son normalmente entendidas como aplicaciones de la idea de libertad negativa: como permiso o ausencia de obstáculos para decidir en uno u otro sentido. Sin embargo, es posible interpretar la discrecionalidad de un modo más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando no la idea de que el órgano decisor puede hacer lo que quiera, sino que es a él a quien corresponde determinar qué curso de acción emprender (concretando para ello los estándares que guían la toma de decisión). Esta manera de entender la libertad no reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad. La discrecionalidad así entendida no implica necesariamente ni la existencia de diversas opciones acordes con el Derecho, ni la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión.

Hemos visto que también es usual sostener que si una decisión es jurídicamente discrecional (y, por tanto, en algún sentido libre), entonces sobre ella -o sobre el aspecto discrecional de la misma- no puede llevarse a cabo control jurídico, pues la libertad implicaría que no hay nada que resulte jurídicamente controlable. Esta es la idea que

subyace a la tesis de que no cabe el control jurisdiccional sobre los poderes discrecionales; pero la misma sólo es correcta si la discrecionalidad se entiende como un margen de libertad negativa. Si se considera que cuando un órgano tiene discrecionalidad goza de libertad para tomar una decisión concreta, en el sentido de que el ordenamiento le concede un "permiso" para optar entre distintas opciones, entonces, sea cual sea su decisión, si está dentro del margen permitido, no habrá nada censurable desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, esta consecuencia no se sigue si se opta por una caracterización de la discrecionalidad más próxima a la idea de libertad positiva, en términos de responsabilidad de determinar la conducta a realizar.

b) Por otro lado, conviene notar que podemos hablar de "indeterminación del Derecho" en dos sentidos distintos. El primero está vinculado a la aplicación del Derecho. Hart (1994) llamaba la atención sobre el hecho de que, en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma estaría indeterminada. La indeterminación se plantea aquí, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso, bien sea individual o genérico. Aquí se incluyen todos los problemas semánticos que afectan a las normas, y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Ésta sería una indeterminación "relativa": no se producirá en todos los casos en los que la norma se aplique, sino únicamente en aquéllos que caigan en la zona de penumbra; y además la consideración de que un caso es fácil o difícil es una tarea que sólo pueda realizarse a la luz de las circunstancias del propio caso. La resolución de este tipo de indeterminación exige calificar estados de cosas de acuerdo con el Derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado. Este tipo de indeterminación surge en los llamados casos difíciles o las lagunas del sistema jurídico. La actividad que se requiere aquí será una actividad interpretativa del Derecho.

Pero hay un segundo sentido de indeterminación, que es el que se conecta con los que consideramos poderes discrecionales, en los que la misma es vista como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (y que funcionarían como una delegación de un poder de decisión). Esta indeterminación no se predica de la aplicabilidad de una norma a un caso concreto, sino que es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que a la luz de las circunstancias del caso concreto tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma; y creo que es en este sentido en el que se dice que este tipo de indeterminación opera como una delegación de poder. Por ello mismo, este sentido de indeterminación no se conecta con un problema de subsunción: no se trata de que esté indeterminado el valor de verdad de la proposición que describe la aplicabilidad de la norma a un caso, sino que lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos –todos- en que ella es aplicable. Esta indeterminación existirá por tanto independientemente de su puesta en relación con los casos concretos. Para superar esta indeterminación no bastará con llevar a cabo una actividad interpretativa. Pensemos en el ejemplo que ponía Kelsen (1986): una norma puede indicar que en caso de que se produzca una epidemia, un órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar su expansión, y puede que nos encontremos con un caso claro de epidemia en el que no dudemos de que la norma resulta aplicable. Lo que será necesario en estos casos es una actividad de especificación o desarrollo del Derecho existente, pero que no sería adecuado calificar como interpretación. La justificación de este tipo de decisiones tiene que orientarse hacia el futuro, hacia las consecuencias.

c) Lo que caracteriza a los poderes "discretionales" frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes "reglados") no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un tipo específico de normas jurídicas: las normas de fin. Las normas de fin se contrapondrían a las normas de acción. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las "normas de fin" no predeterminan de antemano la conducta exigida, sino únicamente el fin a perseguir o a maximizar. Estas normas operan como "*mandatos de optimización*", en el sentido de que a lo que obligan es a adoptar el medio considerado óptimo a la luz de las circunstancias del caso para dar lugar o maximizar el fin previsto. No se trata meramente de conseguir el máximo de algo, sino de optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de algo. La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere óptima a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido. Estas normas no determinan *ex ante* la articulación de los diferentes intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desembocue en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos, y serán estas ponderaciones las que conduzcan a determinar las actuaciones a seguir en cada caso. Eso implica que es el órgano que goza del poder discrecional el que debe determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cuál es el medio óptimo para dar lugar o maximizar el fin perseguido, afectando lo menos posible a otros fines o valores reconocidos o promocionados por el propio Derecho.

La específica regulación que pesa sobre este tipo de poderes no implica que el ejercicio de los mismos no pueda -o no deba- ser sometido a control jurídico, pero es cierto que el mismo presentará ciertas particularidades. No basta con construir un silogismo subsuntivo que contenga, como premisa mayor, una norma del sistema. De un razonamiento deductivo, no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y por definición una norma de fin no dice cuál es la concreta actuación exigida. Por ello, para considerar que una determinada actuación en ejercicio de un poder discrecional está justificada, habrá que añadir algunas premisas a ese razonamiento subsuntivo. En particular, habrá que añadirle premisas fácticas acerca de las circunstancias concretas del caso y acerca de la adecuación, dadas esas circunstancias, de los medios adoptados para conseguir los fines prescritos; pero también habrá que añadir premisas valorativas que lleven a considerar que la decisión adoptada es la que opta por el que cabe considerar como el "mejor" de los medios disponibles (en el sentido no sólo de que es el que maximiza el resultado, sino que lo hace afectando lo menos posible a los intereses "relevantes" en juego). Por ello, puede decirse que aquí ya no estamos ante una actividad meramente aplicativa del Derecho, sino que, junto a ella, aparece una actividad de desarrollo y concreción del Derecho (que podría verse como intermedia entre la creación del Derecho y su aplicación).

d) En resumen, podría decirse que lo que nos hace caracterizar a un poder como "poder discrecional" no es –como en ocasiones parece entenderse- la ausencia de regulación jurídica, sino un tipo de regulación específica consistente en la presencia de normas que han de ser interpretadas como "mandatos de optimización" y que lo que hacen es marcar el fin u objetivo (sea "determinado", en el sentido de que incorpora una medida de cumplimiento, o "indeterminado", en el sentido de que a lo que obliga es a la maximización de un fin) que debe perseguir la conducta, optimizando para ello los recursos disponibles para conseguirlo. Este tipo de regulación genera una delegación de un poder de decisión al órgano jurídico destinatario de la norma, pasando a ser éste el responsable de la determinación o selección de los medios óptimos para alcanzar ciertos objetivos. El ejercicio de estos poderes discretionales implicará el tener que llevar a cabo juicios evaluativos, pero que pueden –y deben- estar sujetos a control.

Bibliografía

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BARAK, A. (1989), *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven/Londres.
- BELL, J. (1992), "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.
- DAVIS, K.C. (1969), *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Louisiana.
- DESENDENTADO, E. (1997), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- FERNÁNDEZ, T.R. (2004), *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- GALLIGAN, D. (1986), *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.
- HART, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- HAWKINS, K. (1992), "The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 11-46.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1996): "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 46, pp. 95-118.
- KELSEN, H. (1986), *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México.
- LIFANTE-VIDAL, I. (2002), "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa*, Núm. 25, pp. 413-439.
- WALUCHOW, W.J. (1983), "Strong Discretion", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 33, Núm. 133, pp. 321-339.

Eficacia administrativa

Antonio Descalzo González
Universidad Carlos III de Madrid
antonio.descalzo@uc3m.es

Resumen

La eficacia exigida por la Constitución española a la Administración pública en su actuación atiende al cabal cumplimiento del interés general determinado, en cada caso, por la correspondiente programación normativa. Es muy claro, por tanto, que dicho criterio supone un mecanismo de control de la entera organización administrativa exigente, por lo mismo, de la aplicación de ciertos modelos o técnicas de evaluación a los efectos de poder resolver sobre el grado de eficacia o ineficacia conseguido.

145

Palabras clave

Administración pública, eficacia, eficiencia, evaluación.

Administrative Effectiveness

Abstract

The administrative effectiveness required by Spanish Constitution is necessary for the fulfillment of the general interest fixed, in each case, by the corresponding legislative planning. Thus, it is clear that this criterion is a monitoring mechanism for the whole administrative organization. And it's also clear that it requires the application of certain models or techniques of evaluation in order to assess the degree of effectiveness or ineffectiveness obtained.

Keywords

Public administration, effectiveness, efficiency, evaluation

1. La eficacia administrativa en el marco del Estado social

El principio jurídico de eficacia aparece expresamente mencionado en el artículo 103.1 de la Constitución española (en adelante, CE) como una de las piezas fundamentales en la arquitectura de la Administración pública. La idea de imprimir una actuación eficaz en el servicio al interés general que tiene asignado la organización administrativa aparece ligada, a su vez, a la cláusula de Estado social proclamada en el previo artículo 1.1 de la misma norma constitucional (Parejo Alfonso, 1995: 99; Santamaría Pastor, 2004: 103). Por consiguiente, el principio de eficacia administrativa se nos ofrece como una vertiente instrumental del Estado social (Arroyo Jiménez, 2004: 186-193).

Situada en este contexto, no parece nada dudoso sostener que para la correcta comprensión del alcance y el valor de la eficacia administrativa resulta del todo procedente detenerse, en primer lugar, y siquiera sea con brevedad y concisión, en las notas principales del Estado social pues, justa y precisamente, constituyen el punto de partida necesario para poder solventar después su aplicación concreta en el derecho propio y singular de las Administraciones públicas, esto es, el Derecho administrativo.

Como es sabido, la determinación social del Estado expresa el deber que corresponde a todos los poderes públicos de promover –de manera eficaz– las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como la obligada remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2 CE). Este claro mandato dirigido a todos los poderes públicos de participar de manera activa y decidida en la configuración de la realidad social implica, desde luego, la superación resuelta de la situación de mera igualdad formal dominante en el llamado Estado liberal y se concreta en el completo catálogo de políticas públicas establecido en el interior del Capítulo III del Título I de la citada CE.

146

De esta manera, y conforme resulta de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, la configuración del Estado como social de Derecho supone entonces la culminación de “una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica” (STC 18/1984, de 7 febrero, FJ. 3 y STC 49/1988, de 22 marzo 1988, FJ. 4).

Así pues, y según lo ya avanzado, “si la Constitución proclama expresamente en su art. 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente” (STC 178/1989, de 2 noviembre 1989, FJ. 3).

Vale decir entonces que tanto en la dimensión material o sustantiva de los bienes y valores constitucionales a realizar, como en la organizativa de los poderes públicos concernidos en la consecución del Estado social, corresponde a la

Administración pública un papel central exigente, muy fundamentalmente, de una actuación eficaz en la satisfacción del interés general.

2. La caracterización jurídica de la eficacia administrativa

Supuesto esto anterior, resulta importante precisar de inmediato que si bien es cierto que la voz eficacia es susceptible de análisis y estudio desde muy diversos enfoques científicos –en particular, desde la economía y la teoría de la organización y de su gestión–, puede quizás convenirse que normalmente aparece precisada de manera estricta por relación a la noción bien cercana, pero en todo caso distinta, de la eficiencia, de tal suerte y manera que mientras la primera, la eficacia, evoca siempre la idea de conquista o consecución de los objetivos establecidos la segunda, la eficiencia, apela mejor a la relación existente entre los recursos empleados y los resultados obtenidos (Parejo Alfonso, 1995: 91). Ello no obstante, resulta igualmente frecuente y perfectamente aceptado condensar ambas nociones para establecer una de más amplio radio donde, en lo que ahora sólo importa, la eficacia administrativa comprende tanto la “capacidad de las Administraciones públicas de lograr los objetivos que se propone como también, eso sí, de alcanzarlos utilizando tan solo los recursos que sean estrictamente necesarios” (Gómez-Pomar, 2007: 132).

Más en particular, y de conformidad con la mejor doctrina, el principio de eficacia administrativa previsto en el artículo 103.1 CE expresa, en síntesis, “la producción intencionada de una realidad como resultado de la acción de un agente (cabalmente la Administración) idóneo para obrar en tal sentido y cumplida conforme al programa legal pertinente. Como criterio de toda actuación administrativa, la eficacia engloba necesariamente la eficiencia y la economía en la ejecución del gasto público encomendado a la Administración” (Parejo Alfonso, 2008: 64). En rigor, la entrada en juego de la eficiencia en la noción amplia de eficacia administrativa deriva de la propia CE, toda vez que con arreglo al artículo 31.2 el gasto público del que deriva toda la actuación eficaz de la Administración pública “realizará una asignación equitativa de los recursos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

De otro lado, y como no podía ser de otra manera habida cuenta de su reconocimiento constitucional expreso, importa subrayar asimismo que la eficacia requerida en toda actuación de la Administración pública constituye un verdadero principio jurídico del que no obstante su carácter ciertamente genérico o indeterminado cabe extraer de manera resuelta muy claras consecuencias en orden a la entera organización y actividad de la misma (Parejo Alfonso, 1995: 105; Lavilla Rubira, 1995; Chinchilla Marín, 2002: 307).

Así, y por lo que hace al primero de los planos indicados, el de la organización, el Tribunal Constitucional tiene perfectamente establecido su necesaria aplicación en tanto presupuesto de la actuación eficaz, esto es, la actuación eficaz presupone y exige una organización asimismo eficaz. Al respecto vale la cita de la Sentencia de Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre, FJ. 3, donde con ocasión del régimen de incompatibilidades establecido para la función pública se indica que “no han tenido en cuenta los demandantes, en efecto, un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el art. 103.1, de la propia Carta fundamental, que debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos): El principio de «eficacia». Un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la «organización» y, en consecuencia, el aparato

burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio”.

El Tribunal Constitucional tiene igualmente sentado que el principio de eficacia resulta de ineludible consideración en la organización del complejo sistema de relaciones interadministrativas derivado del modelo descentralizado impuesto por la CE. Más concretamente, admite que el legislador puede disponer la coordinación de la actividad de las Corporaciones locales por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según el régimen de distribución de competencias entre aquél y éstas, sobre la base concreta de que “dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, no cabe deducir de la Constitución que, en todo caso, corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que le son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario, la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 de la C.E.), que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan” (STC 27/1987 de 27 febrero, FJ. 2).

A su vez, y en relación ya con la actividad externa de la Administración pública con los ciudadanos, sucede que el principio de eficacia se erige en baluarte fundamental de la autotutela de la acción administrativa, prerrogativa y seña de identidad principal del poder público administrativo, toda vez que con arreglo a la STC 22/1984 de 17 febrero, FJ. 4, “la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues aun cuando el artículo 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la Administración municipal es una Administración pública en el sentido del antes referido artículo 103”.

De esta manera, y en perfecta línea de continuación con la breve doctrina constitucional expuesta, el legislador ordinario ha desarrollado de manera cada vez más frecuente e intensa las potencialidades que cabalmente encierra el principio jurídico de eficacia administrativa en la consecución del interés general. Aunque no puede agotarse aquí todas sus concretas manifestaciones, cabe dar cuenta, sin embargo, de alguna de sus principales expresiones.

Por de pronto, y dada su posición principal en la configuración de todas las Administraciones públicas, interesa notar cómo el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, luego de repetir el enunciado del artículo 103.1 CE observa además, y en particular, que en su actuación se rige “por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos”. Regla general que para el ámbito concreto de la Administración General del Estado concreta después el también artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, al disponer, entre otros ciertamente muy relacionados con el que nos ocupa, que dicha Administración se organiza y actúa de acuerdo con los principios de “economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales”; así como de “eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados” y de “eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

Más recientemente, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público, expresa también entre sus fundamentos de actuación el “servicio a los ciudadanos y a los intereses generales”, así como la “eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos” (artículo 1.3 del referido texto legal).

Por consiguiente, y como puede verse, la eficacia administrativa es hoy en nuestro entero sistema normativo un principio jurídico que formaliza un bien o valor constitucional, a saber: la obligada realización del interés general (Parejo Alfonso, 1995: 106; Chinchilla Marín, 2002: 324).

3. La evaluación de la eficacia administrativa

Como quiera que la eficacia exigida por la CE a la Administración pública en su actuación atiende, como ya sabemos, al cabal cumplimiento del interés general determinado en cada caso por la correspondiente programación normativa, es muy claro también, finalmente, que supone un mecanismo de control de la entera organización administrativa exigente, por lo mismo, de ciertos modelos, criterios o técnicas de evaluación a los efectos de poder resolver sobre el grado de eficacia o ineficacia conseguido por la organización pública concernida.

Aunque la evaluación de la eficacia administrativa en la realización del interés general suscita un muy importante conjunto de interrogantes de imposible análisis y resolución en este trabajo puede, no obstante, apuntarse algunos de los principales en este ámbito.

Muy seguramente, entre todas esas cuestiones interesa destacar la necesidad de soslayar las corrientes que pretenden contraponer el principio de eficacia al de legalidad, asimismo sancionado en la CE (artículos 1.1, 9. 1 y 3; 103 y 106). Pues, en efecto, tal operación resulta imposible desde la propia norma constitucional, toda vez que conforme señala la mejor doctrina “ni la eficacia puede nunca comprender exigencia de renuncia a conquista alguna del Estado de Derecho (...), ni el sometimiento a la Ley y al Derecho puede llegar a comportar condicionamientos y requerimientos que hagan impracticable una actuación eficaz (Parejo Alfonso, 1995: 109; en el mismo sentido, Santamaría Pastor, 2004: 105; Martín Rebollo, 1990: 32).

Igualmente, resulta importante, justa y ciertamente, intentar determinar con cierta precisión los modelos, criterios o técnicas de evaluación de la eficacia administrativa dada la especial complejidad que rodea al objeto último de estimación: la realización del interés general. Pues, de un lado, la estimación de la eficacia administrativa requiere un parámetro distinto al utilizado para medir la legalidad de actuación de la Administración y, de otra parte, tanto la heterogeneidad de los intereses públicos, como el sistema policéntrico que hoy comporta normalmente su definición y, sobre todo, el estatuto constitucional del sujeto llamado

a cumplirlo hacen realmente difícil acudir enteramente a los criterios empleados para medir estrictamente la eficacia de la empresa privada (Parejo Alfonso, 1999: 3-23; Ortega, 1994: 7-16).

De este modo, todo apunta a considerar la oportunidad de establecer métodos propios de evaluación de la eficacia administrativa entre los que quizá merece destacarse el llamado método de la calidad total (Martín Mateo, 1994: 7-27; Parejo Alfonso, 1999: 3-23). Buena prueba de la aceptación de este sistema, presidido por la idea de una permanente autoevaluación de las organizaciones públicas a través de criterios estandarizados que permiten la competencia entre ellas, se encuentra en su recepción en los últimos textos legales de referencia.

En este sentido, y ya para terminar la presente voz, basta quizá con anotar, en primer lugar, como la exposición de motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, establece que “junto al principio de legalidad de la actividad, es conveniente subrayar que también vincula a la Administración General de Estado el principio de eficacia. En efecto, el funcionamiento de la maquinaria administrativa estatal debe adecuarse a la gestión por objetivos y a la calidad como forma ordinaria de prestación de los servicios públicos”. En segundo término, y dentro ya del entero proceso de reforma de las organizaciones públicas impulsado por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, procede señalar la creación, mediante Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas, dedicada, justa y precisamente, a “la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios”. De resto, conviene notar el testimonio que en el mismo sentido contiene la exposición de motivos del ya citado Estatuto Básico del Empleo Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, pues proclama de manera clara que “elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos”; regla que luego desarrolla en su interior con carácter general en el artículo 20, y de manera más precisa para el personal directivo en el artículo 13.3, a cuyo tenor dicho personal “estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados”.

Por consiguiente, y como puede verse, la eficacia administrativa y su correcta evaluación constituyen hoy un reto fundamental en el estudio e investigación de las Administraciones públicas pues suponen, desde luego, y junto con el principio democrático, un factor actualmente determinante de la legitimación del poder público estatal (Parejo Alfonso, 1995: 89-152).

Bibliografía

- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2002), “Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa”, en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, INAP, Madrid, pp. 305-326.
- GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J. (2007), “¿Se puede medir la eficiencia de las Administraciones públicas?”, en *La Administración pública que España necesita*, Círculo de Empresarios, Madrid, pp. 125-145.

- LAVILLA RUBIRA, J.J. (1995), voz eficacia, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen II, Civitas, Madrid, p. 2624.
- MARTÍN MATEO, R. (1994), “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 134, pp. 7-28.
- MARTÍN REBOLLO, L. (1990), “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 13, pp. 31-54.
- ORTEGA, L. (1994), “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 133, pp. 7-16.
- PAREJO ALFONSO, L. (1995), “La eficacia, principio de la actuación de la Administración”, en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, pp. 89-152.
- PAREJO ALFONSO, L. (1999), “El reto de la eficaz gestión de lo público”, *Sistema*, Núm. 149, pp. 3-23.
- PAREJO ALFONSO, L. (2008), *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004), *Principios de Derecho administrativo general*, I, Iustel, Madrid.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2011), “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 186, pp. 91-135.

Administración relacional

Julio Alguacil Gómez

Universidad Carlos III de Madrid

jalguaci@polsoc.uc3m.es

Resumen

El final de la agenda socialdemócrata dio paso a la denominada Nueva Gestión Pública, una agenda neoliberal que preconiza la incorporación de los principios del mercado a la administración pública. La imperfección de este modelo para acometer la complejidad de nuestras sociedades motivó el desarrollo de una nueva estrategia sistémica: “la administración relacional”.

152

Palabras clave

Modelos de administración, gobernanza débil, gobernanza fuerte, nueva cultura política, participación.

Relational Administration

Abstract

The end of the Social-Democratic agenda gave way to the New Public Management, a new neoliberal agenda that advocates the incorporation of market principles into public administration. The defect of this paradigm, which undermines the complexity of our societies, motivated the development of a systemic strategy: “relational administration”.

Keywords

Administration models, weak governance, strong governance, new political culture, participation.

VOCES

Entendemos aquí el concepto de “Administración Relacional” como un *tipo ideal* en el sentido otorgado por Max Weber, es decir, como una referencia que adquiere sentido en un contexto histórico y que viene conformado por atributos que le son propios, pero que difícilmente se pueden encontrar en la realidad de forma pura, ya que es un construcción teórica cuya utilidad estriba en servir de referencia para interpretar situaciones en términos de proximidad o desviación con respecto a los atributos que definen ese tipo ideal. En su construcción y en su identificación no se puede obviar el contraste que se produce con otros tipos ideales de administración con los que coexiste, y de los que en cierto modo deriva. Así, en los cambios que vienen experimentando las administraciones públicas en las tres últimas décadas podemos encontrar modelos híbridos en los que coexisten atributos de distintos tipos ideales de administración.

Se puede establecer una triada de tipos ideales administrativos: la administración burocrática, la administración gerencial y la administración relacional. Los matices que se establecen entre lo que les caracteriza y les diferencia son problemáticos, tal y como se puede observar en las distintas acepciones que establecen los autores que han trabajado el concepto. El modelo de Gestión Relacional, el Estado Relacional (Mendoza, 1996; Donati, 2004) o la Administración Relacional, según distintas denominaciones, presenta una cierta vocación, no tanto de acomodarse a los cambios del sistema social, como de orientarlos, imbricándose con la propia realidad social. Idea que ya establece diferencias procedimentales con los modelos burocrático y gerencial. De otro lado, desde una lectura ideológica a la que no puede escapar ninguna mirada por más asepsia que se le quiera suponer, se puede decir que el modelo burocrático tiene un vínculo más fuerte con la agenda socialdemócrata, el modelo gerencial con el neoliberalismo desregulador y la administración relacional con el republicanismo cívico. Pero veamos el recorrido que va marcando a los distintos modelos incorporando diferentes atributos y matices.

A mediados de la década de los 70 se produce un punto de inflexión que establece el fin de la era del Estado social preconizado por la agenda socialdemócrata. El fin de la certidumbre, de los grandes bloques sociales, del pacto entre clases, de la estabilidad social, del intervencionismo estatal, de la expansión del gasto público, etc., lleva, como consecuencia, al cuestionamiento del modelo burocrático garantista. El inicio del declive del “socialismo real”, la crisis energética, el agotamiento del modelo de acumulación de reproducción ampliada de capital y, como consecuencia, la disminución de la tasa de ganancia, requiere de modificaciones en la organización estatal que permita una mayor libertad de acción y una mayor capacidad estratégica del mercado. Es el momento en el que el mercado pasa a la ofensiva, requiriendo de un modelo de administración que se ajuste a sus nuevas expectativas de expansión. Pero también, desde otros presupuestos y de forma simultánea, se profundiza en la crítica al paternalismo de ese modelo, a los límites que impone al desarrollo de la democracia y de la participación política de la sociedad civil. Aunque pronto, la pérdida de empuje de los nuevos movimientos sociales visibles en el 68, como expresión de demandas sociales diferenciadas y del cuestionamiento del monopolio de la política y de la gestión de lo público en manos exclusivamente de un Estado omnipresente, deja paso a la perspectiva mercantil que obtiene una mayor capacidad estratégica.

El mercado no deja pasar la oportunidad que le ofrece la caída de la confianza de la sociedad civil en las instituciones y el creciente des prestigio de la política. Es el momento en el que se propone una Nueva Gestión Pública (NPG) que, revestida de un supuesto objetivismo científico, sea capaz de corregir la crisis

fiscal del Estado, acometer la pretendida falta de eficacia y eficiencia del sector público y de buscar los nuevos equilibrios entre aquellos actores que poseen mayor capacidad estratégica en un mundo cada vez más internacionalizado. Así, distintos procesos concatenados permitieron la hegemonía, durante la década de los ochenta y buena parte de los noventa, de lo que se ha dado en llamar nueva agenda neoliberal, caracterizada por la revalorización de la competitividad y de la cultura empresarial, la colonización de lo público por el mundo de la empresa, resituando el centro de las decisiones económicas en el ámbito del mercado, la aplicación de políticas monetarias, la reducción de cargas fiscales y sociales, la desregulación del mercado de trabajo, las privatizaciones de servicios y empresas públicas, la limitación o reducción de las prestaciones sociales... (Prats, 2005: 56-57).

En la segunda mitad de los noventa se hace evidente las fallas de las reformas provocadas por el paradigma de la NGP, la pérdida de calidad de los servicios públicos, el protagonismo creciente de las administraciones de proximidad, la demanda individualizada de las prestaciones públicas, y la eclosión del Tercer Sector. Estos fenómenos, entre otros, van incorporando una nueva visión de la gobernabilidad, ya no basada en la gestión de conflictos desde la posición de poder que ocupan los actores con capacidad estratégica, si no en la *gobernanza*, un nuevo concepto talismán con vocación de reconocer la creciente complejidad social y la concurrencia de una pluralidad de actores que deben ser incluidos en la gestión de la política.

Ahora bien, las miradas sobre la idea de gobernanza son diversas, con matices mezclados. Incluso desde la interpretación sobre el origen de su desarrollo hay distintas interpretaciones y ello determina también el sentido que se le otorga. El concepto, por tanto, no es unívoco y al menos agrupa a dos corrientes, una mayoritaria de carácter neoempresarial, y otra minoritaria de carácter neopúblico (Ramió, 2001: 3).

154

Como anota Renate Mayntz (2000), el propio concepto de gobernanza se ve sometido a una transformación semántica constante y aparecen múltiples definiciones matizadas del concepto que no siempre acogen la complejidad del mismo. Unas, que buscando una cierta equivalencia a la idea de gobernabilidad y gobernanza, insisten en la capacidad estratégica de los actores influyentes política y económicamente, aunque en una puesta en común que los vincula; otras, pretenden ir más allá enfatizando el carácter inclusivo y de promoción de la sociedad civil. Escogemos dos tipos de definiciones que reflejan esta diversidad:

“La «gobernanza» se utiliza ahora con frecuencia para indicar una nueva manera de gobernar que es diferente del modelo de control jerárquico, un modo más cooperativo en el que los actores estatales y los no estatales participan en redes mixtas público-privadas” (Mayntz, 2005: 83). Lo que se ha reflejado en la legitimidad semántica que ilustra la propia Real Academia de la Lengua Española, que define la gobernanza como “el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Estas definiciones incorporan un perspectiva más ambigua que permitiría relaciones preferenciales con el ámbito del mercado.

Otra perspectiva, con más amplitud, a la misma vez que más precisa, es la que considera que “la gobernanza se refiere a las estructuras y procesos mediante los cuales los actores políticos y sociales llevan a cabo prácticas de intercambio, coordinación, control y adopción de decisiones en los sistemas democráticos... se

trata de un modo de gobernar que (i) supera la exclusividad de las instituciones y actores estatales en la gestión de los asuntos públicos, (ii) reconoce la pluralidad de los actores sociales con posibilidad de intervenir en dicha gestión, (iii) implica interdependencia entre ellos de modo que induce su cooperación y participación en la adopción de decisiones públicas y en la asunción de responsabilidades” (Natera, 2006: 124-125).

La primera está más cercana a una mirada relacional débil al inducir por pasividad una relación preferencial con el ámbito económico, ya que viene a mostrar confusamente como si todas las relaciones entre los actores fueran simétricas, y todos ocuparan posiciones equivalentes, con las mismas capacidades y oportunidades. Pero, como expresa el recién tristemente desaparecido Joan Prats:

Para que una estructura interactiva de gobernanza sea democrática es preciso que el conjunto de intereses concernidos por el proceso decisional se encuentren simétricamente representados en el proceso decisional público de que se trate. Un mero partenariado entre sector público y privado puede constituir gobernanza pero no será democrático sino en la medida en que los intereses sociales tengan oportunidad efectiva para organizarse, informarse y participar en la interacción decisional.

(Prats, 2007: 159)

En esa perspectiva, la estrategia que está encaminada a incorporar los principios del mercado a la nueva gestión pública, con ideas como eficacia, calidad total, gerencia, rentabilidad, competitividad... tiene el terreno abonado. Es la terminología clave que etiqueta esta perspectiva y que viene a considerar a los ciudadanos como meros clientes de las políticas y servicios públicos. La segunda perspectiva la entendemos como una mirada relacional fuerte al reconocer múltiples relaciones que precisan de una estrategia de naturaleza intersistémica (pública, privada, tercer sector, movimientos sociales y redes sociales) dejando la puerta abierta a aquellas relaciones preferenciales por incrementar la calidad de la democracia, las que se establecen con un “sector público no-estatal”: con el tercer sector, con los movimientos sociales, con las redes sociales y con los ciudadanos.

Figura 1
La dualidad del concepto de gobernanza

MIRADA RELACIONAL DÉBIL	MIRADA RELACIONAL FUERTE
Nueva Gestión Pública (Gerencial)	Nueva Cultura Política (Relacional)
Gestión de redes organizacionales	Gestión de redes intersistémicas
Administración como empresa	Incorporación del sector público no estatal
Crecimiento económico	Desarrollo sostenible
Predominio de lo económico	Predominio de la política
Competitividad	Cooperación
Ciudadanos clientes inhabilitados	Ciudadanos activos capacitados
Concentración/Desconcentración	Descentralización más participación
Subordinación	Subsidiariedad
Global → local	Local → global
Privatizaciones	Promoción de la Economía Social
Alianza con los poderes económicos	Alianzas con los ciudadanos y los movimientos sociales
Más orientada a la eficiencia, flexibilidad organizacional y calidad de los servicios y prestaciones	Más orientada a incrementar la calidad de la democracia, incluyendo e integrando a la sociedad civil

Fuente: Elaboración propia

El cuestionamiento del modelo gerencial viene de la mano del fracaso de los supuestos que pretendidamente tenía como objetivos esta orientación de la NPG: disminuir costes y a la misma vez incrementar la calidad de los servicios y prestaciones, mejorando la eficacia y la eficiencia. La estrategia seguida para ello ha sido una suerte de empresarización de la administración pública incorporando la cultura del *management* y la figura del gerente, y sobre todo externalizando los servicios y las prestaciones públicas. La calidad se ha convertido en *marketing* y la supuesta gestión de la calidad en un facilitador para incrementar la influencia de las élites económicas y empresariales en las decisiones públicas, haciéndolas, en consecuencia, menos públicas.

La administración pública necesita desplegar instrumentos eficaces de planificación, control y evaluación de los servicios y prestaciones públicas, estén o no estén externalizados. Pero, en esta última situación, cuando se dejan en manos lucrativas se convierten de facto en privatizaciones que suponen una inhabilitación de los ciudadanos, hurtándoles oportunidades de participación e impidiendo o dificultando el rendimiento de cuentas y la transparencia. Supone, además, un sobreesfuerzo en el control de las empresas adjudicatarias y, en consecuencia, se produce un encarecimiento de los servicios, disminuyendo, a la misma vez, su calidad, y generando nuevas oportunidades para la implantación de prácticas corruptas (Alguacil, 2006: 34). Y “si no hay planificación, ni control y no hay evaluación de las redes privadas que prestan servicios públicos no se consigue a medio y largo plazo la mejora de la eficacia y de la eficiencia que son los dos objetivos fundamentales que deberían perseguir las estrategias de externalización (Ramió, 2005: 89). La estrategia de las empresas se dirige ante todo a generar plusvalías y obtener beneficios, lo que difícilmente puede acoplarse al incremento de la calidad de los servicios y, menos, al incremento de la calidad de la democracia. Más bien, colateralmente, produce otros efectos perversos que son propios de las políticas públicas por su alejamiento de la promoción de la cohesión social como es la disminución y precarización del empleo entre “los servidores públicos” y el menoscabo de la universalidad de los servicios, diferenciando y distribuyendo a la población según su capacidad de compra.

Sin embargo, los nuevos problemas y los nuevos retos de nuestras sociedades son multidimensionales, interterritoriales e intergeneracionales, y precisan de un reconocimiento de la complejidad y de una estrategia intersistémica para poder afrontarlos. Así, la desafección de los ciudadanos hacia la política y la necesidad de repolitizar a la sociedad no pueden considerarse sin la creciente fragmentación social y la necesidad de alcanzar la cohesión social, sin la crisis ambiental y la necesidad de construir un nuevo paradigma sostenible social y ambientalmente, sin la multiculturalidad y la necesidad de generar confianza intercultural.

Hay que sellar las brechas y las barreras sociales, coser tejidos desgarrados, construir puentes y vasos comunicantes entre grupos, sectores, territorios, niveles de gobiernos... para ello se necesita de una *nueva cultura política*, de renovadas estructuras administrativas acordes con los nuevos requerimientos, incrementando la capacidad de liderazgo relacional; porque hoy más que nunca la fragmentación, la separación y la diferenciación de estructuras sociales y organizacionales precisan de una reflexión sobre las relaciones entre las partes que conforman los sistemas y las definen. También hay nuevas oportunidades sobre las que impulsarse. Los ciudadanos están mejor formados y crece el interés por la participación en las decisiones públicas y, aunque no encuentren canales y estructuras adecuadas, se producen innovaciones constantes y buenas prácticas democráticas que incorporan

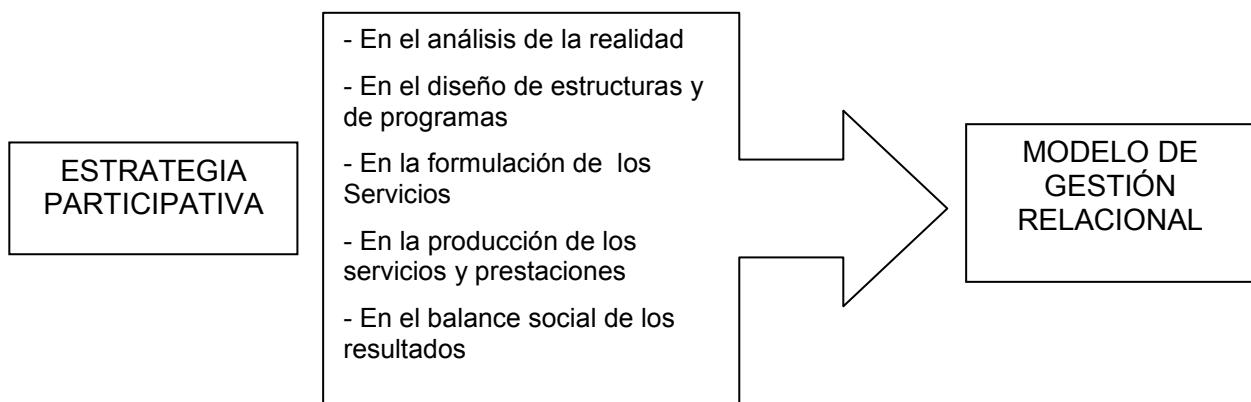
a los ciudadanos a la gestión pública. Además, no cabe duda, que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación puede favorecer la inclusión de la ciudadanía a la política.

El desafío de la administración relacional es la gestión de redes, con procedimientos radicalmente democráticos y con una perspectiva multinivel, motivando su inclusión, su apertura, su conexión, su articulación, la cooperación y la confianza. De este modo, la gestión democrática de redes se dirige a incrementar el *capital social*, entendiendo éste como “recursos y capacidades comunes relacionales” orientados a un desarrollo humano sostenible. Esta manera de entender la gestión de redes lleva aparejadas una serie de procesos y procedimientos que se pueden considerar como atributos del propio concepto de administración relacional:

1) La perspectiva relacional implica una estrategia de comunicación y participación interna a las estructuras administrativas y de una estrategia de comunicación y participación externa con el entorno, las redes y las estructuras societarias, en el sentido que establece la teoría comunicativa de Habermas. Las alianzas necesarias se definen en que todos los actores conjuntamente descubren sus necesidades, a la vez que reconocen las necesidades de los demás; todos los agentes cooperan en el establecimiento de los satisfactores; todos los actores comparten las soluciones; todos los agentes se implican en la acción; y todos los agentes intervienen en el balance social de los resultados. La confluencia entre los agentes / actores tomando parte de forma corresponsable en los procedimientos discurre por distintos momentos secuenciales de un proceso participativo que aplica los principios de transversalidad, transparencia y rendimiento de cuentas, construyendo, así, un tipo de gestión relacional:

157

Figura 2
Secuencias de la participación



Fuente: Elaboración propia

2) La perspectiva relacional precisa de procedimientos para incrementar la capacidad de los ciudadanos para poder desarrollar las habilidades políticas y los valores democráticos. La promoción de una sociedad civil democrática y el fortalecimiento de las organizaciones sociales, del sector público no-estatal, son irrenunciables para la aplicación de los principios de inclusión, empoderamiento y corresponsabilidad.

3) La gestión de redes, considerando también su promoción, precisa de la combinación entre los principios de subsidiariedad, descentralización y de participación, lo que debe abordarse diferenciando entre distintos aspectos que completan la idea de descentralización y que podemos identificar con tres “des”: la

desconcentración político-administrativa, la descentralización política y la desburocratización en lo sociopolítico. Representa tres ejes de horizontalidad: un eje económico-administrativo definido por la distribución de los recursos de la economía pública, un eje político definido por la transferencia de competencias, y un eje sociopolítico identificado con la distribución del poder, o si se prefiere, por el empoderamiento. Estos tres modos son interdependientes, se transpenetran entre sí y su distinción establece distintas perspectivas para significar aspectos ineludibles para la democratización de la sociedad, lo que no debe confundirse con lo que podríamos identificar como la “desestatización”, que entiende la descentralización como una desconcentración que se despliega en un eje vertical, de tal modo que las decisiones tienden a centralizarse, mientras la ejecución de las mismas viene a desconcentrarse por delegación y/o contratación, lo que es propio de la administración gerencial (Alguacil, 2006: 45-46).

Finalmente, los procedimientos de la administración relacional deben construirse sobre sus propios principios, y en su combinación aparecen nuevas dimensiones y nuevos roles de los agentes que se ponen de relieve en el contraste con los otros tipos de administración:

Figura 3
Modelos de administración según dimensiones
 (Alguacil, 2006: 35)

DIMENSIONES SOBRE / DE	MODELO BUROCRÁTICO	MODELO GERENCIAL	MODELO RELACIONAL
LA POLÍTICA	<ul style="list-style-type: none"> - Estado centralizado - Prestación directa de servicios - Democracia representativa (de oferta) 	<ul style="list-style-type: none"> - Estado desconcentrado - Privatización de servicios - Democracia de mercado (de demanda) 	<ul style="list-style-type: none"> - Estado descentralizado - Comunitarización de servicios - Democracia participativa (reflexiva)
LA GESTIÓN	Directa	Diferida (externalización de servicios)	Compartida (co-gestión)
LA CALIDAD	Como prebenda	Como producto	Como proceso
LA PARTICIPACIÓN	Informar – Monólogo	Consultar – Parloteo	Cooperar - Diálogo
LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Entrevistas individuales - Normas y reglamentos - Consejos consultivos 	<ul style="list-style-type: none"> - Grupos de discusión - Encuestas de satisfacción - Consejos ciudadanos - Teledemocracia - Planes estratégicos 	<ul style="list-style-type: none"> - Asamblea - I-A P - Presupuestos participativos - Talleres proyectivos - Planes integrales de desarrollo comunitario
LA CULTURA	La burocracia es un instrumento neutral	La empresa privada es el modelo a imitar	Multiculturalidad, interculturalidad. Nueva cultura de lo público

Fuente: Elaboración propia a partir de los esquemas de Brugué, Font, Gomà (2003) y Ramió, Mas, Santolaria (1999).

Figura 4
Los roles de los agentes según los modelos de administración
(Alguacil, 2006: 36)

ROLES DE / EN	MODELO BUROCRÁTICO	MODELO GERENCIAL	MODELO RELACIONAL
POLÍTICOS	Representante	Representante - empresario	Emprendedor mediador de redes interactivas
TÉCNICOS	Tecnócrata autoritario	Gerente especialista	Mediador comunicador que implica a los diferentes agentes en los procesos
EMPLEADOS PÚBLICOS	Funcionarios	Trabajadores contratados	Trabajadores corresponsables
ASOCIACIONES	Reivindicación	Instrumentalización. Colaborador en prestaciones	Cooperación y mediación en términos de reciprocidad y corresponsabilidad
CIUDADANOS	-Votante pasivo (ideológico) -Contribuyente -Administrado	-Votante demandante de servicios de calidad -Cliente -Usuario (consumidor)	-Ciudadano activo -Ciudadano corresponsable (accionista) -Ciudadano participativo

159

Fuente: Elaboración propia a partir de los esquemas de Brugué, Font, Goma (2003) y Ramió, Mas, Santolaria (1999).

Un Estado relacional no es, por tanto, un Estado débil. Es un Estado junco, alargado y fuerte, a la misma vez que flexible. Fuerte por legitimado, flexible porque es capaz de reorientarse según la fuerza de los vientos.

Bibliografía

- ALGUACIL, J. (2006), "Los desafíos del nuevo poder local: ¿Hacia una estrategia relacional y participativa en el gobierno de la ciudad?", en ALGUACIL, J., *Poder local y participación democrática*, El Viejo Topo, Barcelona, pp. 9-47.
- BOMBIN, J.M. y VARONE, F. (2005), "Nueva gestión pública y participación ciudadana", *Políticas Sociales en Europa. Monográfico: La nueva gestión pública*, Núm. 17, pp. 105-115.
- BRUGUÉ, Q., FONT, J. y GOMÀ, R. (2003), "Participación y democracia. Asociaciones y poder local", en FUNES, M. y ADELL, R. (eds.), *Movimientos sociales: cambio social y participación*, UNED, Madrid, pp. 109-132
- DONATI, P. (2004), "Nuevas políticas sociales y el Estado social relacional", *REIS*, Núm. 184-185, pp. 9-48.
- KOOIMAN, J. (2005), "Gobernar en Gobernanza", en CERRILLO, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, pp. 57-81.
- MAYNTZ, R. (2000), "Nuevos desafíos de la Teoría de la Governance", *Instituciones y Desarrollo*, Núm. 7, pp. 35-51.

- MAYNTZ, R. (2005), "Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza", en CERRILLO, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. INAP, Madrid, pp. 83-98.
- MENDOZA, X. (1996), "Las transformaciones del sector público en las sociedades avanzadas. Del estado del bienestar al estado relacional". *Papers de Formació*, 23, pp. 21-35.
- NATERA, A. (2006), "Gobernanza Local, Gestión de Redes y participación ciudadana", en ALGUACIL, J. (ed.), *Poder local y participación democrática*, El Viejo Topo, Barcelona, pp. 123-153.
- PRATS, J. (2005), *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, INAP, Madrid.
- PRATS, J. (2006), *A los principios republicanos. Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico*, INAP/Editores Plural, Madrid.
- PRATS, J. (2007), "Aproximación al concepto de gobernanza", en DÍAZ MÉNDEZ, A. y CUÉLLAR, E. (coords.), *Administración Inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, pp. 119-166.
- PUIG, T. (2003), *La comunicación municipal cómplice con los ciudadanos*, Paidós, Barcelona.
- RAMIÓ, C., MAS, J. y SANTOLARIA, J. (1999), "L'Impacte de les Noves Tecnologies de la Informació sobre les Models de Gestió Pública Emergents: La Gestió Orientada als Clients i la Gestió Orientada als Ciutadants", en SALVADOR, E. (ed.), *Catalunya Davant la Societat de la Informació: Nous Actors i Noves Polítiques*, Mediterrània, Barcelona, pp. 13-36.
- RAMIÓ, C. (2001), "Los problemas de la implantación de la Nueva Gestión Pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional". *CLAD Reforma y Democracia*, Núm. 21, pp. 2-17.
- RAMIÓ, C. (2005), "Las debilidades y los retos de la gestión pública en red con una orientación tecnocrática y empresarial", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, Núm. 184-185, pp. 87-106.

Prevención de la delincuencia empresarial

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Universidad Carlos III de Madrid

jdopico@der-pu.uc3m.es

Resumen

En las últimas décadas el Derecho penal español ha desarrollado nuevas herramientas para el combate de la criminalidad empresarial. Estas herramientas van desde la tipificación de nuevas figuras penales específicamente referidas a la actividad empresarial hasta la creación de cauces de responsabilización penal de directivos y administradores. El último paso de este proceso en España es la introducción de una genuina responsabilidad penal de las personas jurídicas.

161

Palabras clave

Delincuencia empresarial, responsabilidad penal de administradores y directivos, responsabilidad penal por omisiones, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Prevention of corporate crime

Abstract

In recent decades, Spanish criminal law has developed new tools to combat corporate crime. These tools range from the introduction of new crimes specifically relating to business activity to the implementation of new institutions which allow making directors and officers criminally responsible. The last step in this process is the introduction of a system of genuine criminal liability of legal persons.

Keywords

White-collar crimes, criminal liability of directors and officers, criminal liability for omissions, criminal liability of legal persons.

Uno de los rasgos más notorios de la Política Criminal del último cuarto del siglo XX es la progresiva criminalización de las más graves infracciones en el ámbito de la empresa¹. En un sentido amplio, esta criminalización ha operado en tres planos distintos:

- Por una parte, mediante la tipificación de *nuevas figuras penales específicas, propias de la delincuencia empresarial*, como los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos medioambientales, urbanísticos, societarios, tributarios, etc. La entrada del legislador penal en este punto ha hecho que infracciones que hasta hace pocos años sólo tenían relevancia administrativa o incluso jurídico-privada, en la actualidad tienen relevancia penal.

- Por otra, en el paulatino *cambio de perspectiva* de los órganos jurisdiccionales, que ya no sólo prestan atención a los hechos en la *franja inferior* de la empresa (que es allá donde se produce el accidente laboral, el vertido, el acto de blanqueo, etc.). Jueces y Tribunales, poco a poco, han ampliado su mirada, preguntándose además: *¿quién es el responsable de ese ámbito de gestión? Más allá del concreto trabajador: ¿hay algún responsable por la falta de una debida prevención o vigilancia en las franjas superiores de la empresa?* Así, por distintas vías (en especial, a través de la responsabilidad de los administradores y directivos por *omisión del control debido*), se ha ido generalizando una responsabilización penal de esos sujetos, que ha sido de especial importancia en los ámbitos de los delitos laborales y medioambientales.

- Finalmente, este cambio de perspectiva ha llevado al legislador a introducir en las leyes una concreta *criminalización de las conductas ilícitas de directivos, administradores y representantes de las empresas*. Ello ha tenido lugar por distintas vías:

- en primer lugar, la más evidente: creación de *delitos especiales* que sólo pueden ser cometidos por los administradores de la empresa: administradores que pueden incurrir en *falsedad en cuentas por parte de administrador* (art. 290 CP), *negativa de derechos de los socios por parte del administrador* (art. 293 CP), *gestión desleal del administrador* (art. 295 CP), etc.;
- introducción de la *responsabilidad del representante por los delitos cometidos en nombre de la empresa* (recogiendo cláusulas de responsabilidad por “actuación en nombre de otro”);
- introducción en la ley de específicos delitos de directivos y administradores consistentes en no vigilar o no reparar situaciones de peligro (como, por ejemplo, art. 318 CP), con lo que se consagra que el administrador es *garante* de que no tengan lugar ciertos delitos en la empresa.

Paradójicamente, estas herramientas de mayor intervención penal conviven a lo largo de los años 90 y principios de la pasada década con la marcha triunfal de la *desregulación* y el recurso a instrumentos regulatorios de corte *voluntario (soft law)*. No obstante, a caballo del cambio de siglo, y al hilo de una serie de famosos escándalos financieros de relevancia mundial, comienza a replantearse muy seriamente la idea de la pura autorregulación, el *soft law* y el “Derecho indicativo” en esta materia, y se impone la necesidad de una intervención estatal más intensa (“autorregulación regulada”)².

¹ A este respecto, fundamental, Silva Sánchez (2011).

² Sobre el paso a la “autorregulación regulada”, ver Nieto Martín (2008).

VOCES

Por ello, una segunda oleada de normas directa o indirectamente penales ha entrado en vigor, casi todas ellas dirigidas a asegurar el *principio de responsabilidad* dentro de la empresa, obligando a que en las empresas se establezca con claridad quiénes son los responsables últimos por los concretos ámbitos de gestión (incluso en el plano penal). Paradigma de esta legislación en los EE.UU. es la Ley Sarbanes-Oxley de 2002³, con la expresa atribución de responsabilidad a concretas personas por la fidelidad contable (que puede llevar a imponer penas de *prisión* si la contabilidad no refleja fielmente la realidad económica de la empresa); y en España, cambios normativos cuyo principal exponente es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como otros tipos penales.

Todos estos cambios normativos e interpretativos conducen a instituir a la dirección de la empresa como la principal responsable en la lucha contra la criminalidad empresarial.

II

Lo expuesto refleja un cambio de perspectiva esencial en el tratamiento de la delincuencia económica, que la aleja de las concepciones más *individualistas* y la aproxima a una concepción *funcionalista* de la responsabilidad en la empresa.

Así, la empresa ya no va a ser (o no sólo) el *lugar* donde puede acaecer la comisión de delitos, sino la *instancia personal* responsable de que *no* tenga lugar la comisión de esos delitos. Tanto las tendencias interpretativas de los tribunales como la legislación impulsada por la política criminal de los últimos años han tendido a elaborar toda una *responsabilidad penal de la empresa y sus administradores por la evitación de los delitos en su seno* (Silva, 1995; Vogel, 2004).

Esto ha supuesto una fundamental *reconstrucción* en clave extensiva del concepto de *deber de garante del empresario*⁴ y, en último extremo, incluso una revolución en lo relativo a la conceptuación del *sujeto activo* en el Derecho penal, con el *cuestionamiento del inveterado principio "societas delinquere non potest"*.

III

Como es sabido, una omisión sólo puede ser considerada dañosa si el omitente era garante de que no surgiessen daños de un concreto foco de peligro (“garante de control de un foco de peligro”), o si era garante de que un determinado bien no fuese lesionado (“garante de protección”). Desde esta consideración, los posibles deberes de garante del empresario se basan fundamentalmente en dos principios:

- *Competencia por la empresa como foco de peligro*: el empresario es garante de que los riesgos generados por su empresa (su ámbito de organización) no se concreten en daños a intereses ajenos. Ello puede obligarle a *actuar* para contener y acotar esos riesgos: para *no dañar a otros*. Como se puede dañar por acción y por omisión, el principio *neminem laedere* obliga no sólo a no emprender acciones dañosas, sino también a que el responsable de un ámbito de organización lo gestione de modo que no dañe a otros (Jakobs, 1997). Igual que la persona actúa mediante su acción corporal, y se le puede exigir que su cuerpo no dañe a otros, se puede exigir al administrador de una empresa (que actúa económicamente a través de la organización) que ésta no dañe a terceros.

³ Sarbanes-Oxley Act of 2002: *Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes* (30-7-2002).

⁴ Sobre la extensión y límites de este deber ver Lascuraín Sánchez (1995); Demetrio Crespo (2010); Dopico Gómez-Aller (2011). Ver también Sánchez (2007).

- *Deberes de protección de los trabajadores*: el empresario es garante de los derechos de sus trabajadores, y muy especialmente de su seguridad en el trabajo (protección frente a riesgos para su vida e integridad física).

Hasta tiempos recientes, los *deberes de garante* del empresario se analizaban casi únicamente en relación con los delitos contra la seguridad de los trabajadores⁵. La jurisprudencia sobre omisiones punibles en el seno de la empresa prácticamente se agotaba en casos de muertes y lesiones laborales con imprudencia del empresario (frecuentemente *culpa in vigilando*). En la mayoría de las resoluciones judiciales, el fundamento de la responsabilidad por omisión del empresario era el *deber de protección de los trabajadores*⁶.

Sin embargo, las tendencias legislativas e interpretativas recientes están pasando a primar el deber de garante del empresario derivado de su *responsabilidad por su conducta empresarial (competencia por organización)*⁷, de modo que el administrador de hecho o de Derecho o incluso la propia empresa pueden responder penalmente si no impiden que sus subordinados cometan delitos. Puede observarse, pues, cómo se generaliza un deber de garante del empresario como deber de *control de un foco de peligro (Überwachungsgarant)* constituido por la organización que dirige.

Pero ese foco de peligro es especial, pues está compuesto por la acción coordinada de *personas libres y responsables*. Por ello la responsabilidad de los administradores por la no evitación o prevención de conductas criminales de sus empleados (Martínez-Buján, 2011) exige cohonestar la *autorresponsabilidad* de los concretos trabajadores con la responsabilidad de los administradores o de la propia empresa.

En una estructura humana organizada, el empresario actúa *a través de otros*, en quienes delega la ejecución de las concretas tareas (y, con ello, un amplio rango de *responsabilidad por sus consecuencias*). Sin embargo, eso no puede servir para eludir su responsabilidad por su propia actuación: la delegación no *extingue* (Lascuráin, 1994; 2002; Peñaranda, 2006; Maraver, 2009), sino que transforma el deber de garante en su contenido y alcance (Ortiz de Urbina y Martín, 2006; 2009). Al transferir la ejecución directa de la tarea a un tercero, le transmite también la responsabilidad por una gran parte de sus consecuencias; pero el delegante conserva, a su vez, un núcleo de responsabilidad, transformado casi siempre en una responsabilidad de *vigilancia y control*, que puede adoptar distintas formas.

IV

Una de las principales líneas de Política Criminal Europea en la prevención de la delincuencia empresarial es la implantación de un régimen de *responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas* en todo el territorio de la Unión Europea (Gómez-Jara, 2005; 2010; Nieto, 2008; Zugaldía, 2009), que permita imponer *sanciones a la propia empresa* en el caso de que, bajo ciertas

⁵ Uno de los motivos fundamentales de esta preeminencia es que el Derecho penal laboral *era casi el único ámbito en el que era posible una imputación del empresario por una imprudencia punible* (tanto por el delito de peligro imprudente, art. 317 CP, como por posibles delitos de homicidio o lesiones imprudentes en el caso de muerte o lesión de un trabajador). Sobre este punto y sus desarrollos recientes volveremos más adelante.

Fundamental en la doctrina española a este respecto, Lascuráin Sánchez (1994; 2002); Ortiz de Urbina y Martín Lorenzo (2006).

⁶ No obstante, no debe perderse de vista que en el fundamento último de este deber también se encuentra la competencia por organización (responsabilidad del empresario por que de su empresa no surjan daños para terceros o para los propios trabajadores).

⁷ En los inicios remotos de este cambio se encuentran la responsabilidad penal por *productos peligrosos* y, más recientemente, la responsabilidad penal *medioambiental* por conductas en el seno de la empresa.

circunstancias, sus empleados o directivos cometan delitos en su nombre o en su beneficio⁸. Es decir: la sustitución del principio *societas delinquere non potest* por el principio *societas delinquere et puniri potest*. Esto supone *hacer responsable a la propia empresa* por la evitación de la delincuencia empresarial.

Siguiendo así una de las opciones ofrecidas por las directrices político-criminales europeas⁹ -que no necesariamente obligaba a que se hiciese *penalmente* responsables a las personas jurídicas (Ortiz de Urbina, 2011¹⁰)-, el legislador español ha recogido en el art. 31 bis CP una estructura de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas:

Art. 31 bis

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Esto supone que la empresa podrá ser sancionada si *uno de sus administradores* comete el delito en su nombre o por su cuenta (interpretando que la conducta empresarial *más auténtica* es la que realiza el administrador en su nombre); pero también cuando por defectuoso control de dichos administradores (*culpa in vigilando*) un subordinado, en ejercicio de sus funciones, pueda cometer un delito en beneficio de la empresa.

Las penas que pueden imponerse a las empresas son todas graves, y están contempladas en el art. 33.7 CP. Abarcan desde la pena de multa a la auténtica *pena de muerte* empresarial: la disolución de la persona jurídica.

⁸ Ver una amplia referencia de las recientes Decisiones Marco que establecen responsabilidad penal de las personas jurídicas en Muñagorri Laguía (2009: 383-384).

⁹ En todos los instrumentos recientes se sigue un modelo como el recogido en el art. 3 del Segundo Protocolo del Convenio relativo a la Protección Penal de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas de 1997:

1. *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:*

- un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica,

así como por complicidad o instigación de dicho fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales o por tentativa de cometer dicho fraude.

2. *Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que cometa un acto de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última (...).*

¹⁰ Otros países, como Alemania (§ 130 Ordnungswidrigkeitsgesetz, "Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen") han seguido un camino intermedio, adoptando sanciones empresariales administrativas (al menos, nominalmente) para el supuesto en que una omisión de la empresa haya permitido la comisión de un delito. Independientemente de las posibles ventajas o desventajas operativas de uno y otro modelo, la diferencia a efectos preventivos entre ambos es puramente cuantitativa, en la medida en que las concretas sanciones que cabe imponer en uno u otro modelo no varían sustancialmente.

Art. 33.7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a. *Multa por cuotas o proporcional.*
- b. *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c. *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d. *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e. *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f. *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g. *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

La pena que el Juez está siempre obligado a imponer es la multa. Para la imposición de las demás penas es necesario (art. 66 bis CP)¹¹:

¹¹ Con la introducción de este precepto el prelegislador respondía a los requerimientos que la doctrina le había hecho, alarmada por la regulación contenida en las primeras versiones del Anteproyecto (2008 y 2009), que obligaba al Juez a imponer las penas de la b a la g ante *un solo delito*, sin ponderar si se trataba de una respuesta necesaria o innecesaria, proporcionada o desproporcionada. Véase al respecto Dopico Gómez-Aller (2012), que recoge las Conclusiones de un Seminario coorganizado por TRUST-CM (<http://www.trust-cm.net/es/rssview/31.html>) en el que, conjuntamente con representantes del Ministerio de Justicia, se analizó desde un punto de vista técnico-legislativo el Proyecto de reforma.

- de modo general, realizar un triple juicio de adecuación contenido en el art. 66 bis CP, que justifique que la pena es necesaria para interrumpir una continuidad delictiva, que sus efectos no son desproporcionados y que en la empresa existía una falta de control generalizada.

- para imponerlas por tiempo superior a dos años, es necesario que la persona jurídica sea una mera *empresa de pantalla* para la comisión de delitos, o bien que sea reincidente.

- para imponerlas por tiempo superior a cinco años (o si se trata de la pena de disolución, art. 33.7.b), debemos estar ante una mera *empresa de pantalla* o ante un caso de *multirreincidencia*.

V

Como se puede comprobar, el segundo inciso del art. 31 bis.1 abre la puerta a la punición de la empresa por *omisión imprudente de vigilancia*, cuando esa falta de vigilancia permitió que un empleado pudiese cometer un delito¹².

El art. 31 bis contiene además otro elemento, del máximo interés. Entre sus circunstancias atenuantes por conducta posdelictiva se encuentra, en el apartado 4.d, la de *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*. El precepto pretende premiar con una rebaja de pena a las empresas infractoras que, una vez descubiertas, se conviertan a la diligencia y adopten protocolos de prevención del delito dentro de la empresa.

Ahora bien, evidentemente, la adopción de esos modelos *antes* de que se haya cometido ninguna infracción tiene un efecto distinto. Si han sido adoptados de modo real y efectivo, no puramente nominal, se tratará de medidas de diligencia en la evitación de delitos. Si esa diligencia puede considerarse suficiente (*rectius: si no cabe hablar de una imprudencia grave en el cumplimiento del deber de control al que se refiere el art. 31 bis CP*) no cabrá considerar que la empresa ha sido negligente en la vigilancia y control de sus empleados. Aunque en esos casos un empleado pueda soslayar la vigilancia y cometer un delito, no se tratará de un delito *favorecido por la omisa vigilancia de la empresa*¹³.

Así, parece que el modelo que persigue la reforma, siguiendo líneas muy extendidas en la política criminal del blanqueo de capitales, es que se *estandaricen protocolos reales de cumplimiento interno tendentes a la evitación del delito*.

En la actualidad, las entidades financieras y empresas afines cuentan con políticas internas y pautas de actuación (que incluyen "Manuales", procedimientos operativos, líneas de reporte y responsabilidad, etc.) sobre blanqueo de capitales que permiten *estandarizar* los deberes de vigilancia de las operaciones de sus clientes (generando seguridad jurídica y eliminando márgenes de incertidumbre, aunque también, como toda fijación de estándares normativos, dando al infractor grietas por donde eludir la vigilancia).

¹² Ardua cuestión es determinar cuál es el *canon probatorio* que debe exigirse en la prueba del *hipotético efecto de evitación del delito* que habría tenido la vigilancia omitida, inveterada cuestión en el tratamiento dogmático de la omisión de deberes de evitación de un resultado. ¿Debe exigirse que la vigilancia, de no haber sido omitida, habría *incrementado las posibilidades de impedir el delito*? ¿Debe exigirse prueba de que lo habría evitado *con probabilidad rayana en la certeza*? ¿Debe exigirse *certeza total*?

¹³ El Informe del Consejo General del Poder Judicial señala que el texto no es coherente en su desarrollo de un modelo de "responsabilidad por el fallo organizativo empresarial", ya que en su segundo inciso no exige para la imputación que el empleado haya podido cometer un delito por la omisa vigilancia de la empresa, sino por omisa vigilancia de los administradores. En mi opinión el texto, no obstante, no impide una interpretación en el primero de los sentidos.

En el plano práctico, esto ha venido dado, entre otros factores, por la existencia de *tipos imprudentes de blanqueo*, que no permiten la exoneración del acusado por la mera *falta de dolo*. Para exonerarse es necesario algo más que una mera alusión a la vertiente *subjetiva* de la culpa: hace falta la prueba de la conducta *objetivamente adecuada a estándares normativos*. Pues bien: eso mismo es lo que se plasma en una cláusula de responsabilidad omisiva imprudente (*culpa in vigilando*) como la contenida en el punto segundo del art. 31 bis CP.

Bibliografía

- BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ JARA, C. (2011), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, La Ley, Madrid.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2009), *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, IUSTEL, Madrid.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ORTIZ DE URBINA, I. (dir.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2011), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (dir.) *Memento Penal 2011*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2011), "Comisión por omisión", en ORTIZ DE URBINA, I. (dir.), *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (dir.) (2012), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. (2002), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente: presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. (2007), *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdF, Montevideo.
- JAKOBS, G. (1997), "La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión", en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 347-372.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1994), *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1995), "Fundamento y límites del deber de garantía del empresario", en VVAA, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 209-227.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2002), *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.
- MARAVER GÓMEZ, M. (2009), *El Principio de confianza en Derecho Penal*, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2011), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (2009), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DE LA CUESTA, J.L. y MUÑAGORRI, I. (dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Universidad del País Vasco, pp. 378-400.

- NIETO MARTÍN, A. (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, IUSTEL, Madrid.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y MARTÍN LORENZO, M. (2006), “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción: los delitos contra los trabajadores en el ámbito de la construcción”, en VVAA, *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Comares, Granada, pp. 319-499.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y MARTÍN LORENZO, M. (2009), “Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales”, en *InDret*, 2/2009. Disponible en línea: <http://www.indret.com/pdf/623.pdf>. Revisado el 12 de enero de 2012.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2011), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ORTIZ DE URBINA, I. (dir.), *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2006), “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en VV.AA., *Liber Amicorum en homenaje al Prof. González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, pp. 411-430.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1995), “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed.), SCHÜNEMANN, B. y DE FIGUEIREDO DÍAZ, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 357-379.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2011), *La expansión del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VOGEL, J. (2004), “Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 129-140.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2008), *La responsabilidad penal de empresas, asociaciones y fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fraude fiscal

Ruth Martínón

Universidad de La Laguna, Tenerife

rmartqui@ull.es

170

Resumen

En las sociedades democráticas contemporáneas la persistencia del fraude fiscal denota una socialización inadecuada en los valores éticos de justicia y solidaridad. No implica únicamente la existencia de conductas ilícitas. El hecho de que no despierte el mismo rechazo social que otras conductas jurídicamente punibles pone de manifiesto que el fraude fiscal no es una mera conducta asocial, sino una conducta ilícita muchas veces socialmente tolerada. Todo ello, junto a la injusticia que genera en el reparto de los costes de los servicios públicos comunes, hace de la responsabilidad fiscal un elemento fundamental en la construcción de una cultura de la legalidad consolidada y madura.

Palabras clave

Resistencia fiscal, Hacienda Pública, Estado social, justicia distributiva, solidaridad, responsabilidad fiscal.

Tax fraud

Abstract

The persistence of tax fraud in democratic contemporary societies denotes an inappropriate socialization in ethical values as justice and solidarity. It does not involve only illegal behavior. Tax fraud does not wake up the same social rejection as other legally punishable behavior, because it is not simply an asocial action, but an illegal action often socially tolerated. Because of all this and the injustice generated by tax fraud in cost-sharing of common public services, fiscal responsibility arises as an essential factor to build a consolidated and mature culture of legality.

Keywords

Tax resistance, public finances, Social State, distributive justice, solidarity, fiscal responsibility.

En sentido lato, podemos entender por fraude fiscal cualquier comportamiento contrario a la ley que causa un daño patrimonial a la Hacienda Pública, bien evitando el pago de tributos, bien obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando de beneficios fiscales sin derecho a ello. De este modo, constituirían fraude fiscal tanto las conductas elusivas como las evasivas.

La elusión fiscal se refiere a las conductas en las que se evita la realización del hecho imponible al que la ley tributaria vincula la obligación de tributar, porque aunque no se oculta el hecho realizado, éste se ha revestido de la forma de un acto o negocio jurídico que resulta especialmente artificiosa con la única finalidad de eludir la obligación fiscal. Es lo que podemos considerar fraude de ley (Burlada, 2006: 16-17)¹ o, en términos de la actual Ley General Tributaria, un conflicto de aplicación de la norma tributaria. En estos casos, la Administración tributaria procede a la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.

La evasión fiscal supone que aún realizando el hecho imponible, se oculta dicha realización o su verdadera dimensión económica a la Administración tributaria. Se pone entonces de manifiesto una verdadera infracción que, dependiendo de su magnitud, constituirá una infracción administrativa o una infracción penal, comúnmente denominada delito fiscal.

Lo que no comprende el término fraude fiscal son las conductas incluidas en el concepto de economía de opción, es decir, la realización de un hecho a través del que se consigue un resultado idéntico al que se llegaría con la realización de otro hecho distinto, pero por una vía menos gravada, plenamente admitida en Derecho (Pont, 2006: 39). El problema está en determinar cuándo operaciones de ingeniería financiera constituyen, simplemente, una economía de opción, y cuándo se convierten en defraudación punible (Silva, 2005: 20-30).

Resulta razonable pensar que en sociedades en las que, a partir del reconocimiento y garantía de la propiedad privada, se estimula y se gratifica la conducta tendente hacia el enriquecimiento económico, las personas aspiren a tratar de evitar cualquier merma de su renta o de su patrimonio. En ese contexto es en el que resulta necesario ubicar la realidad histórico-social del fraude fiscal.

Desde la misma existencia del tributo como pago al poder público, incluso con posterioridad a la constatación de la separación del patrimonio económico del Estado respecto del patrimonio particular del príncipe, se han sucedido las manifestaciones de resistencia fiscal, lo cual nos anuncia que no se trata de una actitud ilícita cualquiera, sino de un comportamiento que aún contrario a la norma ha encontrado apoyos múltiples y desde perspectivas diversas a lo largo de su historia.

En el Antiguo Régimen, habitualmente el tributo no era consentido y se presentó siempre como extraordinario, en un contexto marcado por las revueltas populares contra los privilegios tributarios y, en general, contra la fiscalidad. La necesidad de un sistema de financiación regular de la Hacienda Pública llega con el Estado moderno, con la creación de un ejército y una burocracia estables, y la concepción, aunque fuese embrionaria, de la noción de interés general. Al mismo tiempo, no hay que olvidar la fuerte ligazón que la necesidad del poder político de proveerse de recursos tiene con el origen del parlamentarismo, a partir de la regularización de la convocatoria de las asambleas representativas en las que se aprueban las exacciones fiscales. De este modo, la resistencia fiscal, que era, principalmente, expresión de resistencia contra la opresión, va cambiando su perfil para nutrirse de una concepción ideológica más elaborada. En el siglo XIX, los argumentos contra una imposición más elevada y/o progresiva se centran en la teoría individualista de la sociedad civil que garantizaba la repulsa a cualquier nuevo

¹ En sentido contrario, Pont Clemente (2006).

intento de intromisión en la esfera del domino económico de los particulares (Fernández, 1986: 23).

Efectivamente, la aversión o la odiosidad del tributo se han apoyado, principalmente, en el sentimiento del contribuyente de ser expropiado de lo que es suyo; en definitiva, en la confrontación del derecho de propiedad privada con las exigencias tributarias. Sin entrar en la cavilación sobre si la propiedad es primero un derecho del individuo o del Estado, de lo que no cabe duda es de que, en última instancia, la justificación política del tributo radica en posibilitar al Estado para la protección de la propiedad privada del contribuyente (Bueno, 2003: 14). De hecho, es en los mismos Estados liberales del siglo XIX en los que se fraguan las medidas necesarias para contrarrestar la resistencia fiscal: la simplificación del sistema tributario, la seguridad y la certeza jurídicas del contribuyente frente al poder de gravar, y la valoración del impuesto en función de las contraprestaciones públicas que asocia con el mismo (Fernández, 1986: 28-30).

Ahora bien, es la transformación que sufre la concepción de la Hacienda Pública en el siglo XX la que nos sitúa en el escenario de la defraudación fiscal actual. La ruptura keynesiana del período de entreguerras con el postulado hasta ese momento inquebrantable del equilibrio presupuestario, y la configuración jurídico-constitucional de los Estados sociales que se generalizó tras la II Guerra Mundial, conllevaron la consolidación de la tendencia existente desde principios de siglo: el aumento de la intervención del Estado en la sociedad y en la economía, participando en gran medida en la provisión de bienes y servicios, y, por tanto, incrementando la presión fiscal, imprescindible para sufragar los gastos.

Ciertamente, la explicación de la justificación de la presión fiscal en las sociedades democráticas contemporáneas es mucho más amplia. En primer lugar, es fundamental e indispensable tener en cuenta que los tributos presentes son fruto de la Ley en sentido estricto, esto es, de la expresión de la voluntad popular, manifestada por los representantes elegidos por sufragio universal, en sistemas políticos que se configuran como Estados de Derecho democráticos, esto es, sistemas políticos que son muestra de autogobierno.

En segundo lugar, en su concepción actual, las leyes tributarias son las que configuran todos los elementos esenciales del tributo y de la relación jurídico-tributaria, obligando por igual a los entes públicos a los que se les atribuye la posición de acreedores, y a los obligados tributarios, pues ambos se encuentran en una situación de igual sometimiento a la legalidad dispuesta por los representantes de la voluntad popular.

En tercer lugar, es necesario poner de manifiesto la conexión de la institución tributaria con la del gasto público, no sólo porque la finalidad definitoria de la primera sea financiar dicho gasto, sino porque el principio de justicia, concretado en lo que así considere cada sociedad en un momento dado, ha de reflejarse tanto en el modo de recaudar como en la forma de disponer el gasto. Desde el punto de vista de los ingresos, el artículo 31 de la Constitución española, recoge los principios de generalidad, igualdad, capacidad económica y progresividad como concreciones del valor de la justicia en el ámbito de los tributos.

Desde el punto de vista de los recursos recaudados, en nuestras sociedades, configuradas como Estados sociales, el gasto público se convierte en el principal instrumento para alcanzar los derechos y principios que los textos constitucionales reconocen a los ciudadanos para garantizar el respeto a su dignidad y promover el libre desarrollo de sus capacidades y de su personalidad (García-Pelayo, 1994: 28), a través de un sistema amplio de servicios básicos que tratan de proporcionar la igualdad de oportunidades. “La fiscalidad se convierte así en una técnica económica

al servicio de una opción ética, a través de la cual se hace operativo el principio de justicia distributiva asumido en las normas constitucionales" (Álvarez y Herrera, 2004: 149).

En la consecución de dichos fines, el papel de los tributos no se limita a proporcionar los recursos suficientes, como lo pone de manifiesto el continuo uso y extendida legitimación de la extrafiscalidad, es decir, el uso de los tributos con finalidades distintas de la recaudatoria (Rodríguez, 2004: 44). No se trata sólo del uso de los tributos como instrumento de la política macro-económica, sino de la posibilidad de la configuración de figuras tributarias cuya finalidad principal no es la recaudación (por ejemplo, los tributos medioambientales); o de la utilización, en tributos concebidos primariamente para recaudar, de instrumentos como las exenciones, las bonificaciones y las deducciones, para coadyuvar a los objetivos de la política social y económica recogidos en la Constitución.

En este contexto, la defraudación fiscal se muestra como injusta y contraria a la igualdad. Perjudica a todos, pero especialmente a quienes sí asumen y cumplen con sus responsabilidades tributarias, quienes tendrán que cubrir lo que el incumplimiento de otros no permite ingresar. El fraude condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y de las prestaciones sociales, y distorsiona los comportamientos económicos generando efectos negativos, ya que los contribuyentes que cumplen con sus obligaciones tributarias se enfrentan a la competencia desleal de los no cumplidores (AEAT, 2008: 5). Asimismo, son con frecuencia los que tienen más recursos en general, los que también tienen mayores posibilidades de defraudar (Observatorio, 2006: 8).

En las encuestas de opinión, la mayoría de los españoles rechaza el fraude fiscal y se ha incrementado mucho la justificación de la represión del mismo. Se produce una coincidencia importante entre la actitud de los españoles respecto de las normas tributarias y respecto al resto de las normas jurídicas: ora se exige el cumplimiento de las mismas, ora se desconfía del compromiso ajeno con la legalidad (Villoria: 2008: 11). Sin embargo, la tolerancia respecto al engaño fiscal es alta comparada con otras conductas delictivas o, incluso, comparada con conductas sólo socialmente reprobables (De Miguel y De Miguel, 2001: 105).

Es difícil saber por qué se sigue defraudando. Podemos barajar la explicación de la percepción de que la clase dirigente se apropiá de gran parte de lo recaudado, o del desacuerdo con la política de gasto (Bueno, 2003: 17-18). Podemos pensar que se perciben como excesivos los tipos impositivos (Sáez, 2006: 36), o que los defraudadores tienen la certeza de que no hacen uso de los bienes públicos en la misma proporción en la que se les exige contribuir (Moreno y Ruiz, 2007: 37). Se alegan como las causas más relevantes de la defraudación fiscal: la carencia de una conciencia tributaria, un sistema tributario poco transparente, una administración tributaria poco flexible, y el bajo riesgo de ser detectado (Aquino, 2008: 10). La mayor parte de los españoles considera que la represión del fraude sirve para disuadir al defraudador, pero que no es suficiente. La misma percepción de la existencia del fraude alimenta la justificación del incumplimiento de las obligaciones tributarias. Esto es, la existencia del fraude resta equidad al sistema y, de esa manera, se retroalimenta.

Lo cierto es que las normas fiscales, como parte del ordenamiento jurídico, deben cumplirse como cualquier otra norma del mismo. "El incumplimiento fiscal es una cuestión de ciudadanía. [...] El fraude fiscal es un fenómeno complejo basado en una mentalidad de derechos adquiridos sin ninguna contrapartida desde la vertiente de las responsabilidades. Es, en definitiva, un problema de socialización inadecuada en los valores éticos de justicia y solidaridad" (Delgado *et al.*, 2005: 5).

De acuerdo al nuevo contexto de las sociedades democráticas contemporáneas, la universalización de las obligaciones tributarias debería suponer un cambio radical en las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes, de forma que primase la colaboración frente a la confrontación. “En este contexto, el horizonte utópico de la Hacienda del Bienestar es conseguir el *cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias*. Es decir, lograr un nivel de aceptación social tal del sistema fiscal que sea el propio contribuyente quien calcule y pague sus impuestos por propia voluntad. De manera que, una vez que las normas tributarias alcancen el rango de *norma moral*, la coacción sólo tenga que ejercerse sobre los evasores recalcitrantes que, inevitablemente, siempre van a existir (Álvarez y Herrera, 2004: 151).

Puesto que, efectivamente, la total generalización del normal cumplimiento de las obligaciones tributarias continúa siendo una utopía, en la actualidad la Administración centra sus esfuerzos en dos tipos de actuaciones. Por un lado, se trata de facilitar, en la mayor medida posible, el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los ciudadanos (como con el borrador de las autoliquidaciones suministrado por la Administración). Por otro lado, se intensifican las labores de inspección y control que pretenden detectar y regularizar los incumplimientos. De hecho, la misma existencia de planes, recursos, unidades administrativas... con la finalidad primordial de la lucha contra el fraude fiscal, nos reubica ante la distancia real que aún media entre la norma tributaria como norma jurídica y como norma moral. Aunque el componente moral esté presente en la conformación del comportamiento ante los tributos, la obligatoriedad que le atribuimos a las normas jurídicas en general parece diluirse en parte ante las obligaciones fiscales.

Por todo ello, no cabe duda de que la persistencia del fraude fiscal en nuestras sociedades es una muestra de debilidad de la cultura de la legalidad en su triple contenido (Villoria y Wences, 2010: 11). Supone una actitud cuando menos muy laxa hacia parte de la legalidad vigente, pone en jaque al Estado de Derecho (activando mecanismos de garantía del principio de legalidad, que deberían ser excepcionales, con demasiada frecuencia), e implica un cuestionamiento de la legitimidad de una institución básica de los sistemas políticos actuales como lo es la Hacienda Pública, tanto desde el punto de vista de la obtención de sus ingresos, como de la ordenación de sus gastos. En definitiva, parece que es posible afirmar que no existe aún una cultura sólida y asentada que identifique la responsabilidad fiscal como uno de los valores básicos sobre los que se articula la convivencia social en las sociedades democráticas actuales.

Bibliografía

- AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (2008), *Actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal*. Disponible en línea: http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_prevencion_del_fraude_fiscal/actualizaFraude.pdf. Revisado el 15 de enero de 2012.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S. y HERRERA MOLINA, P.M. (2004), *La ética en el diseño y aplicación de los sistemas tributarios*, Documentos, Núm. 16/04, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- AQUINO, M.A. (2008), *La evasión fiscal: origen y medidas de acción para combatirla*, Documentos, Núm. 13/08, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- BUENO, G. (2003), “El tributo en la dialéctica sociedad política/sociedad civil”, *El Basilisco*, 2ª Época, Núm. 33, pp. 3-24.

- BURLADA, J.L. (2006), "El fraude de Ley en el Derecho Tributario", *Quincena Fiscal*, abril I-II, pp. 9-57.
- DE MIGUEL, I. y DE MIGUEL, A. (2001), *Los españoles y los impuestos, CIS-Opiniones y Actitudes*, Núm. 3, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- DELGADO LOBO, M.L., FERNÁNDEZ-CUARTERO PARAMIO, M., MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., ROLDÁN MUÑÍO, C. y VALDENEBRO GARCÍA, M.L. (2005), *La educación fiscal en España, Documentos*, Núm. 29/05, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- FERNÁNDEZ CAINZOS, J.J. (1986), *El Estado y los contribuyentes: la resistencia fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1994), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid.
- MORENO, A. y PILAR RUIZ, M. (2009), "Evaluación empírica del fraude fiscal: Análisis de la estrategia de Landsberger y Meilijson", en *Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid*. Disponible en línea: <http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/00-07/0007.htm>. Revisado el 15 de enero de 2012.
- OBSERVATORIO DEL DELITO FISCAL (2006), *La simulación en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- PONT CLEMENTE, J.F. (2006), *La simulación en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (2004), "La fines ultrafiscales de los tributos y su recepción en la nueva Ley General Tributaria", *Nueva Fiscalidad*, Núm. 3, pp. 9-59.
- SÁEZ LOZANO, J.L. (2006), "Actitudes de los españoles hacia la Hacienda Pública", *Papeles de Trabajo*, 22/06, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.
- VILLORIA MENDIETA, M. (2008), "Cultura de la legalidad y buen gobierno en España", en *XIII Congreso Internacional del CLAD*, Buenos Aires.
- VILLORIA MENDIETA, M. y WENCES SIMON, I. (2010), *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*, Catarata, Madrid.



Karl N. Llewellyn: *Algo de realismo sobre el realismo*

Los orígenes del realismo jurídico americano

José Ignacio Solar Cayón

Universidad de Cantabria

jose.solar@unican.es

I. La revuelta contra el formalismo. Los precursores del realismo jurídico americano

En las postrimerías del siglo XIX y el comienzo del XX, empieza a vislumbrarse en el panorama jurídico de los Estados Unidos la tímida pero progresiva emergencia de una serie de planteamientos jurídicos críticos y alternativos a la ortodoxia jurídica imperante que, si bien resultaban bastante heterogéneos entre sí, compartían básicamente una actitud relativista, un método empírista y un enfoque funcional. Ello suponía, en buena medida, una traslación al dominio jurídico de una serie de desarrollos epistemológicos que en aquel momento se estaban produciendo en otros ámbitos del conocimiento, como denotaba la revolución científica que estaba poniendo en cuestión el paradigma newtoniano y euclidianoy la irrupción del pragmatismo en el ámbito filosófico.

Desde esta perspectiva, aquella reacción puede enmarcarse en el contexto más amplio de un ambiente intelectual generalizado de desafío frente a lo que hasta entonces había sido una incuestionada concepción del conocimiento. Este clima intelectual, que ha sido definido como de “revuelta contra el formalismo” (White, 1949), implicaba una decidida voluntad de pasar “de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de fines individuales a fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas” (Paul, 1959: 17).

1. El pragmatismo filosófico como telón de fondo.

En este contexto general, un elemento decisivo para la conformación de un pensamiento jurídico alternativo fue precisamente la influencia del pragmatismo filosófico. El talante antimetafísico y radicalmente empírista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad, socialmente sentida por determinados sectores políticos y jurídicos, de articular un pensamiento enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba.

Para el nuevo movimiento filosófico, iniciado por Charles S. Peirce en la década de 1870 y cuyos principios habrían de ser sistematizados años más tarde por William James, el conocimiento ya no podía resolverse en una mera relación estática de correspondencia entre nuestras representaciones mentales y una realidad exterior acabada e independiente del sujeto cognosciente. Conocer implica ineludiblemente tomar en cuenta la realidad, pero no consiste en un mero descubrimiento o en una pasiva aprehensión de lo ya existente. Lo subjetivo se funde inextricablemente con lo objetivo en el proceso cognitivo, de manera que todo

acto de conocimiento implica participar activamente en la configuración del objeto. La realidad se presenta, por tanto, ante nuestros ojos como algo resistente -que no puede ser ignorado o esquivado- pero también en cierto modo maleable -susceptible de interpretaciones y tratamientos diversos-.

Frente al ideal contemplativo del científico como un observador que busca aprehender o "descubrir" supuestas naturalezas objetivas, la tarea de conocer -subraya el pragmatismo- supone aventurarse en una relación dinámica "de rico y activo comercio" entre ideas y experiencias. Las teorías, las leyes, los principios, los mismos conceptos, "llegan a ser instrumentos", "cosas con que penetrar en la experiencia", en definitiva, "modos mentales de adaptación a la realidad más que revelaciones o respuestas gnósticas a los enigmas del mundo" (James, 1985: 50, 58, 73, 126). Pensar no consiste ya en poner al descubierto fuerzas o regularidades ocultas sino en idear esquemas operativos que nos permitan manejar la realidad.

Desde esta nueva perspectiva, el criterio metodológico con arreglo al cual pasan a ser evaluadas nuestras concepciones de la realidad es un criterio eminentemente funcional. El significado de una idea vendrá determinado únicamente por sus consecuencias prácticas, había afirmado Peirce (1988: 210) como *leit motif* fundamental del método pragmático. Y es en relación a ellas como debe juzgarse acerca de la validez o no de toda elaboración intelectual. El pragmatismo responde así a una declarada "actitud de apartarse de las primeras cosas, principios, categorías, supuestas necesidades, y de mirar hacia las cosas últimas, frutos, consecuencias, hechos" (James, 1985: 51). Ello, sin embargo, no supone un rechazo frontal y apriorístico de las abstracciones. Nada obsta a su aceptación en la medida en que se demuestren herramientas útiles, expedientes que nos ayuden a desenvolvernos en el manejo de la experiencia y a resolver problemas reales.

Ideas verdaderas son, conforme al nuevo paradigma pragmatista, aquellas que "nos conducen a regiones verbales y conceptuales útiles a la vez que nos relacionan directamente con términos sensibles útiles" (Ibid: 18). Y esta utilidad que se constituye en el criterio definitivo de evaluación de nuestras creencias consiste en "posibilitar el establecimiento de interacciones que conduzcan a resultados que sirvan para controlar experiencias reales de objetos observados" (Dewey, 1960: 129). La verdad de una idea no es, por tanto, una propiedad estática e inherente a ella sino que se presenta como el resultado de un proceso de verificación de aquella utilidad u operatividad en el manejo de la experiencia (James, 1985: 131)¹. Esto es, la verdad se hace. O, por mejor decir, se está haciendo, en la medida en que aquel proceso de verificación ha de ser continuo.

En este sentido nadie llegaría tan lejos como John Dewey, probablemente el filósofo pragmatista que mayor influencia tuvo en el ámbito jurídico, especialmente en la obra de algunos realistas jurídicos. Frente al tradicional modelo matemático del pensamiento como una tarea puramente deductiva, de desarrollo lógico a partir de unas premisas fijas, Dewey propone un modelo biológico del mismo como un proceso evolutivo y abierto en el que continuamente se están transformando los supuestos y las conclusiones. Y desde esta concepción, reclamará una lógica "instrumental" o "experimental" en la que la propia noción de "verdad" resulta desplazada por la más dinámica de "indagación" (*inquiry*) como concepto fundamental expresivo de ese constante y tentativo proceso de ajuste mutuo entre el sujeto y su entorno (Russell, 1994: 437).

¹ "La verdad acontece a una idea. *Llega a ser cierta, se hace cierta* por los acontecimientos. Su verdad es, en efecto, un proceso, un suceso, a saber: el proceso de verificarse, su verificación. Su validez es el proceso de su validación". Las cursivas son del propio autor citado.

Desde estos presupuestos epistemológicos, todo esquema o elaboración intelectual representa, no tanto una afirmación o una hipótesis acerca de lo que es o ha sido, sino fundamentalmente un programa de acción proyectado hacia el futuro (Dewey, 1960: 138)². Para la filosofía pragmatista conocimiento y acción, teoría y práctica, dejan de ser dos universos separados. La constatación de la interacción entre los procesos cognitivos del sujeto y la realidad objeto de conocimiento, así como la adopción del mencionado criterio funcional para determinar la validez o no de una idea -afirma Dewey- "cancela esta separación entre conocer y hacer". Antes al contrario, "posibilita y demanda una teoría en la que el conocimiento y la acción estén íntimamente conectados entre sí" (James, 1985: 214). Se trata, en palabras de W. James, de "hallar una teoría que actúe" (Ibid: 139).

Para el pragmatismo la realidad es esencialmente plástica y el mero desarrollo de los procesos cognitivos implica una participación activa del sujeto en la configuración de aquella. El mundo está continuamente rehaciéndose en un proceso abierto de facturación, esperando siempre "recibir su toque final de nuestras manos" (Ibid: 162). En este universo abierto las hipótesis, las posibilidades, las incertidumbres, lo contingente, lo relativo -en definitiva, lo humano-, sustituyen a las demostraciones, las certidumbres de leyes inquebrantables, lo necesario, lo absoluto y lo natural. Se quiere afirmar así la existencia de intersticios, de espacios abiertos a la acción inteligente y reformadora. El pragmatismo alienta así en el panorama convulso del cambio de siglo una renovada confianza en las posibilidades del individuo para regir su destino, así como una llamada a su responsabilidad. Como afirma Richard Hofstadter (1992: 123), si "el Spencerianismo había sido la filosofía de la inevitabilidad, el pragmatismo llegó a ser la filosofía de la posibilidad".

2. La reacción en el ámbito jurídico

178

En un momento de profunda crisis socioeconómica, el talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad social, sentida por diversos sectores progresistas, de articular un pensamiento político y jurídico alternativo, enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba en aquella coyuntura histórica. Incluso desde las filas del propio pragmatismo, John Dewey, en un artículo publicado en 1925 bajo el título de "Logical Method and Law", haría una llamada directa al estamento jurídico requiriendo "la infiltración en el Derecho de una lógica más experimental y flexible" como "una necesidad tanto social como intelectual": una lógica, en consonancia con los postulados pragmáticos, "relativa a las consecuencias antes que a los antecedentes" (Dewey, 1925: 25-26).

Bajo estos presupuestos epistemológicos, ya en las últimas décadas del siglo XIX podían detectarse en el seno de la comunidad jurídica diversas voces autorizadas que expresaban abiertamente su insatisfacción con los métodos y la ideología jurídica dominante y anunciaban la emergencia de un pensamiento jurídico de clara inspiración pragmática, basado en una concepción funcional o instrumental del Derecho. En este sentido habla Robert S. Summers de la irrupción en este momento de un "instrumentalismo pragmático" que se expandiría a lo largo de las siguientes décadas y en el que, prescindiendo de sus marcadas diferencias doctrinales e incluso generacionales, podrían confluir y alinearse conjuntamente

² "Las ideas no tienen valor excepto en la medida en que conducen a acciones que reordenan y reconstruyen de algún modo, sea poco o mucho, el mundo en que vivimos".

figuras como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound y el grueso de los realistas, entre otros (Summers, 1982).

Holmes: el inicio de una nueva senda jurídica

En este contexto, es especialmente la portentosa personalidad de Oliver Wendell Holmes la que marca históricamente el punto de inflexión entre la vieja y la nueva teoría jurídica estadounidense³. Su pensamiento, asistemático pero de una gran intuición intelectual que se refleja estilísticamente en una sucesión de penetrantes aforismos, constituye el germen crítico del que arrancará la renovación del pensamiento jurídico norteamericano, permaneciendo como una fuente permanente de inspiración para las siguientes generaciones, especialmente para los jóvenes realistas. Holmes fue el primero en trasladar al ámbito de la reflexión jurídica muchas de las aportaciones de la filosofía pragmática. Su participación en el *Metaphysical Club*, que se constituyó en Cambridge (Massachusetts) en 1872 con la presencia de estudiantes y docentes (filósofos, historiadores, teólogos, juristas, matemáticos, lógicos, etc.) de la Universidad de Harvard -entre los que se encontraban figuras tan relevantes como Charles Peirce, William James, Nicholas St. John Green, John Fiske, Francis E. Abbot y Chauncey Wright- le permitió avanzar en el campo jurídico los nuevos planteamientos que se estaban fraguando en el panorama científico y filosófico (Menand, 2002).

Ya en 1881 había abierto *The Common Law*, una de las obras más importantes de la literatura jurídica norteamericana, con uno de esos imperecederos aforismos en los que se irá condensando todo el potencial crítico de su pensamiento: "la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia". Difícilmente en menos palabras podría contenerse un desafío tan radical de los presupuestos del paradigma jurídico vigente. Frente a la visión imperante del Derecho como un orden pre establecido a ser descubierto mediante el desarrollo de procesos rígidamente deductivos, Holmes enfatizará cómo "las sentidas necesidades del tiempo, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de política pública, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los hombres comparten con sus congéneres, han tenido bastante más que ver que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales los hombres deben ser gobernados" (Holmes, 1991: 1). Desafío que acometería con mayor profundidad en el programático escrito sobre *La senda del Derecho*.

Este breve ensayo, que recoge una conferencia pronunciada en 1897 ante estudiantes de primer curso con ocasión de la inauguración de un nuevo edificio para la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, supone también metafóricamente la colocación de la piedra angular de la nueva ciencia jurídica estadounidense. Holmes denuncia en él la miopía del jurista, aferrado aún a la idea de que "un determinado sistema jurídico puede ser construido, como las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta". Es verdad -admite Holmes- que el lenguaje del Derecho, y sobre todo el de las sentencias judiciales, es frecuentemente el lenguaje de la lógica deductiva. Mas por debajo de dicha forma siempre "subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia".

Detrás de todo dilema jurídico se esconde en último término un problema de política legislativa, de conflicto entre intereses y objetivos sociales contrapuestos, que no puede ser resuelto deductivamente sino que implica necesariamente una elección, un juicio de valor acerca de la importancia relativa de aquellos intereses y

³ Sobre el pensamiento de Holmes y su papel crucial en la traslación de los nuevos presupuestos pragmáticos al ámbito jurídico cfr. Solar Cayón (2012).

objetivos. La preservación de la lógica del sistema o el respeto a la tradición se muestran así insuficientes para dar cuenta de la auténtica razón de ser de las instituciones y de las normas jurídicas. Por ello, todo quehacer jurídico implica necesariamente, aunque a veces se lleve a cabo de una forma subrepticia, una tarea de ponderación constante de los valores e intereses en juego que es absolutamente imprescindible para el adecuado ajuste de las relaciones sociales.

De este modo, emerge una perspectiva pragmática o funcional. El Derecho ya no es entendido como algo preexistente, que el jurista debe descubrir, sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas. Y, sobre todo, como un poderoso instrumento de transformación social en manos de un individuo que comienza a sentirse el protagonista de su propio destino. Frente a la jurisprudencia taxidérmita y conceptualista clásica, afanada en el descubrimiento de supuestas naturalezas y principios jurídicos que habían perdido toda conexión con la realidad, se propone el escrutinio consciente y abierto por parte del jurista de los objetivos sociales a satisfacer.

La mirada del jurista se vuelve así hacia el futuro. Su atención se desplaza - utilizando la afortunada distinción de R. Pound- del *law in books*, que santifica los precedentes, al *law in action*, esto es, al análisis y evaluación de las previsibles consecuencias prácticas que acarrearán la aplicación de las normas (Pound, 1993: 39-44). Consecuentemente, con estos presupuestos, el criterio conforme al cual han de ser evaluadas las instituciones y las disposiciones jurídicas no es el de la preservación de la continuidad lógica o de la armonía de la estructura interna del sistema sino el del valor social de sus resultados o consecuencias prácticas. Esto es, su capacidad para satisfacer las finalidades sociales deseadas. Los principios y las normas jurídicas son, fundamentalmente, aquello que hacen. Este criterio de validación pragmático cancela así la perniciosa escisión entre la teoría y la práctica.

Para la verificación de dicho criterio, el jurista precisa del auxilio de otras disciplinas que le guíen en la ponderación del valor de las distintas demandas y objetivos sociales a satisfacer por el Derecho. La ética, la economía, la política, la sociología, la historia, la psicología, son ámbitos del saber cuyas aportaciones no se pueden desconocer si se desea realizar eficazmente la tarea de ordenación y ajuste de las relaciones sociales. Por ello, proclama Holmes, el nuevo jurista no puede ser ya el estudioso de las antigüallas jurídicas sino el experto en estadísticas y en economía, el hombre capaz de evaluar y sopesar los fines de las normas, los medios para obtenerlos y su coste. Aunque es consciente de que el anhelo de una determinación científica y definitiva de estas cuestiones no es más que un ideal inaprensible, ya que, a su juicio, no cabe más que una apreciación del "valor relativo de nuestros diferentes fines sociales" (Holmes, 1899: 462). De ahí que proclame la necesidad de mantener una actitud permanentemente escéptica, que mueva a una continua revisión o reevaluación de las normas e instituciones jurídicas en función de sus consecuencias.

La jurisprudencia sociológica de Pound

Probablemente, la expresión más acabada de la aspiración por elaborar una teoría jurídica que, conforme a los postulados pragmatistas, incorporase una determinación científica de las relaciones entre Derecho y sociedad, estableciendo una delimitación suficientemente precisa del esquema global de necesidades e intereses sociales a satisfacer, se encuentra en la "jurisprudencia sociológica" de Pound. Jurisprudencia que, desde su inicio, se presenta por su creador como un

“movimiento en favor del pragmatismo como filosofía del Derecho” (Pound, 1908: 609).

En este sentido, Pound concibe la experiencia jurídica como una formidable tarea de ingeniería social. El quehacer jurídico constituye a su entender una tarea altamente especializada de control y ajuste de las relaciones sociales en busca de un sistema de compromisos entre demandas en conflicto. Siguiendo una metodología que inevitablemente nos recuerda a Bentham -por lo que tiene de cálculo de costes y beneficios- y a Ihering -de quien adopta el término “intereses” para designar toda posible reclamación o expectativa-, concibe el Derecho como un instrumento de ordenación social cuyo objetivo es el control y el ajuste de las relaciones humanas de tal modo que pueda lograrse la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades humanas con el menor coste y fricción posible (Pound, 1938: 810; 1918: 1059).

Para llevar a cabo esta tarea, el jurista precisa de una filosofía del Derecho que, tomando conocimiento de las aportaciones realizadas por las distintas ciencias sociales, se encargue de clasificar los distintos intereses o demandas en conflicto que pugnan por obtener un reconocimiento social, así como de medir racionalmente el valor relativo de los mismos a fin de establecer una prelación jerárquica y poder seleccionar aquellos más importantes cuya satisfacción el Derecho debe reconocer y proteger. Sólo una vez hecho este inventario global el ingeniero jurídico podrá establecer las fórmulas necesarias para una correcta y científica ordenación social, instrumentando de la manera más efectiva posible las diversas técnicas de protección de intereses de que el Derecho dispone⁴.

Indudablemente, el problema central al que se enfrentaba esta jurisprudencia sociológica en la ordenación de los intereses en conflicto era el de su valoración. Máxime cuando Pound reconoce el valor relativo de los mismos, que depende de las circunstancias históricas particulares de cada sociedad en cada momento. Sin embargo, en un trabajo significativamente titulado *The Possibility of a Measure of Values*, Pound señalará cómo “la razón, actuando sobre la base de la experiencia”, ha logrado frecuentemente compromisos prácticos que funcionan satisfactoriamente eliminando fricciones y no esconde su confianza en que este método empírico-racional permita proceder a un ajuste suficientemente operativo de aquellos intereses (Pound, 1940: 72). Y poco después él mismo ensayarán un intento de realización de aquel inventario⁵.

Este énfasis de Pound en la posibilidad de alcanzar un ideal racional de justicia, esto es, una ordenación objetiva de los distintos intereses sociales en conflicto en una sociedad, mediante una interpretación verdaderamente científica de los fenómenos empíricos se refleja, en el ámbito ya propiamente jurídico, en la defensa de la racionalidad de un sistema jurídico que, asumiendo aquella valoración de intereses, proporcione un esquema objetivo para su adecuada articulación social. Y ello repercute fundamentalmente en el modo en que este autor concibe la función judicial de adjudicación o aplicación del Derecho, la cual se configura a su entender como una parte más, aunque esencial, de ese proyecto global de ingeniería social.

Desde esta perspectiva, la labor del juez consiste en “generalizar las demandas de las partes como demandas humanas individuales” y “subsumir” las demandas así generalizadas en aquel esquema objetivo de articulación de los intereses conforme a principios o fórmulas generales que aseguren la satisfacción de la mayor cantidad de intereses con el menor sacrificio (Pound, 1923: 955). De este modo, aunque estos principios que conforman las líneas básicas del esquema

⁴ Sobre esta clasificación de intereses ensayada por Pound y sobre las tareas que corresponden al Derecho en relación con los mismos cfr. García Ruiz (2002: 121-172)

⁵ Me refiero a Pound (1943: 1-39; 1945: 909-929).

de Pound no responden a una mecánica conceptualista como la del formalismo jurídico imperante en aquel momento, sino que vienen teleológicamente definidos en virtud de su capacidad para satisfacer determinados objetivos socialmente deseados, lo cierto es que, una vez definidos, la tarea judicial de resolución de casos individuales se reduce finalmente a una tarea de subsunción de estos casos en aquellas fórmulas generales preestablecidas⁶. En este sentido, no menos que en la ideología jurídica clásica, en la jurisprudencia sociológica de Pound “la idea de sistema, orden y previsibilidad” continuaba constituyendo un componente esencial e irrenunciable del concepto de Derecho (Pound, 1987: 249).

De este modo, junto a O. W. Holmes, R. Pound y su jurisprudencia sociológica se configura como una de las fuentes directas del realismo jurídico por su concepción instrumental del Derecho y su insistencia en el estudio de los efectos sociales de las normas e instituciones jurídicas. Y así lo reconocieron en diversas ocasiones los propios realistas. Pero, como veremos inmediatamente, ello no fue óbice para que surgieran importantes tensiones entre los integrantes del nuevo movimiento y el decano de la Facultad de Derecho de Harvard.

II. La polémica Llewellyn-Pound

De hecho, la puesta pública en escena del realismo como movimiento se produce precisamente con ocasión de una agria polémica desatada a lo largo de 1930 y 1931 entre uno de sus principales representantes, Karl N. Llewellyn (auxiliado por el otro líder del grupo, Jerome N. Frank), y R. Pound. Una polémica que, recurriendo a alguna de las teorías psicológicas a las que tan aficionados eran algunos de los integrantes del nuevo movimiento, bien podría interpretarse como un intento por parte de los jóvenes realistas de romper con la autoridad de la figura paterna, representada en este caso por un Pound que, pese a compartir muchos de los presupuestos realistas, comprometía el proyecto de renovación de la ciencia jurídica iniciado por Holmes obstruyendo, desde la posición de privilegio que ocupaba en el estamento jurídico oficial, el desarrollo de los nuevos planteamientos. Aliñada con el espíritu iconoclasta característico de los realistas, la confrontación entre ambos no es sólo de ideas, sino que tiene también un marcado aire de rebeldía generacional, dando definitivamente una personalidad e identidad propia al nuevo grupo.

El debate se produce fundamentalmente a través de una serie de artículos en revistas jurídicas, aunque está acompañado también de algunas cartas personales entre ambos protagonistas. Documentos en los que se trata de perfilar - especialmente por parte de Llewellyn- cuestiones fundamentales para la identidad del movimiento: qué debía entenderse por realismo jurídico, cuáles eran sus principios fundamentales y quiénes podían considerarse integrantes del nuevo movimiento⁷.

Tras la publicación en 1930 por parte de Llewellyn de “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, en el que se contenían duras críticas al pensamiento de Pound, el origen inmediato de la polémica es la publicación por parte de éste en la *Harvard Law Review*, con ocasión de la celebración del noventa cumpleaños de O. W. Holmes, de “The Call for a Realist Jurisprudence”. Además de reflexionar sobre el significado que el término “realismo” podía tener en el ámbito

⁶ En este sentido creo que es esencialmente correcta la afirmación de G.E. White (1972: 1012) de que “la adjudicación bajo el esquema de Pound era sistemática, despersonalizada, formal y constreñida.”

⁷ Los artículos de Llewellyn titulan: “A Realistic Jurisprudence - The Next Step”, “The Call For a Realist Jurisprudence” y “Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound.”

R
E
L
E
V
E
N
D
O

jurídico, manifestando incluso sus simpatías por las intenciones de la nueva "escuela", Pound desplegaba una serie de críticas muy duras a lo que él consideraba sus postulados fundamentales, aunque en ningún momento hacía citas ni menciones de autores concretos a quienes se pudieran atribuir tales deficiencias. Finalmente, adoptando un tono claramente paternalista que no hizo sino irritar más a Llewellyn y Frank, Pound proponía a los jóvenes juristas un programa realista a desarrollar. La respuesta no se hizo esperar. Llewellyn solicitó inmediatamente al director de la *Harvard Law Review* la reserva de un espacio en el siguiente número de la revista para contestar a las acusaciones del decano. Y con la ayuda de Frank, aunque éste finalmente rehusó firmar como coautor del trabajo, redactó "Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound".

Hasta el momento en que se desata esta polémica ni siquiera existía una etiqueta o denominación general que identificara a los seguidores de los nuevos planteamientos jurídicos. Es cierto que el propio Llewellyn, en un trabajo de 1925, cuando era profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, hablaba ya de la emergencia de una *realistic jurisprudence* refiriéndose al nuevo movimiento, pero este trabajo nunca llegó a ver la luz⁸. Por otra parte, como el propio Llewelyn reconoce en su artículo de 1931, no todos los autores englobados bajo esta rúbrica estaban de acuerdo con la misma. Así sucederá incluso con el propio Frank, quien en ocasiones hablará de "jurisprudencia experimental" o de "escepticismo jurídico constructivo" como denominaciones alternativas a la, a su juicio, desafortunada etiqueta de "jurisprudencia realista" (Frank, 1973: 216).

1. ¿Quiénes son los realistas?

A lo largo de este debate, entre 1930 y junio de 1931, Llewellyn (en algunos casos con la ayuda de Frank) llegó a confeccionar hasta cinco listados distintos de realistas, que diferían entre sí -en algunos casos sustancialmente- tanto en el número de componentes como en sus nombres (Hull, 1997: 343-346). Estos desconcertantes vaivenes en el número y la identidad de los integrantes del movimiento vienen motivados fundamentalmente por la indeterminación del artículo de Pound en cuanto a los destinatarios de sus críticas. En el mismo no se citaba ni mencionaba específicamente a ningún autor. Por eso, al objeto de preparar su respuesta, Llewelyn elaboró diversas relaciones de nombres que fue sometiendo a la consideración del decano de Harvard, inquiriéndole si esas eran las personas a quienes se refería en su artículo. Pero Pound, más allá de alguna mención específica aislada, siempre rehusó aclarar dicha cuestión, respondiendo con evasivas a los requerimientos de su interlocutor.

Entrando en el análisis de los listados, lo primero que llama la atención son las sorprendentes variaciones en cuanto al número de integrantes del movimiento, que va desde los 13 contenidos en la lista más escueta hasta los 44 de la más generosa.

a) En su artículo de 1930 Llewellyn recogía los nombres de 16 realistas.

b) En una carta a Pound, de 17 de marzo de 1931, únicamente sugería 13 nombres y solicitaba a aquel que le informase acerca de a quiénes más debía añadir a la lista.

⁸ Cabe reseñar que ese mismo año, Pound, en un capítulo de la obra colectiva *The History and Prospects of the Social Sciences*, habla también de "realistas", aunque refiriéndose en este caso no a la generación de profesores a la que Llewellyn pertenece sino a los propios partidarios de la jurisprudencia sociológica. En concreto, dirá que estos son, filosóficamente hablando, o bien positivistas, o bien "neo-realistas".

c) Apenas diez días más tarde, el 27 de marzo de 1931, en una memoria elaborada por Llewellyn y Frank, se señalaban 19 nombres.

d) El 6 de abril de 1931, Llewellyn escribió una segunda carta a Pound en la que dividía a los realistas en tres categorías (“realistas que habían adoptado posiciones extremas”, “realistas íntegros, pero más moderados” y “realistas en alguna parte de su obra”) y llegaba a mencionar hasta 44 nombres.

e) Finalmente, en el artículo de respuesta a Pound, reducía los realistas a 20 nombres.

Comparando las distintas relaciones de nombres contenidas en las cinco listas, lo más llamativo es que sólo hay seis que aparecen en todas: Charles C. Clark, William O. Douglas, Leon Green, Samuel Klaus, Underhill Moore y Hessel Yntema.

Además de estos seis, de los que aparecían en la primera lista, sólo tres vuelven a aparecer nuevamente (en la gran lista de 44 nombres, del 6 de abril de 1931) mientras que los siete restantes -entre los que se hallaban el magistrado del Tribunal Supremo Louis Brandeis y el sociólogo del Derecho austriaco Eugen Erhlich- no se vuelven a mencionar en ninguna.

En la segunda lista -la contenida en la carta a Pound de 17 de marzo de 1931-, además de los seis nombres ya señalados que se repiten en todas, aparecen siete nuevos que a partir de este momento ya se recogerán en todas las posteriores: Jerome Frank, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook, Max Radin, Arthur L. Corbin, Wesley Sturges y el propio Karl Llewellyn. En esta carta, Llewellyn informaba a Pound de su intención de revisar las obras de estos trece autores para contestar a las críticas vertidas por aquél en “The Call for a Realistic Jurisprudence” y le preguntaba directamente si tales críticas se referían a estos hombres. Pound -en lo que constituye la única mención por su parte de nombres específicos- se limitó a contestar que no se había referido a algunos de ellos, “por ejemplo, a Clark”, pero sí a Bingham y a Lorenzen.

La tercera lista, de 19 nombres, se componía de los ya consabidos seis comunes a todas, los siete comunes a las listas 2-5 y seis adicionales, de los que cuatro aparecerán ya en todas las listas posteriores y otros dos sólo en la lista 4. Los cuatro adicionales que aparecerán en las dos listas restantes son: Joseph Bingham, el juez Joseph C. Hutcheson, Edwin W. Patterson y Leon A. Tulin. Y los dos que sólo volverán a repetirse en la lista 4 son Thurman Arnold y Walton Hamilton.

En cuanto a la carta en la que Llewellyn, a partir de la clasificación de los realistas en tres categorías distintas, proponía la atípica lista de 44 nombres, fue contestada por Pound rechazando categóricamente aquella clasificación propuesta. Poniendo el acento especialmente en la tercera de las categorías, la relativa a aquellos que eran “realistas en alguna parte de su obra”, Pound advertía a Llewellyn de que todos los que en aquel momento estaban trabajando en cuestiones de teoría general del Derecho podrían ser considerados realistas.

Finalmente, la quinta, de 20 hombres, estaba compuesta por los seis comunes a todas, los siete comunes a las listas 2-5, los mencionados Bingham, Hutcheson, Patterson y Tulin, y, además, Joseph Francis, Ernest Lorenzen y T. R. Powell. Estos tres últimos sólo habían aparecido previamente en la cuarta lista.

2. Los principios fundamentales del realismo jurídico americano

En su artículo de 1931, Llewellyn fijará definitivamente para el futuro los puntos comunes del nuevo movimiento. Pero ésta no era la primera vez que intentaba sistematizar los postulados fundamentales realistas. En el mismo trabajo no publicado de 1925, en el que aparecía primera vez la denominación de *realistic jurisprudence*, ya enunciaba siete puntos que, a su juicio, expresaban claramente cómo “el cambio de énfasis desde las normas y los preceptos hacia los efectos del Derecho nos ha llevado desde el estudio de las palabras al estudio de los hechos” (*Ibid:* 140)⁹.

Estos puntos, redactados de manera esquemática, eran los siguientes:

- a) Estudio de las consecuencias sociales reales de las instituciones y doctrinas jurídicas.
- b) Estudio sociológico preparatorio de la legislación.
- c) Estudio de los medios para conseguir que las normas sean efectivas en su acción.
- d) Estudio del método jurídico.
- e) Una historia jurídica sociológica; estudio de los antecedentes y los efectos sociales de las normas, doctrinas e instituciones jurídicas en el pasado, y de cómo se han producido estos efectos.
- f) Reconocimiento de la importancia de la aplicación individualizada de las normas jurídicas.
- g) En los países anglo-parlantes, un Ministerio de Justicia (Llewellyn nunca explicó la relación entre la existencia de este Ministerio y los presupuestos del realismo jurídico).

En esta relación -dejando de lado el sorprendente punto g)- ya se recogen algunos de los principios que vendrán señalados en el artículo de 1931 como “los rasgos característicos del movimiento”:

1. La concepción del Derecho en flujo, del Derecho móvil y de la creación judicial del Derecho.
2. La concepción del Derecho como un medio para un fin, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en flujo, y en un flujo característicamente más rápido que el del Derecho.
4. El divorcio temporal entre el “Ser” y el “Deber ser” a efectos del estudio del Derecho.
5. Desconfianza en la capacidad de las normas y los conceptos jurídicos tradicionales para describir lo que hacen los tribunales y la gente.
6. Desconfianza en la teoría de que las normas prescriptivas son el factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales.
7. La creencia de que vale la pena agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas que las que se han utilizado en el pasado.
8. Insistencia en la evaluación de cualquier parte del Derecho en función de sus efectos.

⁹ Citando el trabajo de Llewellyn “New Trends in Jurisprudence”.

9. Insistencia en un ataque sostenido y programático de los problemas jurídicos según estas líneas.

De estos nueve puntos, como ha señalado Sánchez Díaz, los relativos al divorcio temporal entre el Ser y el Deber Ser (4) y a la evaluación del Derecho en función de sus efectos (8) "representan la posición metodológica básica del realismo jurídico americano" (Sánchez Díaz, 2002). Los demás se conectan con éstos de alguna forma. Si el Derecho ha de verse tal como es en realidad, y no como debiera ser, entonces hay que reconocer su carácter móvil (1) -aunque no lo sea tanto como la propia sociedad (3)-, de manera que no puede haber una total correspondencia entre lo que disponen las normas jurídicas y lo que hacen realmente los tribunales y la gente (5 y 6). Por otro lado, si el Derecho es un medio para conseguir determinados fines sociales (2), entonces es claro que debe ser evaluado en función de sus efectos, es decir, en función de su capacidad para alcanzar dichos fines (8). Pero para conocer esos efectos es preciso recurrir a la observación empírica y al estudio de los hechos, olvidándonos temporalmente de los ideales jurídicos (4), así como descomponer los conceptos jurídicos en categorías más reducidas que se correspondan más ajustadamente a la realidad y puedan describirla de manera más fiel (7).

Como reconoce el propio Llewellyn, en realidad no hay nada nuevo u original en estos puntos de partida, más allá de esa voluntad decidida de afrontar de manera sistemática, constante y programática cualquier problema jurídico conforme a dichos presupuestos metodológicos (9). En este sentido, el realismo no hará sino desarrollar hasta sus últimas consecuencias las preocupaciones y los principios que ya habían sido afirmados por Holmes o por el propio Pound sobre el trasfondo del pensamiento filosófico pragmatista.

186

III. Las preocupaciones centrales del realismo

En lo que se refiere a la concepción de la experiencia jurídica, resulta central su concepción instrumental del Derecho como un medio para la consecución de determinados fines sociales y, en consecuencia, su afirmación de la necesidad de evaluar cualquier parte del Derecho en función de sus consecuencias. Aquí, en general, los realistas se sentirán mucho más próximos al escepticismo de Holmes que a la confianza optimista de Pound en la posibilidad de elaborar una "ingeniería social" que suministre un esquema objetivo y omnicomprendible de ordenación de las innumerables y conflictivas aspiraciones y demandas sociales. Tanto Holmes como los realistas desconfiaron de toda pretensión sistemática de encerrar en fórmulas o esquemas generales pre establecidos la inabordable riqueza de una experiencia caleidoscópica. Además, el acusado entendimiento hermenéutico de la realidad, característico de los realistas, les impedía aceptar el pretendido carácter plenamente racional y objetivo de tales esquemas. Estas notables diferencias llevaron incluso a Pound a denunciar airadamente que el realismo constituía "una filosofía de la rendición" -*give-it-up philosophy*- (Pound, 1940: 29).

Sin embargo, el escepticismo del realista no es en ningún caso el escepticismo del diletante o del resignado, sino la expresión de una actitud atlética, que mueve a la formulación de continuos ensayos tentativos en la búsqueda de vías cada vez más eficaces de conocimiento y acción. En este sentido, la posición del realismo se halla en consonancia con la lógica experimental y flexible de John Dewey, y con su modelo de pensamiento como un proceso constantemente abierto y evolutivo. La lógica del Derecho se presenta así como "una lógica de predicción de probabilidades antes que una de deducción de certidumbres" (Dewey, 1940: 26).

Una lógica carente de seguridades a priori, de carácter tentativo, cuyos resultados deben estar constantemente sujetos al método empírico del ensayo y el error en el contexto de una realidad en constante proceso de transformación¹⁰. Los presupuestos del razonamiento jurídico, lejos de entenderse como dogmas pre establecidos, se convierten así en programas de acción tentativamente formulados que deben ser constantemente evaluados en función de sus consecuencias.

Incluso las normas jurídicas son consideradas por el realista como expedientes prácticos cuyo valor es fundamentalmente instrumental, expedientes que habrán de ser estimados valiosos en la medida en que sirvan para promover los fines e ideales socialmente asumidos como deseables. Por ello mismo siempre tienen un carácter relativo, provisional¹¹. Como dirá Frank (1970: 105), el Derecho se configura así como "una serie de experimentos, de aventuras en el ajuste de las relaciones humanas y el compromiso en los conflictos humanos". Se trata de un material flexible, maleable, que exige del jurista un continuo esfuerzo creativo en la formulación de nuevas propuestas tentativas más eficaces en la resolución de los problemas sociales. Con esta mentalidad, no resulta extraño que el realismo jurídico sintonizara perfectamente con el espíritu del *New Deal*, razón por la cual diversos integrantes del movimiento -Jerome Frank, William Douglas, Thurman Arnold, Herman Oliphant, Wesley Sturges, Walton Hamilton y Felix Cohen- participaron con entusiasmo en la puesta en práctica de diversos proyectos legislativos y reformistas alentados por la administración Roosevelt¹².

El colapso sufrido por la economía norteamericana en los albores de la década de los treinta, con la disminución del PIB en un cincuenta por ciento, el cierre de bancos, la quiebra de numerosas industrias, una tasa de desempleo próxima al venticinco por ciento, y la consecuente depresión social, amenazaban seriamente el funcionamiento del propio sistema democrático. Los viejos principios individualistas del *laissez faire*, que constitúan los presupuestos fundamentales sobre los que se asentaba el *Common Law*, se mostraban entonces incapaces de ofrecer soluciones a una crisis de la que, en buena parte, ellos mismos eran responsables. En medio de este cataclismo político, económico y social, eran muchos los realistas que consideraban que "la experimentación es una necesidad imperativa" (Frank, 1934: 1068). En este período de efervescencia, y en buena medida de improvisación, la flexibilidad y la creatividad inherentes en la perspectiva pragmática del realismo jurídico hicieron del abogado realista un elemento imprescindible en la formulación de principios tentativos de actuación gubernamental, así como en la superación de los obstáculos jurídicos opuestos a las reformas por diversos sectores¹³.

¹⁰ Cfr., como muestra, Frank (1934: 1063, 1067)

¹¹ En este sentido ya afirmaba Dewey (1940; 26) que "las normas jurídicas generales y los principios son hipótesis de trabajo que necesitan ser constantemente testadas según su funcionamiento en aplicación a situaciones concretas".

¹² Al respecto afirma Frank (1934: 1006): "En muchos aspectos, aquellos que simpatizan (admitidamente o no) con la jurisprudencia experimental han encontrado fácil trabajar para el *New Deal*. No es solamente porque sean menos Procuestanos y más flexibles en sus técnicas. Es porque las instituciones y los instrumentos jurídicos son constantemente vistos por ellos como artificios humanos a ser juzgados por sus consecuencias humanas cotidianas (...) Consecuentemente, los experimentalistas están estimulados por la oportunidad de ayudar a idear nuevas agencias gubernamentales a ser utilizadas experimentalmente como medios para conseguir mejores resultados en agricultura, industria, condiciones laborales, fiscalidad, reorganización industrial, finanzas municipales, auxilio al desempleo y una multitud de otras materias."

¹³ Sobre la afinidad existente entre el espíritu experimental del *New Deal* y el realismo jurídico, así como el papel fundamental desempeñado por el abogado realista como estratega del nuevo orden cfr. Glennon (1985: 70-89)

Precisamente, el desarrollo del programa legislativo del *New Deal* supuso transformaciones sustanciales en el panorama jurídico en sintonía con los postulados realistas. La puesta en práctica del complejo proceso de armonización de los principios clásicos de libertad contractual y libre iniciativa empresarial, orientados a la persecución del beneficio personal, con la necesaria intervención gubernamental, dirigida a asegurar el interés general, fue protagonizada sobre todo por una incipiente red de organismos administrativos dotados de amplia autonomía funcional. Estos órganos, constituidos por especialistas en el sector económico correspondiente y un equipo jurídico, no sólo gozaban de poderes legislativos delegados en el ámbito competencial fijado por el legislativo federal, sino que además disponían de amplias facultades de control y fiscalización de las actividades de las empresas e, incluso, del poder de iniciar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de sus regulaciones, aunque sus decisiones estaban sujetas a revisión por los tribunales ordinarios.

Estos poderes exorbitantes en el ámbito del *Common Law*, que suponen el alumbramiento de un derecho administrativo diferenciado del hasta entonces omnicomprendido Derecho privado, comportaban una alteración radical de concepciones jurídicas profundamente arraigadas en el espíritu americano¹⁴. No era de extrañar, pues, la airada oposición que suscitaron en amplios sectores de la profesión jurídica, con el propio Pound a la cabeza, que no dudaron en tachar la actuación de estos organismos, y de los realistas que les capitaneaban, de discrecionalidad y absolutismo administrativo. (Pound, 1940: 1-28)

Como ponía de manifiesto el propio papel de los realistas en la instrumentación de las reformas legislativas, su concepción instrumental del Derecho reclamaba un enfoque interdisciplinar. La política, la economía, la historia o la sociología se presentan para el realista como instrumentos indispensables de conocimiento jurídico. Y por ello reclamará una revisión profunda de los métodos de estudio jurídico. De hecho, el ámbito de la enseñanza jurídica fue precisamente uno de los primeros en recibir el impacto de los nuevos planteamientos realistas. Estos encontraron pronto un amplio eco en las universidades de Yale y Columbia, cuyas Facultades de Derecho -entonces afirmándose como las principales rivales de la conservadora Harvard de Pound- emprendieron cambios inmediatos en sus *curricula* y en sus métodos pedagógicos.

Una de las innovaciones más notables alentada por el realismo fue la introducción en el programa académico de esas universidades de materias tales como la ciencia política, la historia, la economía y la sociología, lo que abrió las puertas de sus facultades de Derecho a destacados científicos sociales del momento. Además, el *case method* fue sometido a una revisión en conformidad con los dictados realistas. Las selecciones jurisprudenciales comenzaron a recoger, no ya solamente la sentencia dictada por el tribunal de apelación, sino el expediente completo del caso seleccionado. Además, la presentación de cada caso iba acompañada de un amplio material informativo de carácter extrajurídico, que incluía teorías o hechos económicos y sociales, prácticas mercantiles relevantes,

¹⁴ En este sentido afirma T. Arnold (1957: 636): "Según las concepciones jurídicas aceptadas del tiempo, la acción gubernamental estaba destruyendo derechos de propiedad; privando a la mano de obra del derecho común a competir por trabajos a bajos salarios; invadiendo el territorio admitido de las grandes organizaciones empresariales; violando la base jurídica fundamental para la tributación; estaba abandonando la concepción de libertad construida por la constitución y el *Common Law*."

acotaciones de trabajos de psicología, estadísticas, o cualquier otra documentación que pudiera ayudar a obtener una mejor comprensión del problema a dilucidar¹⁵.

Por último, esta nueva forma de pensar el Derecho tuvo su reflejo también, y fundamentalmente, en una concepción diferente de la función judicial. Ya se ha señalado cómo Holmes fue el primero en poner de relieve cómo el razonamiento jurídico implicaba siempre en último término la emisión de un juicio de valor, una elección entre fundamentos legislativos contrapuestos. Se desafiaba así la vigente teoría declarativa de la función judicial, que concebía ésta como una operación estrictamente lógico-deductiva de subsunción de los hechos del caso particular en conceptos y proposiciones normativas generales. El realismo jurídico culminaría este proyecto sometiendo a un ataque sistemático los presupuestos sobre los que se asentaba esa concepción “mecánica” -tal como la etiquetó Pound de manera peyorativa- del razonamiento judicial.

Este es el blanco de ataque central del movimiento realista. En mi opinión, el realismo ha de entenderse, sobre todo, como una teoría (fundamentalmente crítica) de la adjudicación o aplicación judicial del Derecho. Su objetivo prioritario fue la demolición de esta concepción mecánica de la función judicial. Y es desde esta perspectiva desde la que cobra todo su sentido el enfoque predictivo adoptado por el movimiento, asumiendo el punto de vista del *bad man* holmesiano como punto focal estratégico predilecto para la adecuada observación y análisis de la conducta judicial (Solar Cayón, 2005: 90-92). Observación y análisis que requiere el abandono de todo ideal para centrarse en la descripción del proceso real de toma judicial de decisiones. Este análisis contribuirá a sacar a la luz toda una serie de factores extranormativos que pueden incidir efectivamente en ese proceso pero que la teoría tradicional había ignorado.

189

Frente al carácter silogístico-deductivo del razonamiento judicial defendido por el pensamiento jurídico clásico y también, pese a sus críticas iniciales, asumido finalmente por Pound -al menos en relación a determinados sectores del ordenamiento jurídico¹⁶- los realistas se afanaron en poner al descubierto precisamente aquellos elementos que hacen del proceso judicial, al menos en cierta medida, un proceso “impresionista, idiosincrásico, informal e intuitivo” (White, 1972: 1013). Este es otro motivo que explica el enfrentamiento entre Pound y los realistas. Todos los esfuerzos de éstos irán encaminados a mostrar cómo, debido a la influencia de aquellos elementos extranormativos, aquella concepción silogística no proporciona certeza, es decir, no permite predecir con exactitud el resultado del litigio. De ahí la proclamada desconfianza realista sobre la veracidad de la afirmación tradicional de que las normas jurídicas son el único factor determinante de las decisiones judiciales y, en consecuencia, sobre la capacidad de aquellas para describir adecuadamente lo que los tribunales realmente hacen.

¹⁵ Para una información más amplia de las innovaciones pedagógicas propugnadas en general por el realismo cfr. Rumble (1968: 24-25). Aunque es preciso señalar también que dada la abrupta “desaparición” del movimiento tras la segunda guerra mundial, en buena medida su impulso crítico y reformador del sistema pedagógico pronto se convertiría, en palabras de Posner (2002), simplemente en un recuerdo de “un desarreglo temporal en el por otra parte plácido discurrir de la enseñanza jurídica.” Hoy, sin embargo, señala el propio Posner, la enseñanza jurídica en Estados Unidos ha experimentado un nuevo impulso reformador que se caracteriza precisamente por una profundización en los enfoques interdisciplinarios de la experiencia jurídica. Impulso que, en buena medida, ha sido propiciado por el movimiento de los *Critical Legal Studies*, heredero en muchos aspectos del espíritu realista.

¹⁶ Cfr. Pound (1923: 824-825).

Dentro de estas coordenadas generales, la mayoría de los integrantes del grupo se limitaron al análisis de los diversos factores de indeterminación normativa, es decir, de aquellos elementos de incertidumbre que afectan a la premisa mayor del razonamiento judicial: los márgenes en la interpretación, la indeterminación de la *ratio decidendi* de los precedentes judiciales, la competencia entre precedentes contrapuestos... Para estos autores, que Frank denominó *rule skeptics*, el silogismo no puede funcionar en consecuencia como esquema predictivo debido a que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas guías o criterios suficientemente fiables de predicción. Otros realistas, liderados por Frank, fueron más allá y procedieron, de forma pionera, a estudiar el complejo proceso de formación de la premisa fáctica del razonamiento judicial con el objeto de desvelar los distintos factores de indeterminación presentes en la construcción de los hechos del caso. Surge así el grupo de lo que Frank denominó el *fact skepticism*, que constituye el ala más radical del realismo jurídico¹⁷.

Esta crítica de la concepción tradicional de la función judicial, que puso de manifiesto la subjetividad implícita en los procesos de toma de decisión, y por tanto la importancia del factor personal en la aplicación del Derecho¹⁸, sirvió a los realistas para denunciar el discutible papel que los tribunales del país, especialmente el Tribunal Supremo, estaban jugando al invalidar las reformas legislativas impulsadas por la administración Roosevelt, y aprobadas por la mayoría parlamentaria, refugiándose en una concepción que presentaba las sentencias como el resultado lógicamente ineludible de una serie de deducciones inexorables realizadas a partir de una serie de premisas preestablecidas y consideradas objetivamente correctas. La crítica del realismo en este ámbito no se mantuvo, por tanto, únicamente en un plano estrictamente lógico sino que se extendió también al plano ideológico: el Tribunal Supremo, lejos de limitarse a realizar una operación puramente aséptica de aplicación de las categorías jurídico-constitucionales, estaba suplantando subrepticiamente la voluntad democrática de los ciudadanos expresada a través de sus representantes políticos¹⁹.

Bibliografía

- ARNOLD, T. (1957), "Judge Jerome Frank", *The University of Chicago Law Review*, Vol. XXIV, pp. 663-687.
- DEWEY, J. (1925), "Logical Method and Law", *The Cornell Law Quarterly*, Vol. 10, pp. 27-26.
- DEWEY, J. (1960), *The Quest for Certainty*, Capricorn Books, G. P. Putnam's Sons, New York.
- FRANK, J. (1934), "Realism in Jurisprudence", *The American Law School Review*, Vol. VII, pp. 1063- 1069.
- FRANK, J. (1949), "Legal Thinking in Three Dimensions", *Syracuse Law Review*, Vol. I, Núm. 1, pp. 9-25.
- FRANK, J. (1970), *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester.
- FRANK, J. (1973), *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton.

¹⁷ Esta división de los realistas entre *rule skeptics* y *fact skeptics*, que sin duda ha hecho fortuna, fue introducida en Frank (1949: 10-11).

¹⁸ Para una exposición de los análisis de J. Frank y de K. Llewellyn de la función judicial y, más específicamente, de la importancia del factor humano en la adjudicación, cfr. Solar Cayón (2005: 85 – 207) y Sánchez Díaz (2005: 243-327).

¹⁹ Sobre este asunto cfr. Solar Cayón (2002: 115-144).

- GARCÍA RUIZ, L. (2002), *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada.
- GLENNON, R.J. (1985), *The Iconoclast as Reformer. Jerome Frank's Impact on American Law*, Cornell University Press, Ithaca/Londres.
- HOLMES, O. W. (1899), "Law in Science and Science in Law", *Harvard Law Review*, Vol. XII, Núm. 7, pp. 443-463.
- HOLMES, O.W. (1991), *The Common Law*, Dover Publications, Inc., New York.
- HULL, N.E.H. (1997), *Roscoe Pound and Karl Llewellyn – Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, Londres.
- JAMES, W. (1985), *Pragmatismo*, Orbis, Barcelona.
- LLEWELLYN, K. N., "Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Núm. 8, pp. 1222-1264.
- LLEWELLYN, K.N. (1930), "A Realistic Jurisprudence - The Next Step", *Columbia Law Review*, Vol. 3, pp. 431-465.
- MENAND, L. (2002), *El Club de los metafísicos*, Destino, Barcelona.
- PAUL, J. (1959), *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague.
- PEIRCE, C.S. (1988), "Cómo esclarecer nuestras ideas", en PIERCE, C.S., *Un hombre, un signo*, Crítica, Barcelona.
- POSNER, R.A. (2002), "Legal Scholarship Today", *Harvard Law Review*, Vol. 115, Núm. 5, pp. 1314-1326.
- POUND, R. (1908), "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, Vol. 8, pp. 605-623.
- POUND, R. (1918), "Juristic Science and Law", *Harvard Law Review*, Vol. XXXI, Núm. 8, pp. 1047-1063.
- POUND, R. (1923), "The Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, Vol. XXXVI, Núm. 6, pp. 940-959.
- POUND, R. (1931), "The Call For a Realist Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Núm. 5, pp. 697-711.
- POUND, R. (1938), "Fifty Years of Jurisprudence (IV)", *Harvard Law Review*, Vol. LI, Núm. 5, p. 777-812.
- POUND, R. (1940), "The Possibility of a Measure of Values", en POUND, R., *Contemporary Juristic Theory*, Ward Ritchie Press, Claremont Colleges.
- POUND, R. (1943), "A Survey of Social Interests", *Harvard Law Review*, Vol. LVII, Núm 1, pp. 1-39.
- POUND, R. (1945), "A Survey of Social Interests", *Harvard Law Review*, Vol. LVIII, Núm 7, pp. 909- 929.
- POUND, R. (1987), "My Philosophy of Law", en AA. VV., *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Fred B. Rothman & Co., Littleton, pp. 228-249.
- POUND, R. (1993), "Law in Books and Law in Action", en FISHER, W.W., HORWITZ, M.J. y REED, T.A. *American Legal Realism*, Oxford University Press, Oxford.
- RUMBLE, W.E. (1968) *American Legal Realism. Skepticism, Reform and the Judicial Process*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- RUSSELL, B. (1994), *Historia de la filosofía occidental*, Vol. II, Espasa Calpe, Madrid.
- SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. (2002), *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Comares, Granada.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2005), *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2012), "Holmes: el inicio de una nueva senda jurídica, estudio preliminar a O. W. Holmes", *La senda del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2002), *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Dykinson, Madrid.

- SUMMERS, R.S. (1982), *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca.
- WHITE M.G. (1949), *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, Beacon Press, New York, 1949.
- WHITE, G.E. (1972), "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America", *Virginia Law Review*, Vol. 58, Núm. 6, pp. 999-1028.

RELEVENDO

Karl N. Llewellyn:

Algo de realismo sobre el realismo – Respondiendo al Decano Pound¹

La agitación se propaga en el Derecho. La esfera de interés se amplía; los hombres se interesan de nuevo por la vida que se agita alrededor de los asuntos jurídicos. Antes que las reglas estaban los hechos; en el comienzo no era una Palabra sino una Acción. Detrás de las decisiones se encuentran los jueces; los jueces son hombres; como hombres, tienen trasfondos humanos. Más allá de las normas, de nuevo, están sus consecuencias: más allá de las decisiones se encuentran las personas a quienes las normas y las decisiones, directa o indirectamente, afectan. El campo del Derecho se extiende más allá y más acá del Derecho Sustantivo de la academia y de la doctrina. La esfera de interés se está ampliando; y del mismo modo, también, el alcance de la duda. *Más allá de las normas están sus consecuencias*, pero ¿las tienen? Algunas normas ¿no son simple papel? Y si tienen consecuencias, ¿cuáles son esas consecuencias? Rumores, conjeturas sin ningún fundamento, suposiciones o afirmaciones no verificadas: ¿podemos confiar en tales elementos para saber lo que el Derecho está *haciendo*?

La agitación es propia del momento. A finales de siglo el Derecho académico amenazaba con quedar reducido a palabras -plácido, aparentemente nítido, sin vida, como un viejo canal-. La práctica seguía discurriendo, turbia, turbulenta, vigorosa. Ahora está desparramándose, inundando el canal de palabras estancadas. Trae agitación y problemas. También en otros campos del pensamiento se han derramado las aguas: el énfasis sobre la conducta en las ciencias sociales; el impulso hacia la integración; la revisión por parte de los físicos de sus premisas últimas; el desafío de la guerra y de la revolución. Esto agita. Agita el Derecho. Los intereses de la práctica demandan atención. Nuevos métodos de trabajo, desconocidos para los abogados, se incorporan junto a las técnicas tradicionales. Las mismas técnicas tradicionales son revisadas, verificadas empíricamente, despojadas de algunas confusiones. Y siempre hay esta incansable pregunta: ¿qué diferencia provoca esta ley, norma o decisión judicial?

Se cuestiona si esta agitación es una sola cosa o son veinte; si es una, comprende veinte cosas en una. Pero está aquí. Se expande. No es mero charloteo. Arroja resultados, resultados suficientes a lo largo de la década pasada como para demostrar su valor.

Y quienes se hallan implicadas son personas de modestos ideales. Quieren que el Derecho trate -y ellos quieren tratar- con cosas, con gente, con tangibles, con tangibles *concretos* y relaciones *perceptibles* entre tangibles concretos, no sólo con palabras; cuando el Derecho trate con palabras, quieren que las palabras representen tangibles accesibles debajo de las palabras y relaciones perceptibles entre esos tangibles. Quieren verificar empíricamente las ideas, las normas y las fórmulas, mantenerlas próximas a los hechos. Ven las normas y el Derecho como medios para obtener fines, sólo como medios para obtener fines, teniendo sentido

* Traducción de José Ignacio Solar Cayón. LLEWELLYN, K. N., "Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. XLIV, Núm. 8, pp. 1222-1264.

¹ Jerome Frank no me dio permiso para que su nombre figurase como coautor de este trabajo por la única razón de que fue mi mano la que empuñó la pluma. Pero su generosidad no altera el hecho de que el artículo no podría haber sido escrito sin su ayuda. En consecuencia, escribo las primeras secciones, en reconocimiento parcial, como "Nosotros", queriendo decir con ello Frank y yo. En la descripción de los realistas vuelvo a la primera persona del singular, en parte porque cualquier alineamiento de obras tan distintas se halla teñido de influencias subjetivas, en parte porque cualquier redacción que pareciera sugerir una escuela que no existe sería desafortunada.

únicamente en la medida en que son medios para obtener fines. Sospechan, viendo al Derecho moverse lentamente y a la vida moverse rápidamente a su alrededor, que parte del Derecho puede haber perdido el contacto con la vida. Esta es una cuestión, en primera instancia, de hecho: ¿qué *hace* el Derecho a la gente, o por la gente? En segunda instancia, es una cuestión de fines: ¿qué *debe* hacer el Derecho a la gente, o por la gente? Pero no puede alcanzarse una conclusión acerca de si una parte específica del Derecho actual hace lo que debe hacer hasta que se pueda responder primero a la pregunta sobre lo qué está haciendo ahora. Entender esto, e ignorar la respuesta, es comenzar con la agitación, es comenzar a intentar averiguar la respuesta.

Todo esto es -decimos- un punto de vista candoroso, y a menudo filosóficamente ingenuo, aunque tiene suficientes elementos de sofisticación intelectual. Niega muy poco, salvo la completud de las enseñanzas que nos han sido trasmitidas. Sabe demasiado poco como para cuidarse de negar mucho. Afirma la ignorancia. Afirma la necesidad de conocer. Su llamada es en favor del esfuerzo intelectual para diseccionar viejas normas, viejos conceptos, y obtener una visión actual de las cosas. No es un punto de vista nuevo; es tan viejo como el hombre. Pero su redescubrimiento en cualquier época, por cualquier hombre, en cualquier disciplina, es motivo de alegría.

Hablad, si queréis, de una “teoría jurídica realista”. Y puesto que los trabajadores individuales que constituyen las células de esta agitación pregonan sus mercancías, consideran positivos sus resultados, ven la necesidad de que haya más trabajadores y más resultados, hablad, si queréis (como ha hecho el Decano Pound) de una *Llamada en favor de una teoría jurídica realista*². Si quienes avanzan insisten en avanzar más, ahí está esa llamada. Pero es una llamada que se apoya tanto en el trabajo hecho como en el trabajo por hacer, tanto en la experiencia como en la esperanza, tanto en alguna parte del experimento pasado que se mostró útil como en la sentida necesidad de ulterior experimentación.

El Decano Pound ha hablado de la llamada y la agitación. Una parte de su discusión exige inmediatamente nuestra atención. Él daba la bienvenida a esta agitación. La describía. Parecemos reconocernos en los términos generales en los que él describía a los agitadores: “la venidera generación de profesores de Derecho americanos”³, “nuestros más jóvenes profesores de Derecho” que insisten en una teoría jurídica realista⁴; “los nuevos realistas jurídicos”⁵; “la nueva escuela... el presente realismo jurídico”⁶. En estas denominaciones generales, decimos, parecemos reconocernos (excepto en lo de “escuela”). Había atributos más específicos que también suscitaron una reacción positiva: “Por realismo ellos quieren decir fidelidad a la naturaleza, registro preciso de las cosas tal como son, en contraste con las cosas tal como se imagina que son, o se desea que sean”⁷. “Insistentes... en comenzar con una recopilación objetivamente científica de los hechos”⁸. “La explicación psicológica del papel de la razón en la conducta humana, del nivel al que las supuestas razones vienen después de la acción como explicaciones en lugar de antes de la acción como factores determinantes de la misma, ha causado una profunda impresión sobre la naciente generación de juristas”⁹. “Mirando hacia los preceptos, las doctrinas y las instituciones por

² *Harvard Law Review* (1931) 44, p. 697.

³ *Id.*, p. 697.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, y *passim*.

⁶ *Id.*, p. 701

⁷ *Id.*, p. 697.

⁸ *Id.*, p. 700.

⁹ *Id.*, p. 705.

referencia a cómo funcionan o dejan de funcionar, y por qué”¹⁰. “Hay un evidente avance en su franco reconocimiento del elemento alógico o no racional en la acción judicial que la ciencia jurídica (¿la filosofía?) del siglo XIX trató de ignorar”¹¹. Si estos eran los atributos de los “nuevos realistas”, nosotros sabíamos quienes eran. Nos alegramos de que un académico del estatus y de la perspectiva del Decano Pound encontrara muchas cosas apreciables en esa agitación. Estábamos de acuerdo con él en que era importante el contacto entre el viejo y el nuevo pensamiento.

Pero la descripción del Decano no se detenía en los puntos mencionados. Continuaba. Alrededor de los huesos que conocíamos incorporó una carne que no conocíamos. Una carne desagradable. Los nuevos realistas, o “la mayoría de ellos”, habían sido -tal como el Decano les interpretaba- culpables de un buen número de cosas de las que pensadores meticulosos no se sentirían orgullosos. El Decano Pound criticaba estas ofensas intelectuales. Y las criticaba certamente. La cuestión es una cuestión de hecho: si esas ofensas han sido o no cometidas realmente. Porque si lo han sido, los reproches del Decano son necesarios. Coged la vara y golpead al realista.

La cuestión es una cuestión de hecho. Debe ser juzgada por los hechos. Y debe ser juzgada. Cuando el Decano Pound habla sobre la ciencia jurídica, todos le escuchan. La profesión ha confiado tanto tiempo en él para descubrir, leer, asimilar, clasificar e informarse sobre juristas extranjeros y antiguos como para no confiar de nuevo en él cuando habla de aspirantes a juristas modernos y de casa. Por eso lamentamos que, extrañamente, se haya apartado en su artículo de una práctica que habitualmente ha seguido siempre¹²: la de indicar con precisión, cada vez que presentaba un punto de vista, de quién era ese punto de vista y dónde se hallaba expuesto. Dejada de lado en esta ocasión la verificación de las afirmaciones concretas, la mayoría resultaron erróneas. Y el error en la percepción o la descripción de los atributos de estos nuevos agitadores sería desafortunado. Porque “estamos ante un movimiento importante en la ciencia del Derecho y nos incumbe comprenderlo y pensar sobre él”¹³.

Nosotros hemos indagado en una serie de puntos de su descripción posterior -puntos del realismo que él no aprueba- y presentamos los resultados¹⁴. Únicamente hablamos, nótese, por nosotros mismos, y sólo de los hechos, no por los hombres cuyo trabajo hemos examinado. Las interpretaciones, los juicios y la responsabilidad son nuestras. No somos portavoces de una escuela.

El método de la investigación se expone en una nota a pie de página. Los resultados detallados se recogen en parte en un apéndice. Aquí indicamos los resultados en resumen, para aclarar algunas cosas que los realistas no son. De manera que allí se encontrará una interpretación del nuevo fermento agitador y de sus consecuencias, a modo de contraste, siguiendo unas líneas organizativas independientes de los puntos observados por el Decano.

Debe mencionarse una última cuestión preliminar. El Decano Pound fue cuidadoso al reconocer que “se puede indicar el trabajo a realizar para el progreso de una escuela sin implicar que aquellos que están comprometidos en esa tarea

¹⁰ *Id.*, p. 706.

¹¹ *Ibid.*

¹² “The End of Law as Developed in Juristic Thought” (1914) 27 *Harvard Law Review*, p. 605, y (1917) 30 *Harvard Law Review*, p. 201; “The Progress of the Law – Analytical Jurisprudence, 1914-1927” (1927) 41 *Harvard Law Review*, p. 174; *Law and Morals* (1924); *Interpretations of Legal History* (1923). *An Introduction to the Philosophy of Law* (1924) contiene sólo una bibliografía general.

¹³ POUND, *supra* nota 1, p. 697.

¹⁴ Nos reservamos una cuestión para su tratamiento en un apartado posterior del artículo: la reiterada insinuación del Decano sobre una “escuela” de realistas.

sean ignorantes de ello, o que no intenten esforzarse en ello a su debido tiempo”¹⁵. Y también al reconocer que “es injusto tomar cualquier tema, o incluso cualquier conjunto de temas, de uno o más de sus componentes y asumir que puede ser fijado como un dogma característico de la escuela en formación”¹⁶.

Sin embargo, él afirma: “hay cinco temas que pueden encontrarse tan generalizadamente en los escritos de la nueva escuela que puede estar justificado considerarlos, o al menos la mayoría de ellos, como las ideas del actual realismo jurídico”¹⁷. Los puntos de la descripción examinados aquí están tomados, con tres excepciones, de estos cinco temas o de su desarrollo detallado en el artículo de Pound.

I

El juicio iniciado a raíz de la acusación del Decano Pound no es fácil. Es una acusación general. Es general en cuanto al tiempo, al lugar y a la persona responsable de cada ofensa. No especifica a ningún ofensor por su nombre.

Tenemos las indicaciones generales mencionadas anteriormente: “nuevos realistas” y similares. Tenemos las indicaciones más específicas también señaladas. Tomadas conjuntamente reducen el grupo de referencia¹⁸. Podemos, por tanto, contrastar los temas con un muestreo razonable de los hombres a quienes se ajusta el resto de la descripción¹⁹.

¹⁵ POUND, *supra* nota 1, p. 709.

¹⁶ *Id.*, p. 700.

¹⁷ *Id.*, p. 701 (la cursiva es del autor).

¹⁸ Esperábamos que fuese más preciso. Escribimos al Decano Pound preguntándole a quiénes había tenido en mente cuando escribió su artículo. La acumulación de su trabajo en Washington y de su trabajo ordinario fue la razón por la que no entró en detalle. Mencionó específicamente tres nombres. Había tenido en mente a Bingham y a Lorenzen, pero no a C. E. Clark.

¹⁹ *El muestreo de los hombres.* Establecimos los siguientes criterios: (a) los elegidos deben ajustarse a los temas generales y específicos expuestos; (b) debe incluirse a las figuras principales de la nueva agitación; (c) para que podamos sacar a la luz la mayoría de pasajes que justifican las acusaciones que desafiamos, los elegidos deben incluir a todos aquellos que tienen reputación de haber tomado posiciones extremas; (d) debe incluirse un amplio abanico de posiciones y puntos de vista.

(1) Bingham y Lorenzen se hallan, desde luego, incluidos. (2) Añadimos a aquellos que creemos son reconocidos como figuras centrales de estímulo del nuevo fermento: C. E. Clark, Cook, Corbin, Moore, T. R. Powell, Oliphant. (3) Posteriormente añadimos a personas particularmente ruidosas en la defensa de puntos de vista nuevos o revolucionarios: Frank, Green, Radin. (4) Incorporamos a todos aquellos que han sido criticados como extremistas en alguno de los puntos mencionados por el Decano: Hutcheson, Klaus, Sturges. (5) Completamos con tantos más como el tiempo nos permite: Douglas, Francis, Patterson, Tulin, Yntema -elegidos en parte porque sus escritos han tocado explícitamente puntos teóricos y en parte porque sus escritos nos son familiares o no son demasiado voluminosos. (6) Incluimos a Llewellyn por vociferante y extremista, pero particularmente porque él, y sólo él, ha publicado una “Llamada en favor de una teoría jurídica realista” bajo esa peculiar etiqueta: “A Realistic Jurisprudence – The Next Step” (1930) 30 *Columbia Law Review*, p. 431. Esto suma veinte nombres. Sin duda hay veinte más. Pero la mitad es un muestreo correcto. Hemos repasado la lista y encontramos que sus componentes se alinean desde la derecha hasta las cuatro o cinco izquierdas imperantes. Son característicos o extremos. Publican más frecuentemente que la mayoría sobre estas materias. Si no confirmaran los puntos críticos de la descripción de Pound estaríamos seguros al afirmar que aquellos puntos no se sostienen. (A pesar de la negativa de Pound, debemos incluir a Clark. Su sed de hechos y su influencia en la investigación procesal obligan a esta inclusión. CORBIN, “The Law and the Judges” (1914) 3 *Yale Review*, p.234 y ss., es, creemos, la primera presentación madura de la actitud realista, si exceptuamos a Holmes y a Bingham. No incluimos a Frankfurter; él ha sido considerado generalmente un “jurista sociológico”, no un “realista”. Se gana poco mostrando que alguien que no es considerado un realista no se ajusta a una supuesta descripción de “los realistas”).

El muestreo de los escritos. Seleccionamos aquellos escritos que nos parecía que trataban más directamente puntos de teoría jurídica o que contenían evidencia sobre algunas de las alegaciones del Decano. Escribimos a los autores requiriendo a cada uno de ellos dónde había expresado sus sugerencias y de ese modo fuimos conducidos a un número de trabajos que, de lo contrario,

Hemos elegido veinte hombres y noventa y tantos títulos; hombres representativos y títulos pertinentes. Los hemos examinado para determinar hasta qué punto la evidencia apoya las alegaciones del Decano. Los resultados de nuestra investigación se presentan resumidos en cada punto.

LOS RESULTADOS DEL TEST

Las exposiciones de los puntos del Decano aquí realizadas se hacen *en nuestro lenguaje, no en el suyo*. Hemos intentado captar y exponer su significado lo mejor que hemos podido. Pero podemos malinterpretarlo. Lo que pretendemos ofrecer *no es, por tanto, lo que el Decano Pound quiso decir sino cómo cabe esperar que un lector razonable entienda sus palabras*²⁰.

habríamos omitido. Bingham, Clark, Corbin, Douglas, Green, Klaus, Patterson, Powell, Radin y Sturges tuvieron la generosidad de suministrarnos tales referencias, señalándonos a menudo los fragmentos específicos pertinentes. Ellos de ninguna manera son responsables de lo que decimos, o de nuestro plan organizativo. En cualquier caso, además, nosotros somos los únicos responsables de la inclusión o exclusión de los fragmentos que nos indicaron, o de cualesquiera otros de sus obras, de su clasificación y, especialmente, de los juicios generales expresados. Pero sus referencias facilitaron mucho nuestra tarea. Una lista completa de los autores y de los títulos se da en el Apéndice 1.

Procedimiento de verificación. Cada trabajo incluido en el listado, haya sido citado o no, se ha leído o releído completo para el propósito presente, al objeto de asegurarnos de que no existía evidencia en contrario y de que todo pasaje citado se hallaba en consonancia con el conjunto. Si no se dice lo contrario, los pasajes citados *contra el Decano* se hallan en sólida armonía no sólo con el conjunto del trabajo en el que se encuentran sino también con la obra del autor en general. Los pasajes citados en favor del Decano frecuentemente son injustos con sus autores, razón por la cual pedimos perdón. Los juicios relativos al tono general o al espíritu de un escrito (una cuestión que en ocasiones es muy diferente de su redacción específica) son nuestros.

Habíamos preparado para su uso en el Apéndice II la exposición -en el lenguaje del Decano Pound- de las posiciones aquí desafiadas y que, desde su punto de vista, los realistas -o muchos de ellos, o algunos de ellos- sostienen. Y bajo cada punto se ordenaba la siguiente evidencia. (a) Todos los pasajes encontrados que apoyaban la descripción del Decano. (b) Aquellos pasajes que podrían ser plausiblemente aducidos en su apoyo, así como nuestro juicio sobre aquellos escritos cuyo aroma o espíritu general podría ser plausiblemente aducido en su apoyo. En cada uno de estos casos se recogen, si se encuentran, otros pasajes del mismo autor que clarifican su posición. (c) Algunos de los pasajes que ponen de manifiesto la inexactitud de la descripción del Decano. Estos eran tantos que a menudo sólo se les citaba o incluso se omitían. Creemos no haber omitido muchos de los pasajes que verdaderamente apoyan la descripción del Decano. Estos se destacan para los lectores de nuestra tendencia. Sin embargo, los pasajes "plausibles, pero refutables" aquí ofrecidos probablemente son sólo una parte de los presentes en los materiales que hemos examinado. Los pasajes plausibles adquieren su apariencia de plausibilidad en la mente del lector. Se camuflan para quien (aunque intente encontrarlos) los colorea con el significado global del trabajo en el que se encuentran.

Como se indica en el Apéndice II, la falta de espacio impidió la impresión de todo este material. Su forma era fundamentalmente como la del Punto 11 allí expuesto, que puede servir como una muestra. Cada punto se cerró con un resumen contable de los resultados bajo las rúbricas: (a) Favorables; (b) Plausibles: (i) no refutados, (ii) refutados; (c) En contra; (d) No hallada evidencia. La categoría "No hallada evidencia" es casi tan significativa como cualquier otra: la descripción del Decano descansa expresamente sobre los escritos de los "nuevos realistas".

Fueron examinados pasajes publicados con posterioridad al 1 de febrero de 1931. Son significativos de los puntos de vista más recientes de los pensadores que queremos presentar. Tales pasajes no pueden, sin embargo, considerarse accesibles al Decano en el momento en que escribió. Se traen únicamente por razón de la fidelidad en la diagnosis de las tendencias de pensamiento.

Frank es responsable de los errores y las omisiones sobre Bingham, Green, Frank y Radin; Llewellyn de los demás.

Por último, escribimos -como escribieron los hombres cuyo trabajo estamos discutiendo- para lectores suficientemente pacientes y cuidadosos como para leer lo que se encuentra en la página. Las implicaciones gratuitas son castillos en el aire. No hay discusión con personas que insisten en inventarlas. Los realistas escriben para quienes saben leer. En primera instancia, tomamos las palabras de un escritor por lo que, bajo una razonable y cuidadosa lectura, parecen decir. Intentamos tener en cuenta de manera separada el tono general y la impresión final.

²⁰ Para conocer las palabras del Decano Pound sobre los puntos 1, 10 y 11, junto con una consideración detallada de los resultados de nuestra investigación sobre los mismos, véase el Apéndice II. Para evitar malinterpretaciones por nuestra parte pedimos permiso al Decano Pound para presentarle nuestro manuscrito, a fin de que las pudiera corregir. Sus ocupaciones, desgraciadamente,



Punto 1. Gran parte de la discusión de los realistas sobre las ideas de los jueces muestra cuáles “deben” ser tales ideas, bajo determinada teoría psicológica actual, *sin investigación de lo que la experiencia judicial registrada revela*²¹.

- (a) Favorables: tal vez Bingham, Francis e Yntema: 3;
- (b) Plausibles: ninguno;
- (c) En contra: 16;
- (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 2. Uno de los temas más comunes en los escritos de la nueva escuela es su *fe en las masas de cifras estadísticas como si tuvieran un significado por sí mismas*²².

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutado: 1;
- (c) En contra: 9;
- (d) No hallada evidencia: 10.

Punto 3. Se insiste mucho en la importancia *exclusiva* de aproximarse al Derecho por medio de una terminología precisa. Algunos realistas creen que los problemas se pueden solventar con la terminología²³.

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutados, quizás: Cook, More²⁴: 2; (ii) Refutado: 1;
- (c) En contra: 14;
- (d) No hallada evidencia: 3.

Punto 4. Un gran grupo de realistas esperan que puedan desarrollarse fórmulas estrictamente precisas y prácticas sobre el Derecho, de manera análoga a lo que sucede en la física matemática; y esperan que estas fórmulas sean operativas sin más como reglas de acción²⁵.

no se lo permitieron. De manera que existirán malinterpretaciones, puesto que en ocasiones hemos tenido tantos problemas para entender lo que el Decano quiere decir como él tiene en ocasiones para entender lo que dicen los realistas. Esto es inevitable. Las palabras se leen desde el trasfondo de cada lector, y resultan distorsionadas en consonancia.

²¹ Véase la p. 30. Desde la preparación de este trabajo Yntema ha hecho méritos para ser movido a la columna “En contra”. YNTEMA y JAFFIN, “Preliminary Analysis of Concurrent Jurisdiction” (1931) *University of Pennsylvania Law Review*, especialmente pp. 881-886. Y la evidencia interna es numerosa en esa misma dirección en relación a los tres autores nombrados.

²² Véase POUND, *supra* nota 1, p. 701, líneas 1-5, y p. 703, líneas 13-15.

²³ Véase *id.*, p. 702, primer párrafo completo.

²⁴ Los pasajes plausibles (citados en el Apéndice I) son COOK, “Scientific Method and the Law”, p. 233; “The Alienability of Choses in Action”, II, pp. 452, 461, 481 (pero cf. *ibid.*, p. 484); “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 473, 484, n. 75 (pero cf. *ibid.*, pp. 475, 479, n. 60). Plausible por parte de Moore es sólo el aroma de “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking”.

²⁵ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 702, líneas 4-5, 25-26 y último párrafo; p. 703, líneas 13-15. COOK, “The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws”: “Los postulados en cuestión contienen afirmaciones inherentemente contradictorias y, *por tanto, nunca pueden proporcionar una base satisfactoria para una doctrina razonable* en el ámbito del conflicto de leyes” (p. 380). En cierto modo, implicado en “Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life”, p. 785; y en el aspecto *descriptivo* solamente, “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”, p. 337; “Scientific Method and the Law”, p. 233; “The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws”, p. 371, n. 12; “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 457-458. En el aspecto *normativo*, cf. “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”, p. 365; “Scientific Method and the Law”, pp. 230-231; “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 485-486. Pero compárese con *ibid.*, p. 470, donde define lo que entiende por “doctrina razonable”. Y, en su contexto, incluso el pasaje

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Cook: 1; (ii) Refutado 1;
- (c) En contra: (i) Que no esperan ningún resultado *vía* técnicas estrechamente análogas a las de la física matemática: 5; (ii) Conscientes de la existencia de grandes limitaciones sobre lo que puede esperarse de los métodos cuantitativos: 4 (uno duplicado).
- (d) No hallada evidencia: 10.

Punto 5. Muchos realistas insisten en que el elemento racional en el Derecho es una ilusión²⁶.

- (a) Favorables: posiblemente Frank: 1;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Green: 1; (ii) Refutados: 4;
- (c) En contra: 13;
- (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 6. Los realistas a menudo presuponen que alguna de las teorías psicológicas en competencia es la *unum necessarium* para la ciencia jurídica²⁷. (La teoría de la racionalización es, creemos, utilizada por todos nuestros colegas. Pero ninguno de ellos la emplea como la única arma de ataque válida). Interpretamos que “teorías psicológicas en competencia” se refiere a cuerpos generales de doctrina, por ejemplo el behaviorismo o el psicoanálisis. En cuanto a esto:

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutados: 2;
- (c) En contra: 4;
- (d) No hallada evidencia: 14.

Punto 7. Muchos de los realistas tratan de ignorar la técnica, propia del common law tradicional, “de la aplicación”²⁸.

El examen revela que, más allá de la opinión, no nos encontramos aquí ante una cuestión de hecho que se pueda juzgar, puesto que parece que el Decano concibe las técnicas tradicionales fundamentalmente como técnicas *de aplicación de normas*, mientras que los realistas incluirían *todas* las técnicas tradicionales de la toma judicial de decisiones o del arte del abogado.

El análisis solamente muestra que nuestros colegas están muy interesados en el estudio de las técnicas tradicionales y que atribuyen un peso menor que el Decano Pound al aspecto de aplicación de las normas.

Punto 8. Los realistas no ven hasta qué punto la administración de justicia proporciona certeza a través de las normas y los procedimientos²⁹.

De nuevo, no aparece aquí ninguna cuestión de hecho, como opuesta a una opinión, que se pueda juzgar. El examen muestra que nuestros compañeros están

principal sólo significa que los postulados de Story fallan cuando son testados según sus propias premisas. (Citas completas en el Apéndice I)

²⁶ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 698, líneas 7-3; p. 705, líneas 4-6, últimas 5 líneas; p. 707, último párrafo, primeras tres líneas. Favorables: el aroma de FRANK, *Law and the Modern Mind* (pero cf. *id.*, pp. 37, 121, 138, 152, 169, 288, 343, 362 y especialmente 155-159; Frank repudia informalmente esa opinión y niega que sus escritos justifiquen esta clasificación). Plausibles: GREEN, *Judge and Jury*, por ejemplo pp. 145, 146, 148, 151, y su aroma.

²⁷ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 705, primer párrafo, primera frase; p. 706, lo mismo.

²⁸ Véase *id.*, p. 706, último párrafo.

²⁹ Véase *id.*, p. 707, líneas 4-9.

muy interesados en conocer hasta qué punto la justicia proporciona certeza, y hasta qué punto la proporciona -o la entorpece- a través de las normas y los procedimientos. Pero que tienden a discrepar con el Decano respecto al "hasta qué punto" en ambos casos.

Punto 9. Una característica del realista es que concibe la administración de justicia como un mero agregado de decisiones individuales más que como una aproximación a un curso uniforme de conducta³⁰.

La evidencia se refiere a la afirmación de que nuestros compañeros no consideran que la conducta judicial (u otra conducta jurídica) implique uniformidades.

- (a) Favorables: Frank: 1;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Green: 1; (ii) Refutados: 4;
- (c) En contra: 14;
- (d) No hallada evidencia: ninguno.

Punto 10. Muchos de los realistas tienen un interés exclusivo en los aspectos comerciales del Derecho, considerados exclusivamente desde el punto de vista de los objetivos empresariales más que de la sociedad como un todo³¹.

Esto podría, desde luego, atribuirse sólo a los diez abogados mercantiles que hay entre nuestros colegas:

- (a) Favorables, tal vez: Sturges: 1;
- (b) Plausibles, tal vez: (i) No refutado (en prensa): Moore: 1; (ii) Refutado: ninguno;
- (c) En contra: 7;
- (d) Hallada evidencia insuficiente (en prensa): 1.

Punto 11. Por clara implicación: el trabajo de los realistas no se interesa por la cuestión de lo que debe hacerse por medio del Derecho³².

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutados: 3;
- (c) En contra: 17;
- (d) No hallada evidencia: ninguno.

Punto 12. Por clara implicación: los realistas, *en sus intentos de descripción*, no toman en consideración los efectos de los propios ideales de los jueces acerca de lo que deben hacer³³.

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Moore: 1; (ii) Refutado: ninguno;

³⁰ Véase *id.*, p. 707, primer párrafo, primera frase; p. 708, líneas 1-8. Material favorable: FRANK, *op. cit. supra* nota 25. Pero véase *ibid.*, pp. 104, 130-132, 166-167, 251-252. GREEN, *op. cit., supra* nota 25. Green insiste en la predictibilidad de los procedimientos y fórmulas, como distintos del resultado. Tanto Frank como Green concentran su atención en el tribunal de primera instancia.

³¹ Véase p. 31.

³² Véase p. 33.

³³ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 700, desde la línea 3 a lo largo del párrafo. Plausibles: MOORE, "Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts" (1931) 40 *Yale Law Journal*, p. 563. Véase POUND, *supra* nota 1, p. 698, líneas 3-7; p. 699, líneas 1-16; p. 700, segundo párrafo.

- (c) En contra: pasajes aducidos en el punto 11; pero no son particularmente significativos.

Lo que cuenta aquí es el tono global del trabajo de un autor. Pensamos que el interés realista por los efectos del ideal de ilusoria certeza que tiene el tribunal sería suficiente para negar este punto. Significativo en este examen es sobre todo la ausencia de apoyo positivo.

Punto 13. Por clara implicación: los realistas hacen caso omiso del carácter relativo de los significados, del modo en que las preconcepciones condicionan necesariamente la observación, y no se hallan en guardia contra sus propias preconcepciones mientras investigan³⁴.

- (a) Favorables: ninguno;
- (d) Plausibles: ninguno;
- (e) En contra: 12;
- (b) No hallada evidencia: 8.

SUMARIO: De los once puntos sobre los que podían ser diagnosticadas y contadas evidencias en apoyo de Pound, sólo encontramos tales evidencias en siete; pero ¿cuántas? Podemos aducir algún apoyo en favor de un punto de *tres de nuestros veinte hombres*, en favor de otros cuatro puntos de dos de los veinte, y en favor de otros dos puntos de uno de los veinte. *Uno de nuestros veinte hombres* ofrece algún apoyo en favor de *tres de los once puntos*, tres ofrecen algún apoyo en favor de dos de los once puntos y cuatro ofrecen algún apoyo en favor de un punto. *En ningún caso el apoyo ofrecido es fuerte, inequívoco o incondicional*, ni siquiera en el documento seleccionado.

Concedamos que hemos omitido autores o evidencias que apoyarían estos puntos descriptivos sobre los que se basa gran parte de la crítica de Pound a los realistas. Concedamos que (aunque inducidos por sus líneas de crítica) hemos, en parte, malinterpretado qué era lo que estaba criticando. Aún así, aducimos que *cualquier* descripción de lo que los “realistas” piensan, o de lo que “la mayoría de ellos creen” o de “lo que muchos de ellos escriben” -y especialmente cualquier descripción que se tome como base de la crítica- precisará, a la luz de nuestro análisis, evidencia por autor, capítulo y párrafo antes de que podamos creer que significa algo más que esto: *el escritor tiene la impresión de que hay alguien, tal vez dos “alguien”, cuyos escritos confirman esto*. Nosotros aceptamos las implicaciones que esta afirmación tiene para nosotros mismos. Todo lo que a partir de aquí digamos de los realistas, cuando no se cite evidencia alguna, debe considerarse una impresión vaga y muy falible.

³⁴ Véase *id.*, pp. 698-700.

II

LOS REALISTAS REALES³⁵

¿Cuáles son, entonces, las características de estos nuevos agitadores? Una cosa está clara. No hay una escuela de realistas. No hay probabilidades de que en el futuro exista tal escuela. No hay un grupo con un credo oficial o aceptado, ni siquiera emergente. No hay una renuncia a volar independientemente. Y esperamos que nunca la haya. Los nuevos reclutas adquieren herramientas y estímulos, no maestros, ni ideas magisteriales. Los viejos reclutas divergen en intereses. Únicamente tienen relación, dice Frank, por sus negaciones, sus escepticismo y su curiosidad³⁶.

Hay, sin embargo, un *movimiento* en el pensamiento y el trabajo jurídico. El movimiento, el método de ataque, es más amplio que el número de quienes se adhieren a él. Incluye el trabajo de muchos hombres que despreciarían adscribirse a su bandera. Hombres individuales, por tanto. Hombres más o menos influenciados recíprocamente, pero no más de lo que todos ellos han sido influenciados por la tradición ortodoxa o por esa agitación de principios de siglo en la que el Decano Pound tuvo un papel protagonista. Hombres individuales, trabajando y pensando sobre el Derecho y sobre su lugar en la sociedad. Sus diferencias respecto a puntos de vista, intereses, énfasis, campos de trabajo, son enormes. Difieren entre sí casi tanto como cualquiera de ellos difiere de, digamos, Langdell. Su número crece. Su trabajo encuentra aceptación.

Lo que uno encuentra cuando se les observa es doble. Primero (y resulta esperado), ciertos puntos de partida son comunes a todos ellos. Segundo (y esto, cuando no se puede encontrar ni escuela ni semejanzas notables entre individuos, es llamativo), una pertinencia recíproca, una complementariedad, un entrelazamiento de sus diversos resultados “como si estuvieran guiados por una mano invisible”. Puede mencionarse una tercera cuestión de pasada: una fe beligerante en sus métodos de ataque a los problemas jurídicos; pero en estos últimos años la batalla con los hechos se ha demostrado mucho más excitante que cualquier batalla con el tradicionalismo, de manera que aquella fe (hasta la viva ofensiva de 1931 contra los realistas) se había manifestado principalmente en la entusiasta tarea de seguir progresando en ese campo.

³⁵ ADLER, “Law and the Modern Mind – Legal Certainty” (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 91, y COHEN, “Justice Holmes and the Nature of Law” (1931) 31 *id.*, p. 352, han discutido el “realismo”. Cohen dirigiéndose especialmente a Frank, Moore (aunque no lo cite específicamente), Bingham y Oliphant; Adler a los mismos (excepto Moore), especialmente a Frank, y también a Cook, Yntema y Green (sin citar a ninguno de ellos). DICKINSON, “Legal Rules: Their Function in the Process of Decision” (1931) 79 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 833, basa sus críticas (especialmente de Cook, Frank y Llewellyn) en citas específicas. Radin e Yntema publican admirables trabajos sobre esta materia con los que estoy de acuerdo casi *in toto*. RADIN, “Legal Realism” (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 824; YNTEMA, “The Rational Basis of Legal Science” (1931) 31 *id.*, p. 925. En sus trabajos también faltan citas de los realistas: no hablan de o por una escuela sino por sí mismos. En la medida en que este trabajo pretende ser descriptivo peca de no realizar citas (como lo hizo mi controvertido trabajo, *supra* nota 18, al no especificar dónde podían encontrarse los puntos de vista criticados. *Mea máxima culpa!* y que me perdone quien quiera que se sienta caricaturizado. La preparación del presente trabajo me ha mostrado aquel error). Esperaba preparar en esta parte una considerable bibliografía pero el tiempo no me lo ha permitido. Félix Cohen ha sido muy amable al ayudarme en esta tarea e incluyo sus referencias marcadas con una “C”.

³⁶ Las denominaciones varían entre ellos. Yo les llamo realistas (y también Frank, Radin y, frecuentemente, Yntema; Bingham también reconoce el término. Y lo encuentro usado en el mismo sentido en la obra de Cook, Douglas y Frankfurter), enfatizando el interés en la realidad de lo que sucede y la desconfianza en las fórmulas. Cook prefiere hablar de un enfoque científico del Derecho y Oliphant de método objetivo, enfatizando los mismos rasgos. Clark habla de investigación de los hechos, Corbin de lo que los tribunales hacen. “Enfoque funcional” enfatiza el interés en, y la evaluación de, las consecuencias. Dickinson habla del movimiento escéptico.

RELEYENDO

Pero igual que sucede con la descripción de un orden económico, el tono y el color de la descripción varían según el punto de vista del reportero. Ningún otro de los miembros del movimiento compondría la imagen como lo haré yo. Tal crónica debe, por tanto, ser individual. Cada hombre, necesariamente, orienta la imagen global hacia su interés principal en ese momento -como yo orientaré todo hacia el mío: los mecanismos de funcionamiento de la jurisprudencia en los tribunales de apelación. Los mapas de los Estados Unidos preparados respectivamente por un especialista en geografía política y un estudiante del clima mostrarían alguna semejanza, cada uno ofrecería una imagen coherente, pero ninguno de los mapas de uno de ellos satisfaría al otro. Lo mismo ocurre aquí. Yo hablo por mí mismo de ese movimiento que en su suma total es el realismo; no hablo de "los realistas"; aún menos hablo *por* los participantes o por cualquiera de ellos. E intentaré tener presente en mi mente que la justificación para agrupar a estos hombres no descansa en que sean semejantes en sus creencias o trabajo, sino en que desde ciertos puntos de partida comunes se han bifurcado en líneas de trabajo que parecen construir un todo, un todo no planeado por nadie, no previsto por nadie y (puede ser) aún no suficientemente comprendido por nadie.

Los puntos de partida comunes son varios³⁷.

(1) La concepción del Derecho en flujo, del Derecho en movimiento y de la creación judicial del Derecho.

(2) La concepción del Derecho como un medio para conseguir fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cualquier parte del mismo necesita ser constantemente evaluada por su finalidad, y por sus consecuencias, y ser juzgada a la luz de ambas y de su relación recíproca.

(3) La concepción de la sociedad en flujo, y en un flujo característicamente más rápido que el Derecho, de modo que siempre existe la probabilidad de que alguna parte del Derecho necesite revisarse para determinar hasta qué punto se adecúa a la sociedad a la que pretende servir.

(4) El divorcio *temporal* entre el "Ser" y el "Deber ser" para los fines de la investigación. Con esto quiero decir que aunque debe recurrirse a los juicios de valor a la hora de establecer los objetivos de la investigación, sin embargo, durante la investigación misma del "Ser", la observación, la descripción y el establecimiento

³⁷ Respecto de cada uno de los puntos siguientes he intentado verificar no sólo el tono general de sus obras, sino distintos escritos específicos de los veinte hombres mencionados y de algunos otros -por ejemplo Kidd, Maggs, Breckenridge, Morse, Durfee, Bohlen, Bryant Smith y Globe- y asegurarme de que cada punto era aplicable a cada uno de ellos. Algunos errores pueden haberse deslizado. Nótese cuán estrechamente la descripción se ajusta al trabajo de Holmes allá por 1871-1872: "Ordena el futuro, un ideal válido pero imperfectamente realizado".

Sobre los puntos de partida comunes véase especialmente CORBIN, "The Law and the Judges"; LLEWELLYN, *Cases and Material on the Law of Sales*, Introd.; OLIPHANT, "A Return to Stare Decisis"; PATTERSON, "Can Law Be Scientific?", todos ellos citados en el Apéndice I. Véase también ARNOLD, "The Restatement of the Law of Trusts" (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 800; CLARK, DOUGLAS y THOMAS, "The Business Failures Project – II. An Analysis of Methods of Investigation" (1931) 40 *id.*, p. 1034; BURCH, "The Paradoxes of Legal Science: A Review" (1929) 27 *Michigan Law Review*, p. 637; RADIN, "The Permanent Problems of the Law" (1929) 15 *Cornell Law Quarterly*, p. 1; YNTEMA y JAFFIN, *supra* nota 20; YNTEMA, *supra* nota 34. Y véase (C) ISAACS, "How Lawyers Think" (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 555; LASKI, "Judicial Review of Social Policy in England" (1926) 39 *Harvard Law Review*, p. 832.

Sobre el contraste de las normas con la realidad de las decisiones, véase especialmente CORBIN, DOUGLAS, KLAUS, TULIN, *infra*, Apéndice I; (C) FINKELSTEIN, "Judicial Self-Limitation" (1924) 37 *Harvard Law Review*, p. 338; FINKELSTEIN, "Further Notes on Self-Limitation" (1925) 39 *id.*, p. 221; en general, el trabajo más reciente de Isaacs, pero especialmente ISAACS, "The Promoter: A Legislative Problem" (1925) 38 *id.*, p. 887; BROWN, "Due Process of Law, Police Power and the Supreme Court" (1927) 40 *id.*, p. 943; HAMILTON, "Affectation with a Public Interest" (1930) 39 *Yale Law Journal*, p. 1089.

de las relaciones entre las cosas descritas deben permanecer *en la mayor medida posible* incontaminados por los deseos del observador o por lo que le gustaría que fuera o lo que piensa que (éticamente) debería ser. Más específicamente, esto exige el esfuerzo de no tomar en consideración, durante el estudio de lo que los tribunales hacen, la cuestión de lo que deben hacer. Tal divorcio entre el "Ser" y el "Deber ser" no debe concebirse, por supuesto, como permanente. Para quienes comienzan con la sospecha de que es necesario un cambio, el divorcio permanente sería imposible. El argumento es, sencillamente, que ningún juicio de lo que "Debe ser" hecho en el futuro con respecto a cualquier parte del Derecho puede realizarse inteligentemente sin conocer objetivamente, en la medida de lo posible, lo que esa parte del Derecho está haciendo. Y los realistas creen que la experiencia demuestra que la intromisión de la imagen del "Deber ser" *durante la investigación de los hechos* hace muy difícil ver lo que se está haciendo. Del lado del "Deber ser", esto exige una insistencia en valoraciones informadas en lugar de especulaciones de salón. Todas las implicaciones del lado de la investigación del "Ser" sólo pueden apreciarse cuando uno observa las contribuciones hechas por los realistas en la descripción objetiva del Derecho mercantil y la práctica llevada a cabo por aquellos cuya filosofía social rechaza muchos de los fundamentos aceptados del actual orden económico (por ejemplo, Handler en registro de marcas y en publicidad; Klaus en marketing y banca; Llewellyn en ventas; Moore en banca y Patterson en gestión de riesgos).

(5) Desconfianza en la capacidad de las normas y los conceptos jurídicos tradicionales para *describir* lo que los tribunales o la gente están realmente haciendo. De ahí el constante énfasis en las normas como "predicciones generalizadas acerca de lo que los tribunales harán". Esto está mucho más generalizado hasta el momento que su contrapartida: la cuidadosa separación entre las normas *para hacer* (preceptos) y las normas *de hacer* (prácticas).

(6) De la mano de esta desconfianza en las normas tradicionales (en su aspecto descriptivo) va una desconfianza en la teoría de que las proposiciones normativas prescriptivas son *el* factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales. Esto supone la adopción tentativa de la teoría de la racionalización para el estudio de las sentencias. Se advertirá que "desconfianza", en este punto y en el precedente, no es en absoluto equivalente a "negación en todo caso".

(7) La creencia de que vale la pena agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas que las que se han utilizado en el pasado. Esto está relacionado con la desconfianza en las normas meramente verbales, que frecuentemente cubren situaciones fácticas dispares y complejas (verificándose la disparidad en parte por el modo en que los casos se presentan y en parte por el juicio del observador sobre cómo deben presentarse; pero un realista intenta indicar explícitamente qué criterio está aplicando).

(8) La insistencia en la evaluación de cualquier parte del Derecho en función de sus consecuencias, y la insistencia en que merece la pena intentar averiguar esas consecuencias.

(9) Insistencia en un *ataque sostenido y programático* de los problemas jurídicos según estas líneas. Ninguna de las ideas expuestas en esta lista es nueva. Cada una de ellas puede ser tomada de cualquier sitio; cada una de ellas puede ser tomada de recientes trabajos de la ortodoxia jurídica. Nuevos giros y combinaciones aparecen aquí y allá. Lo que es tan nuevo como vital es que un número importante de hombres recogen ideas que han sido expresadas y abandonadas, usadas una hora y abandonadas, tocadas de cuando en cuando y abandonadas; recogen tales ideas y comienzan a *llevárlas a cabo sistemáticamente, consistentemente, insistentemente*. Reconocemos que la idea o el punto de vista es familiar, pero los

resultados del trabajo constante, sostenido y sistemático con ellos no son familiares. No se trata de una búsqueda azarosa, ni de una genialidad que centellea y se olvida, sino del esfuerzo sostenido para llevar una vieja perspectiva hasta sus últimas consecuencias, para explotarla hasta el punto en que se torne una perspectiva aparentemente contradictoria, para explorar su relación con otras mediante el test de los hechos. Este impulso, en el Derecho, es tan completamente nuevo en las últimas décadas como para excusar cierto toque de frenesí entre los devoradores de langostas³⁸.

El primero, segundo, tercero y quinto puntos, aunque comunes a los trabajadores del nuevo movimiento, no son exclusivos de ellos. Pero los demás (4, 6, 7, 8 y 9) son para mí sus rasgos característicos. Los hombres o los trabajos que se ajustan a estas especificaciones son para mí "realistas", cualquiera que sea la etiqueta que utilicen. Tal es, y ninguna otra, la perfecta fauna de esta nueva tierra. No todo el trabajo citado se ajusta a mi peculiar definición en todos los puntos. Pero todo ese trabajo se ajusta a la mayoría de los puntos.

Atados, como están todos los "innovadores", por el pensamiento previo, estos innovadores realistas dirigieron sus baterías en primer lugar hacia el funcionamiento de los tribunales de apelación. Aún completamente dentro de la tradición de nuestro Derecho, lucharon por mejorar esa tradición.

(a) Una temprana y fructífera línea de ataque tomó prestado de la psicología el concepto ya mencionado de *racionalización*. Reexaminar las sentencias, viéndolas no ya como un reflejo del proceso de decisión de los casos sino más bien como razonamientos propios de abogados expertos realizados por los jueces (después de que la decisión ha sido tomada) al objeto de que la decisión parezca plausible, jurídicamente decente, jurídicamente correcta, que parezca realmente inevitable: esto era abrir una nueva visión. Fue asumido que la lógica deductiva de las sentencias en ningún modo precisa ser una *descripción* del proceso de decisión o una *explicación* de cómo ésta fue alcanzada. Ciertamente, el sobre-entusiasmo ha llevado en ocasiones a asumir que la lógica de la sentencia *no podía* ser ni una cosa ni otra; y un similar sobre-entusiasmo, viendo cómo en un caso tras otro la sentencia apenas tenía valor para indicarnos cómo se tomó la decisión, ha motivado que en ocasiones se considere también que la sentencia no tiene ningún valor para predecir lo que hará un tribunal posterior³⁹.

Pero la línea de investigación *vía* *racionalización* ha venido prácticamente a demostrar que, en cualquier caso suficientemente dudoso para que pueda razonablemente plantearse un litigio, las premisas autoritativas disponibles -es decir, las premisas normativas legítimas e impecables según las técnicas jurídicas tradicionales- son al menos dos, y que las dos son mutuamente contradictorias en su aplicación al caso en cuestión⁴⁰. Lo que plantea la cuestión de qué es lo que hizo

³⁸ Puesto que quienquiera que lea el manuscrito en esta triste época encontrará esta referencia sin sentido, aunque a mí todavía me gusta, inserto el pasaje: "...Predicando en el desierto de Judea, y diciendo: Arrepentíos... Y el mismo Juan tenía su vestido hecho de pelos de camello, con un cinturón de cuero a sus lomos, y su comida eran langostas y miel silvestre", Mateo, 3, 1-4.

³⁹ Por ejemplo, TULIN, "The Role of Penalties in Criminal Law" (1928) 37 *Yale Law Journal*, p. 1048; DOUGLAS, "Vicarious Liability and Administration of Risk" (1929) 38 *id.*, pp. 584 y 720; CORBIN, "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930) 46 *Law Quarterly Review*, p. 12.

Moore y Oliphnat con seguridad, y creo que Sturges, diferirían de mí, en mayor o menor grado, respecto al grado de "sobre-entusiasmo". La búsqueda de Moore durante tres años logró alguna técnica más objetiva de predicción. MOORE y SUSSMAN, "Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts" (1931) 40 *Yale Law Journal*, pp. 381, 555, 752, 928. Y OLIPHANT, "A Return to Stare Decisis" (1928) 14 *American Bar Association Journal*, pp. 71, 159, n. 5.

⁴⁰ Para una serie de ejemplos, véase COOK, "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems", en 5 *Lectures on Legal Topics*, Association of the Bar of the City of New York (1923-1924), p. 335; POWELL, "Current Conflicts Between the Commerce Clause and State Police Power, 1922-1927" (1928) 12 *Minnesota Law Review*, pp. 470, 491, 607 y 631.



que el tribunal eligiera una de las premisas disponibles en lugar de la otra. Y lo que suscita la mayor de las dudas respecto de *hasta dónde* llega realmente esa supuesta certeza en las decisiones que deriva simplemente de la presencia de las normas aceptadas.

(b) Una segunda línea de ataque ha consistido en distinguir las normas en función de su significado relativo. Se ha escrito y pensado demasiado sobre "Derecho" y "normas", de forma general. ¿Qué parte del Derecho? ¿Qué normas? Normas de hierro de política jurídica y normas "en ausencia de acuerdo"; normas que evitan que un caso vaya al jurado y normas sobre el protocolo de las instrucciones necesarias para que un veredicto sea válido -si se puede alcanzar-; normas "de pura decisión" para casos sanitarios y normas que tienen en cuenta los consejeros en su asesoramiento; normas que afectan a muchos (*¿a cuántos y cómo?*) y normas que afectan a pocos⁴¹. Estas distinciones afectan al currículum jurídico tradicional, a la organización tradicional de los manuales y, sobre todo, a la orientación del estudio: se trata de dirigirlo hacia los campos más importantes de desconocimiento.

(c) Una línea más de ataque sobre la incertidumbre y el aparente conflicto entre las decisiones de los tribunales de apelación ha sido la de buscar una más comprensible exposición de las mismas agrupando los hechos en nuevas -y característicamente, pero no siempre, más reducidas- categorías. Buscamos (guiados por el sentido común) correlaciones de situaciones fácticas y resultados que puedan revelar *cuándo* los tribunales se inclinan por una antes que por otra de las premisas disponibles en competencia. Podemos incluso dar con la pista del *por qué* lo hacen. Tal vez, por ejemplo, las dificultades que implica la existencia de un tercero beneficiario sencillamente dejan de ser aplicables a las promesas de hacer provisiones en favor de familiares dependientes⁴²; tal vez la "regla del deber preexistente" se cae por la borda cuando estamos ante un acuerdo sobre capitulaciones matrimoniales⁴³. Tal vez, incluso, los contratos en el ámbito de lo que podríamos denominar, ampliamente, relaciones familiares no operan en general como lo hacen en el ámbito de los negocios⁴⁴. Si esto es así, las normas - entendidas como *predicciones* de lo que sucederá- necesitan ser reformuladas. En ocasiones es cuestión de sacar a la luz excepciones hasta ahora inadvertidas. Pero en otras los resultados obligan al trabajador a reclasificar completamente un área⁴⁵. Característicamente, como ya se ha afirmado, las clases de situaciones que resultan son más reducidas, mucho más reducidas que las clases tradicionales. El proceso es, en esencia, la técnica ortodoxa de la realización de distinciones y de la reformulación, pero emprendida de manera sistemática; explotada conscientemente, en lugar de permanecer en reserva hasta que los hechos que rehusan ser retorcidos mediante "interpretación" fuerzan la acción⁴⁶. La desviación del procedimiento

⁴¹ Compárense los trabajos de Bohlen y Green sobre ilícitos civiles; de Llewellyn sobre contratos, como intentos de desarrollar este tipo de perspectiva más consistentemente.

⁴² Nótese (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 117.

⁴³ Un estudio no publicado de Moore. Otro ejemplo es HANDLER y PICKETT, "Trade Marks and Trade Names. An Analysis and Synthesis" (1930) 30 *Columbia Law Review*, pp. 168, 759.

⁴⁴ Tal vez no deban hacerlo, pero ésta es una cuestión de "Deber ser". Uno se verá forzado a suscitarla si averigua que los tribunales, en sus resultados, evitan persistentemente las consecuencias de lo que la doctrina aceptada afirma que es la norma general. Compárese MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, pp. 555, 557; OLIPHANT, *supra* nota 38, pp. 159, 160.

⁴⁵ Algunas veces el esfuerzo no da frutos. DURFEE y DUFFY, "Foreclosure of Land Contracts in Michigan: Equitable Suit and Summary Proceeding" (1928) 7 *Michigan State Bar Journal*, pp. 166, 221, 236. Constituye un signo sincero del creciente espíritu científico el hecho de que se publiquen los resultados negativos de la investigación.

⁴⁶ Puede que no sea *conveniente* diseñar normas en términos de estas categorías más estrechas *para* que los tribunales las utilicen. Williston argumenta que el conjunto de fórmulas oficiales no debe ser demasiado complejo; son para su "aplicación" por hombres ordinarios, no gigantes intelectuales.

ortodoxo reposa fundamentalmente en la desconfianza hacia -en lugar de en la búsqueda de- el más amplio espectro de generalización que las palabras permiten⁴⁷. No es que no se deseen esas generalizaciones amplias -*si pueden hacerse de manera que reflejen lo que los jueces hacen*.

Estas tres líneas de ataque convergen en una sencilla conclusión: existen menos posibilidades de predecir adecuadamente lo que los tribunales harán de lo que las normas tradicionales nos llevan a suponer⁴⁸ (y si esa posibilidad existe, debe encontrarse en buena medida al margen de estas mismas normas tradicionales). La clase particular de certeza que hasta ahora los hombres han pensado encontrar en el Derecho es en buena medida una ilusión. Los trabajadores realistas han insistido en ocasiones en esta verdad tanto que se ha pensado que están complacidos con ella. (Quien no distingue entre el "Ser" y el "Deber ser" tiende a sospechar que las declaraciones de hechos reflejan preferencias, juicios éticamente normativos, de quienes realizan esas declaraciones).

Pero las declaraciones de hechos no son apreciaciones de valor. Más bien lo contrario. El resultado inmediato del trabajo preliminar descrito hasta ahora ha sido una continua y variada serie de esfuerzos: *la focalización del ataque consciente en el descubrimiento de los factores hasta ahora impredecibles, en gran parte con vistas a su control*. No totalmente con vistas a su eliminación; parte del ataque consciente se halla dirigido a averiguar dónde y cuándo y hasta qué punto la incertezza tiene valor. Gran parte de lo que ha sido interpretado como una insistencia del movimiento en la idea de que sólo lo particular puede tener un significado (con el supuesto rechazo implícito de la existencia de generalizaciones válidas o apropiadas) representa de hecho una clarificación del fundamento para dicho ataque. El estudio minucioso de los impredecibles particulares puede disminuir la impredecibilidad. Puede incrementar el valor de lo que permanece. Ciertamente clarifica cuál es la situación actual. "Eslabón a eslabón se hace una cota de malla".

WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), p. 127. Eso no afecta al punto presente. Incluso con la prevalencia de fórmulas amplias, como sucede ahora, aún se obtienen mejores resultados para describir lo que los tribunales hacen si se piensa en términos de clasificaciones fácticas más reducidas. Pero una buena porción de la presente impredecibilidad es atribuible con seguridad al hecho de que los tribunales están utilizando fórmulas oficiales que sólo parcialmente se ajustan a lo que los hechos parecen reclamar. Algunas veces los hechos ganan, algunas veces las fórmulas. Véase nota 46.

⁴⁷ Cuando este procedimiento resulta en una formulación conforme a líneas sorprendentemente no ortodoxas -cf. mi propia aproximación al título en *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930)-, pero que el trabajador encuentra útil en la predicción o en la generalización de resultados, la pregunta del Decano Pound respecto hasta qué punto los tribunales consiguen certeza mediante las normas y los procedimientos tradicionales se convierte en apremiante. En ocasiones MOORE (fundamentalmente en conversación), OLIPHANT (*supra* nota 38, conversación y su teoría de contratos) y STURGES ("Legal Theory and Real Property Mortgages" (1928) 37 *Yale Law Journal*, p. 691) me parecen rayar en una posición que se escapa a mi entendimiento: que las reacciones de los jueces ante los hechos en tales casos están sólo insignificanteamente influenciadas por las normas ortodoxas. Mi experiencia es que cuando las medidas (aquí "la norma") no se ajustan a los objetivos (aquí la línea de discriminación descubierta por el enfoque del "juicio sobre la cuestión de hecho") el resultado es *siempre* alguna deficiencia en la realización de los objetivos. Y mi experiencia es que cuando los objetivos no son conscientes generalmente hay deficiencias a la hora de encontrar una medida para su adecuada realización. (Compárense los resultados de Corbin sobre los casos ingleses: CORBIN, "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930) 46 *Law Quarterly Review*, p. 12). Lo que se ha ganado con la nueva formulación, si se demuestra importante, me parece que es una herramienta para clarificar la situación y los objetivos; un instrumento para sacar a la luz un factor escondido, tal vez el factor escondido en la pasada incertezza; tal vez también una nueva perspectiva sobre objetivos certeros, y por tanto una llave para la reforma. Compárese LLEWELLYN, "What Price Contract? – An Essay in Perspective" (1931) 40 *Yale Law Journal*, pp. 704, 732, n. 62.

⁴⁸ En parte, como he intentado desarrollar en otro lugar (LLEWELLYN, "Legal Illusion" (1931) 31 *Columbia Law Review*, pp. 82, 87; *Prajudizienrecht U. Rechtsprechung in Amerika* (1931) &52 et seq.), porque la "certeza" perseguida se concibe verbalmente y en términos de los abogados, no fácticamente y en términos de los legos.

(i) Está la cuestión de la personalidad del juez (poco se ha intentado aún en el estudio del jurado; FRANK, *Law and the Modern Mind*, supone un comienzo). Dentro de este campo, de nuevo, las propuestas divergen. Algunos han intentado el estudio del juez particular⁴⁹, una línea que sin duda conducirá a la investigación de su condicionamiento social⁵⁰. Algunos han intentado traer diversas hipótesis psicológicas a colación⁵¹. Todo lo que ha venido a esclarecerse es que nuestro gobierno no es un gobierno de leyes, sino uno de leyes a través de hombres.

(ii) Ha habido algún intento de encontrar los diversos tipos de interacción entre los conceptos tradicionales (el equipamiento “jurídico” del juez para pensar, ver, juzgar) y las presiones fácticas de los casos⁵². Esta no es una cuestión -como la anterior- de obtener resultados sobre hechos particulares, sino de estudiar el efecto, por ejemplo, de una serie de casos en los que los hechos, bien presionan sucesivamente en la misma dirección o bien se alternan en sus presiones y se contrarrestan recíprocamente. Estrechamente relacionado en sustancia, pero completamente distinto tanto en método como en finalidad, es el estudio del mecanismo por el que las presiones fácticas pueden ser traídas a colación ante el tribunal en el marco de nuestro procedimiento⁵³.

(iii) Se han hecho los primeros esfuerzos por capitalizar la riqueza de nuestros repertorios de casos para hacer estudios cuantitativos a gran escala de hechos y resultados; la esperanza es que estos estudios permitan desarrollar líneas de predicción más seguras o, al menos, capaces de añadir más certeza a las predicciones basadas hasta ahora en el estudio intensivo de grupos más reducidos de casos. Esto representa un desarrollo más ambicioso del procedimiento descrito anteriormente, en el apartado (c); no conozco resultados publicados.

(iv) Se han realizado esfuerzos reiterados para trabajar con casos meramente estatales, para ver cuánta predictibilidad adicional podría ganarse⁵⁴.

⁴⁹ Por ejemplo, la insistencia de Powell sobre jueces particulares en sucesiones de decisiones. *Supra* nota 39; “Commerce, Congress and the Supreme Court, 1922-1925” (1926) 26 *Columbia Law Review*, pp. 369, 521; (C) “The Judiciality of Minimum Wage Legislation” (1924) 37 *Harvard Law Review*, p. 545; “The Nature of a Patent Right” (1917) 17 *Columbia Law Review*, p. 663; HAINES, “General Observations on the Effects of Personal, Political and Economic Influences in the Decisions of Judges” (1922) 17 *Illinois Law Review*, p. 96; BROWN, “Police Power – Legislation for Health and Personal Safety” (1929) 42 *Harvard Law Review*, p. 866; CUSHMAN, “The Social and Economic Interpretation of the Fourteenth Amendment” (1922) 20 *Michigan Law Review*, p. 737; FRANKFURTER y LANDIS, *The Business of the Supreme Court* (1928) y la serie suplementaria de artículos en (1928) 42 *Harvard Law Review*, p. 1; (1929) 43 *id.*, p. 1; (1930) 44 *id.*, p. 1.

Debe añadirse, especialmente, el creciente volumen de auto-revelación judicial: la obra de Cardozo; HUTCHESON, *infra* Apéndice I; la hermosa sentencia del juez Amidon en *Great Northern Ry. v. Brousseau*, 286 Fed. 414 (D. N. D. 1923); y partes de un trabajo tan temprano como YOUNG, “The Law as an Expression of Community Ideals and the Law Making Functions of Courts” (1917) 27 *Yale Law Journal*, p. 1.

⁵⁰ NELLES, “Book Review” (1931) 40 *Yale Law Journal*, p. 998.

⁵¹ Freudiana: los comienzos en FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930). Behaviorista: una tentativa en PATTERSON, “Equitable Relief for Unilateral Mistake” (1928) 28 *Columbia Law Review*, p. 859. Semi-behaviorista, vía antropología cultural: MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38.

⁵² LLEWELLYN en 3 *Encyclopaedia of the Social Sciences* (1930) p. 249; LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930); *Prajudizienrecht U. Rechtsprechung in Amerika* (1931). Compárese con POUND, “A Theory of Judicial Decision” (1923) 36 *Harvard Law Review*, pp. 641, 802, esp. 940; HENDERSON, *The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law* (1918); CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1925); CORBIN, *supra* nota 37; HAINES, *supra* nota 48; BERLE, “Investors and the Revised Delaware Corporation Act” (1929) 29 *Columbia Law Review*, p. 563; FINKELSTEIN, *supra* nota 36; HAMILTON, “Judicial Tolerance of Farmers’ Cooperatives” (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 936; PATTERSON, *infra* Apéndice I.

⁵³ El famoso “alegato Brandeis” y sus sucesores marcan el comienzo. En casos mercantiles Alemania e Inglaterra han desarrollado mecanismos efectivos.

⁵⁴ Aquí, como en todas partes, se nota el contacto del movimiento realista con una tradición de la práctica (Derecho estatal, interés en el procedimiento, “jurisprudencia sobre automóviles” y similares,

(v) Se ha intentado el estudio de “normas sustantivas” a la luz particular de los remedios o procedimientos de reparación disponibles, con la esperanza de descubrir en el conocimiento -no expresado- del tribunal de las consecuencias inmediatas de esta o aquella norma, en el caso en cuestión, una motivación para la decisión más profunda que cualquiera de las expresadas en la sentencia⁵⁵. En relación con ello -aunque distinto- está la reafirmación del carácter fundamental del remedio y el enfoque general que reafirma “lo que el Derecho es” (desde el punto de vista de la predicción) en términos, no de derechos, sino de lo que puede hacerse: No sólo “sin remedio no hay derecho”, sino “exactamente tanto derecho como remedio”⁵⁶.

(vi) Se ha estudiado la organización de los métodos, prácticas e ideas de estos hombres sobre la materia objeto de controversia con la esperanza de que pueda conducir a unas bases nuevas o incluso definitivas⁵⁷ para la predicción. El trabajo aquí varía desde la referencia más o menos indefinida a la costumbre (la escuela histórica) o los *mores* (Corbin)⁵⁸, a través del análisis más burdo o más cuidadoso⁵⁹ de la práctica mercantil⁶⁰ y de la ideología (por ejemplo Berle, Sturges, Isaacs, Handler, Bogert, Durfee y Duffy, Breckenridge, Turner, Douglas, Shanks, Oliphant e incluso Holmes), hasta los concienzudos y minuciosos estudios en los que la práctica es mucho más tenida en cuenta que cualquier conjunto de ideas imperante sobre lo que las prácticas son (Klaus) o -incluso- los estudios en los que el propio concepto de “práctica” es desmenuzado en secuencias de conductas presentadas con cuidadosa anotación del grado de su frecuencia y repetición, en los cuales toda referencia a las ideas del agente es rechazada o excluida (Moore y Sussman). Aunque aquí los agrupamos juntos, bajo una fórmula, estos trabajadores

daños y puntos del procedimiento tratados en conjunción con el derecho sustantivo relevante, interés en los hechos y la atmósfera) que la vieja tradición académica tenía a menoscabar. Pero este progreso hacia atrás asume esa tradición práctica y la fertiliza con el interés por la teoría, la amplitud de perspectiva y el pensamiento de altos vuelos de la antigua tradición académica. Las revistas jurídicas locales son medios interesantes para desarrollar este tipo de trabajo. Un trabajo que, prolongado en el tiempo, forzará una revisión radical del pensamiento acerca del *common law* y -cabe esperar- educará a las revistas “nacionales”. Véase también (C) KALES, “An Unsolicited Report on Legal Education” (1918) 18 *Columbia Law Review*, p. 21.

⁵⁵ Por ejemplo TULIN, *supra* nota 37; POUND, *supra* nota 51, p. 649 y ss., sobre el arte de administrar justicia en materia de daños. Y cf. el análisis de los remedios en PATTERSON, “Equitable Relief for Unilateral Mistake” (1928) 28 *Columbia Law Review*, p. 859; DURFEE y DUFFY, *supra* nota 44.

⁵⁶ Por ejemplo, KLAUS, “Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks” (1929) 13 *Minnesota Law Review*, p. 281; HANDLER, “False and Misleading Advertising” (1929) 39 *Yale Law Journal*, p. 22; HANDLER y PICKETT, *supra* nota 42; cf. TULIN, *infra* Apéndice I; LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales*, c. III.

⁵⁷ MOORE, “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking” (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 703; MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, podría interpretarse así o, más bien, malinterpretarse. Su estudio de la conducta no está basado en una creencia de que conducirá por sí mismo a resultados definitivos; es más bien (como el programa behaviorista en psicología) un enfoque del tipo “Veamos cuán lejos podemos llegar con esto”. Y es difícil justificar una discusión con eso. Véase MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, pp. 556-564, esp. 561. Y aunque se consiga la predicción, todavía resta la cuestión del “Deber ser” –si no de otra manera, al menos como una cuestión legislativa-. Compárese también L. K. FRANK, “An Institutional Analysis of the Law” (1924) 24 *Columbia Law Review*, p. 480 (un magnífico ejemplo de lo que el *outsider* puede aportar); MOORE, “Rational Basis of Legal Institutions”, *infra* Apéndice I; (C) KETCHAM, “Law as a Body of Subjective Rules” (1929) 23 *Illinois Law Review*, p. 360.

⁵⁸ Llegando a ser recientemente mucho más específica. Véase “Third Parties as Beneficiaries of Contractors’ Surety Bonds” (1928) 38 *Yale Law Journal*, p. 1.

⁵⁹ Aquí los ideales aventajan claramente a los logros doctrinales. Pero la mayoría de los académicos realistas están en su trabajo por delante de lo que han publicado. Debe notarse que el estudio sobre la quiebra empresarial de DOUGLAS, *supra* nota 36, se halla a un nivel comparable al de Klaus o Moore.

⁶⁰ O de la práctica en la administración de la justicia penal, como las estadísticas sobre criminalidad; o en materias de familia: JACOBS y ANGELL, *A Research in Family Law* (1930); POWELL y LOOKER, “Decedents” Estates – Illumination from Probate and Tax Records” (1930) 30 *Columbia Law Review*, p. 919.

muestran diferencias en el grado y la clase de interés que tienen en los métodos precedentes, lo que les alinea de un polo a otro. El principal interés de Corbin son los casos de los tribunales de apelación; la mayoría de los mencionados en el segundo grupo confían en información semi-especial y en material muy accesible proveniente de la economía, la sociología, etc., con ocasionales y cuidadosos estudios propios, y tienen un gran interés en el trabajo de asesoramiento y de preparación de proyectos normativos; Klaus insiste en el análisis completo de toda la literatura relevante, apoyada y vista a la luz de una investigación personal intensiva; el análisis y el estudio de Moore es tan original y completo en su técnica que ofrece una contribución importante y vital a la etnología y a la sociología en materia de prácticas bancarias. Esto no es una “escuela”; aquí se hallan los gérmenes de muchas “escuelas”.

(vii) Otra línea de ataque, apenas iniciada, es la relativa al efecto del abogado sobre el resultado de los casos como un elemento a tener en cuenta para la predicción. Hasta ahora, el abogado *en el litigio* sólo ha sido objeto de comentarios esporádicos⁶¹. Se ha hecho un enfoque tentativo, de carácter general, sobre el abogado en el ámbito de los negocios: en la preparación de documentos, en el asesoramiento (y también en la constitución de prácticas y de creencias profesionales que posteriormente influyen en la acción de los tribunales) y en las estrategias de presentación de los casos en series favorables, colocando adecuadamente los casos desfavorables, etc.⁶²

Todo lo anterior se ha focalizado en cómo saber lo que harán los tribunales de apelación, por muy lejos que algún nuevo rastro pueda haber llevado a un cazador individual. Pero el interés por las *consecuencias* sobre los legos de lo que los tribunales harán nos conduce rápidamente desde esta respetable esfera tradicional de discusión jurídica hasta una serie de indagaciones posteriores cuyo decoro jurídico es más dudoso. Pronto se extiende bastante más allá de lo que en años recientes se ha entendido (con respecto a un estadio desarrollado) como Derecho. No puedo pararme a considerar estas indagaciones en detalle. La escasez de espacio obliga. Cada una de las siguientes fases podría ser, y debiera ser, desarrollada como mínimo en un simple bosquejo como el precedente. A través de cada una de ellas se continuaría dirigiendo el interés hacia lo que realmente acontece; interés en la descripción adecuada del resultado; interés por intentar, allí donde la predicción es incierta, algún ataque consciente sobre los factores escondidos cuyo estudio pudiera disminuir la incertezza; e interés en las consecuencias sobre los legos. Finalmente, la insistencia en que el juicio sobre el “Deber ser” ha de fundarse en el conocimiento. Y que la acción debe fundarse en todo el conocimiento que pueda tenerse en el momento de actuar.

I. *Primero, está la cuestión de lo que los tribunales inferiores, y especialmente los tribunales de primera instancia, están haciendo, y qué relación tiene su actuación con lo que dicen y hacen los tribunales superiores y los órganos legislativos.*

⁶¹ Una excepción la constituye STURGES, “Law's Delays, Lawyers' Delays and Forwarded Cases” (1928) 12 *Minnesota Law Review*, p. 351; cf. WICKSER, “Bar Associations” (1930) 15 *Cornell Law Quarterly*, p. 390. Sin embargo, no existe un campo más vital. Considérese simplemente el efecto de una presentación hábil o poco diestra sobre el desarrollo del Derecho jurisprudencial.

⁶² Algo de esto puede encontrarse próximamente en SANFORD, *The Unit Rule*; algo en LLEWELLYN, *Bramble Bush* (1930), cap. X; y FREDERICK, “The Trust Receipt as Security” (1922) 22 *Columbia Law Review*, pp. 395, 346, no sólo es un paso en esta secuencia sino que, especialmente en p. 409 y ss., presenta materiales y sugerencias para dicho estudio en casos de banca, y de ahí a importación, y de ahí a la línea de automóviles. Véase ISSACS, “How Lawyers Think” (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 555.

Aquí se ha tratado de comenzar a indagar, a encontrar algún método, algunos métodos, de acceder a los hasta ahora indisponibles hechos, a encontrar algún modo o modos significativos de clasificar lo que se hace, cuánto se tarda en hacerlo, cuántas partes distintas de la maquinaria procedural intervienen. (Por ejemplo, Warner, Sunderland, Millar, Clark, Yntema, Marshall, Oliphant, Douglas, Arnold, Morgan, Frankfurter, Greene y Swazie). Otro ataque comienza por la investigación, no de los expedientes judiciales, sino de los procesos de fijación de los hechos y de sus efectos sobre el resultado de los casos. (Frank, Green). Esto, en el proceso civil, donde (excepto por algunas notas biográficas) hemos estado completamente a oscuras. En el proceso penal los comienzos fueron anteriores. (Pound, Frankfurter, Moley y las estadísticas sobre criminalidad, donde los abogados han recurrido a criminólogos). Todo lo que está realmente claro hasta la fecha es que, en tanto no conozcamos más, aquí nuestras "normas" no nos proporcionan ni la más remota indicación de *lo que el Derecho significa* para las personas que se encuentran en el sector de menores ingresos⁶³, y nos proporcionan indicaciones equívocas respecto del conjunto de casos no apelados. Entre tanto, se están empleando y modificando las técnicas de las ciencias sociales para hacer posible este trabajo⁶⁴.

II. *Está la cuestión de los órganos administrativos.* No solamente del Derecho administrativo (en sí mismo un concepto nuevo), sino que debe incluirse toda la acción que los agentes públicos realizan "bajo el Derecho", en la medida en que afecte a la gente⁶⁵. Y con esto empezamos a desviarnos de la ortodoxia. Efectivamente, el abogado practicante hoy conoce su cometido en tanto conoce su tribunal. Pero este sendero le conduce hacia las regiones inexploradas del gobierno y de la política, y hacia los poco familiares acontecimientos en ambos ámbitos.

III. *Está la cuestión de la regulación legislativa -en términos de lo que significa en la práctica, y para quién;* no sólo en términos de lo que dice-. Y con ella, la cuestión de qué contribuye a producir el cambio legislativo -o a bloquearlo⁶⁶-, especialmente en la medida en que la profesión participa en ello; la historia legislativa que consta en las actas oficiales; pero también el trasfondo de hechos, intereses y necesidades. Y no menos vital es la indagación fáctica en aquellas áreas de la vida en que no existe ningún remedio jurídico capaz de ofrecer una solución ajustada⁶⁷.

IV. Finalmente, traspasando ahora completamente los confines del área jurídica delimitada por la tradición, está la cuestión, no de describir o predecir la acción de los agentes oficiales -sean tribunales de apelación, tribunales de primera

⁶³ Poco se ha hecho por seguir la pionera obra de SMITH, *Justice and the Poor* (1924); pero relacionado con esto se halla la creciente literatura sobre la financiación de los pobres y la obra de Bradway.

⁶⁴ Especialmente útiles son W. CLARK, DOUGLAS y THOMAS, *supra* nota 36; C. E. CLARK, "Fact Research in Law Administration", *infra* Apéndice I.

⁶⁵ Se puede citar generalmente a Freund, Frankfurter, Henderson, Dickinson, Landis, Magill. También PATTERSON, *The Insurance Commissioner* (1927); cf. STASON, "Judicial Review of Tax Errors – Effect of Failure to Resort to Administrative Remedies" (1930) 28 *Michigan Law Review*, p. 637. Y gran parte de los estudios sobre criminalidad y del trabajo criminológico encajan aquí. Así, por ejemplo, los de Sheldon Glueck y Fosdick.

⁶⁶ Véase (C) Berle, *supra* nota 51, CHILDS, *Labor and Capital in National Politics* (1930).

⁶⁷ En general, véase Berle y Weiner en el ámbito del Derecho de la empresa; FRANKFURTER y GREENE, *The Labor Injunction* (1930); CLARK, *infra* Apéndice I; Sunderland. En resumen, ¿quién, realista o no realista, no ha tocado alguna vez los hechos y no ha encontrado ninguna solución en el Derecho jurisprudencial? Lo que el realista ofrece es sólo sed de más hechos, mejor agrupados, más claramente interpretados. Y no seleccionados (aunque sea adecuadamente) para apuntalar un argumento. Por esa razón no todo el trabajo mencionado, a pesar de su valor, puede considerarse plenamente "realista".

instancia, legisladores, administradores- sino de describir y predecir las consecuencias de su acción sobre los legos de la comunidad⁶⁸.

El “Derecho”, sin consecuencias, se aproxima a cero en su significado. Ignorar sus consecuencias es ignorar su significado. Conocer sus consecuencias sin estudiar a las personas a quienes afecta es imposible. Aquí los precedentes de la acción judicial entran en contacto con sus resultados. Para conocer el Derecho, por tanto, para conocer *todo* lo que es necesario para juzgar o evaluar el Derecho, debemos progresar en estas áreas que tradicionalmente han sido consideradas (excepto por la escuela histórica) como no-Derecho. No sólo en lo que los tribunales hacen en lugar de lo que los tribunales dicen, sino también en qué diferencia supone para alguien lo que aquellos hacen. Y tan pronto se comienza con este estudio se advierte que no cabe hablar en general del “Derecho” ni de “la comunidad”; sino que debe averiguararse la parte específica de la comunidad que es relevante para alguna parte específica del Derecho. Hay personas que se pretende que se vean afectadas y personas que no se pretende que se vean afectadas. Entre las primeras, algunas no llegan a verse de hecho afectadas materialmente (el feudo de un gangster); entre las últimas, algunas sí se ven (los impositores de un banco quebrado que las leyes bancarias *no* han regulado)⁶⁹. Aquí está el abanico de cuestiones relativas a aquellos “útiles mecanismos” jurídicos (corporación⁷⁰, contrato, *leasing*) diseñados

⁶⁸ Cito a Felix Cohen: “En el análisis económico de las normas y las teorías judiciales se ha hecho un trabajo muy valioso por parte de Hale, Bonbright, Richberg, Henderson, Julius Cohen, Goddard y Weiner, particularmente en el campo de la evaluación de los servicios públicos. Aparte de esto, sólo existe la llamada en favor de los hechos, por ejemplo, WEINER, “Payment of Dissenting Stockholders” (1927) 27 *Columbia Law Review*, p. 547”. Excepto en que el “aparte de esto” llega varias líneas demasiado pronto, estoy de acuerdo *in toto*. En cuanto al punto de diferencia, antes incluso de que abra los libros para buscar, pienso, por ejemplo en Breckenridge, J. M. Clark, J. R. Commons, Douglas, Fredericks, Herman Finkelstein, Handler, Kidd, Klaus, Patterson, Radin, Ripley, Roscoe Turner, Vold y Wilbert Ward, todos ellos (salvo Clark y Commons) en relación a su trabajo dentro del campo del Derecho mercantil privado.

Creo que este tipo de análisis está en auge. Comparando, por ejemplo, los vols. 14-16 con los vols. 4-6 de *Cornell Law Quarterly*, y los vols. 27-29 con los vols. 17-19 de *Michigan Law Review*, se ve que tanto las referencias a los hechos como los análisis de los efectos de las normas de Derecho privado son cada vez más importantes, no tanto en frecuencia como en alcance, cuidado y objetividad, así como en integración en la estructura esencial de los trabajos. (En el Derecho público el material anterior a menudo rivaliza con el reciente; el ímpetu fáctico se desarrolló aquí antes). Notable entre el material más temprano es ROGERS, “An Account of Some Psychological Experiments on the Subject of Trade-Mark Infringement” (1919) 18 *Michigan Law Review*, p. 75; pero tal vez incluso más notable es que en el reciente BILLIG, “What Price Bankruptcy: A Plea for Friendly Adjustment” (1929) 14 *Cornell Law Quarterly*, p. 413 (y compárese con BILLIG, “Extra-Judicial Administration of Insolvent Estates: A Study of Recent Cases” (1930) 78 *U. of Pa. L. Rev.*, p. 293), utilizando estadísticas y un enfoque más sistemático sobre los hechos y los efectos, el autor no se halla sólo sino que suscita una inmediata y competente discusión de sus *datos*, no sólo de sus conclusiones; GAMER, “On Comparing “Friendly Adjustment” and Bankruptcy” (1930) 16 *Cornell Law Quarterly*, p. 35. La discusión competente es al simple estudio lo mismo que la incorporación de una nueva herramienta metódica en el equipo de trabajo estándar del pensador es a la nueva percepción que se tuvo una vez y después fue olvidada. Compárese mi propia utilización de la distribución de riesgos tan pronto como en 1920, “Implied Warranties of Wholesomeness Again” (1920) 29 *Yale Law Journal*, p. 782, con su total omisión en 1922 en un problema que pedía a gritos su utilización (“Certified Altered Checks Under the Negotiable Instruments Law” (1922) 31 *id.*, p. 522) y su rechazo en dos trabajos de 1923, ambos en campos en los que produce resultados. “Supervening Impossibility of Performing Conditions Precedent in the Law of Negotiable Paper” (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 142; “C. I. F. Contracts in American Law” (1923) 32 *Yale Law Journal*, p. 711. En resumen, yo no tenía la idea en 1920; la había tenido entonces una vez. Contrastó con su consistente utilización, siempre que prometía auxilio, desde 1925. Es la cada vez mayor *normalidad* de la apelación a los hechos y de su utilización crítica lo que marca la introducción de este aspecto del realismo en la literatura.

⁶⁹ Más desarrollado en LLEWLLYN, “Law Observance and Law Enforcement”, *infra* Apéndice I.

⁷⁰ Aquí la literatura es extensa. Particularmente notable es WEINER, “Conflicting Functions of the Upset Price in a Corporate Reorganization” (1927) 27 *Columbia Law Review*, p. 132; DOUGLAS y SHANKS, “Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations” (1930) 39 *Yale Law Journal*, p. 193;

para facilitar que los hombres lleguen donde quieren y consigan lo que quieren. Está toda la información que los científicos sociales han recopilado, lista para ser investigada en su relación con el Derecho. Y está toda la información que aquellos no han estado interesados en reunir, que también debe ser investigada, aunque primero debe recopilarse.

Estas son las materias que uno u otro de los nuevos agitadores están trabajando. Incluso las superficiales citas hechas aquí bastan para dejar claro que sus líneas de trabajo componen curiosamente un todo.

Pero de nuevo se suscita la pregunta: ¿son estas materias *nuevas*? ¿Qué realista sabe tan poco del Derecho o de las sendas del pensamiento humano para tener tal pretensión? ¿Cuál de estas investigaciones no ha sido hecha, o iniciada, o bosquejada en el pasado? ¿Cuál de esas técnicas no descansa en nuestra cultura previa? Nueva, repito, sólo es una cosa: el esfuerzo *sistemático* por abordar un problema, por abordar una sucesión de problemas, por escoger *consistentemente*, no ocasionalmente, la mejor técnica disponible, por mantener *consistentemente* la descripción en el nivel descriptivo, por distinguir *consistentemente* las bases fácticas que fundamentarán la evaluación de la propia evaluación posterior, por buscar *consistentemente todos* los datos relevantes que puedan encontrarse para *añadirse* a la azarosa experiencia vital individual, para *añadirse* al sentido común general.

¿No resulta obvio que -si esto es el realismo- el realismo es un conjunto de tendencias en el pensamiento y el trabajo jurídico? (1) Tienen su núcleo común, presente en alguna medida dondequiera que se haga un trabajo realista: reconocimiento del Derecho como un medio, reconocimiento del cambio en la sociedad como un factor que exige el cambio en el Derecho, interés por lo que ocurre, interés en las consecuencias, reconocimiento de la necesidad del esfuerzo por mantener la percepción de los hechos incontaminada por los propios puntos de vista sobre el "Deber ser"; desconfianza en la capacidad del conjunto recibido de conceptos y normas para describir adecuadamente lo que está ocurriendo en los tribunales; propuesta de hacer más restringidas las categorías descriptivas. (2) Han surgido del estudio de la acción de los tribunales de apelación y ese estudio sigue siendo todavía un estímulo potente. La incertezza en la acción de estos tribunales es un problema principal: encontrar el por qué de esa incertezza; encontrar los medios para reducirla, donde precise reducción; encontrar dónde necesita reducción y dónde expansión. (3) Pero el fermento de la investigación se expande hacia el trabajo de los tribunales inferiores, de los órganos administrativos, de los órganos legislativos, de la vida que se halla más allá y más acá del Derecho.

Una u otra de estas tendencias realistas ocupa todo el tiempo de muchos; un centenar más participan de ellas también en diverso grado, aunque despreciarían la etiqueta de "realistas". Las tendencias no se centran en ningún hombre, en ningún grupo coherente. No hay líder. Los portavoces se nombran a sí mismos. No hablan por el todo sino por el trabajo con el que cada uno está comprometido; en ocasiones con poca o ninguna conciencia del todo, en ocasiones con la exageración propia de la controversia o la innovación. Pero ¿quién podría conocer mejor que los abogados la exageración propia de la controversia? ¿quién podría tener más destreza que ellos para distinguir el razonamiento del *dictum* en el caso particular y para interpretarlo a su luz? Leyéndolos así, se encontrarán pocas cosas dichas por los realistas que no merezcan una cuidadosa reflexión. Ciertamente, tras una reflexión *cuidadosa*, se encontrará poca exageración en sus escritos. Entre tanto, está la prueba ordinaria: ¿hay resultados?

POSNER, "Liability of the Trustee Under the Corporate Indenture" (1928) 42 *Harvard Law Review*, p. 198; BERLE, "Corporate Powers as Powers in Trust" (1931) 44 *Harvard Law Review*, p. 1049.

Los hay. Hay resultados, en primer lugar, en el campo de la sociología descriptiva del Derecho tratada hasta ahora. Hay importantes resultados relevantes para atacar el campo del “Deber ser”: bien lo que los tribunales deben hacer con las normas existentes, bien qué cambios normativos se precisan.

Tenemos ya una serie, que se está ampliando extraordinariamente, de *reformulaciones más precisas* de lo que los tribunales de apelación están haciendo y de lo que puede esperarse que hagan. Estamos haciendo progresos para ver (no sólo “conocer”, sin investigación) qué consecuencias tienen sus acciones sobre algunas de las personas interesadas. Estamos acumulando algún *conocimiento* (es decir, más que conjeturas) sobre los aspectos de nuestra vida en los que nuestro Derecho parece estar fuera de onda.

Tenemos, además, un primer ataque sobre el dominio de lo impredecible en las acciones de los tribunales. Ese ataque sugiere firmemente que un elemento importante en lo ahora incalculable es la pretensión o creencia tradicional (en ocasiones la una, en ocasiones la otra) de que no existe tal área de incertidumbre, o que es mucho más reducida de lo que realmente es. Reconocer que hay límites en la certeza perseguida a través del verbalismo y la deducción, tratar de definir esos límites, es abrir la puerta a ese otro y bastante más útil proceso judicial: la búsqueda consciente, dentro de los límites marcados por los precedentes y la legislación, de la decisión acertada. Puede esperarse que las decisiones así alcanzadas, dentro de esos límites, sean sin duda bastante más predecibles de lo que son las actuales decisiones, puesto que ahora nadie puede decir cuándo el tribunal buscará, o cuándo no, la decisión acertada, ya que la búsqueda se esconde bajo las palabras. Y no sólo más predecibles, sino -lo que no es ni un ápice menos importante- más justas y acertadas (o más frecuentemente justas y acertadas).

Ciertamente, el resultado más fascinante del esfuerzo realista parece ser un retorno desde los tribunales de primera instancia o las costumbres de los legos al problema -pero ahora vaciado de tradición- de la jurisprudencia de los tribunales de apelación. Criticados por quienes rehusan desenmarañar el “Ser” y el “Deber ser” a causa de su supuestamente deliberado descuido del aspecto normativo del Derecho, los realistas demuestran el valor que tiene, para lo normativo, dejar de lado temporalmente lo normativo. Vuelven de su excursión por la más pura descripción que pueden llevar a cabo con la demostración de que el campo de libre juego para el “Deber ser” en los tribunales de apelación es inmensamente más amplio de lo que el pensamiento normativo tradicional había dado por sentado. Esto, dentro de los confines de los precedentes tal como están funcionando, dentro de los límites y sobre las bases de nuestro orden actual. Dejadme resumir los puntos del alegato:

(a) Si la deducción no resuelve casos sino que únicamente muestra los efectos de una premisa dada, y si existe otra premisa en competencia con la misma autoridad que conduce a una conclusión diferente, entonces hay una elección en el caso; una elección que debe justificarse; una elección que puede justificarse sólo como una cuestión de política jurídica; y la tradición habla con una lengua bífida⁷¹.

(b) Si (i) las posibles inducciones de un caso o de una serie de casos -incluso si estos casos realmente tuvieran cada uno de ellos un único significado- no son una

⁷¹ Cf. RADIN, “The Theory of Judicial decision: or How judges Think”; COOK, “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”; LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, cap. IV,V; FRANK, *Law and the Modern Mind*; GREEN, *Judge and Jury*; CORBIN, “Contracts for the Benefit of Third Persons”, POWELL, “The Logic and Rhetoric of Constitutional Law”, todos *infra* Apéndice I. Véase también RADIN, *supra* nota 36; (C) DICKINSON, “The Law Behind Law” (1929) 29 *Columbia Law Review*, pp. 113, 285, 296-299; BROWN, *supra* nota 36; WAITE, “Caveat Emptor and the Judicial Process” (1925) 25 *Columbia Law Review*, p. 129.

sino muchas; y si (ii) las técnicas estándar⁷² de manejo de los precedentes van desde limitar estrictamente el alcance del caso a sus hechos y procedimiento, buscando incluso en el expediente un hecho distintivo escondido, hasta darlo el más amplio significado que permita la norma expresada en el mismo, o incluso extraer un principio que ni siquiera fue declarado en la decisión; entonces la libertad de acción existente en la *interpretación del precedente* es (con relación a lo que la vieja tradición ha *conscientemente* concebido) cuanto menos enorme. Y sólo las consideraciones de política jurídica y el afrontar dichas consideraciones puede justificar “interpretar” (realizar, moldear, extraer conclusiones de) el conjunto de precedentes relevantes de una u otra manera. Y -esto es la esencia de todo- el *stare decisis* ha sido en el pasado, es hoy, y debe continuar siendo, una norma de cambio y un medio de cambio tanto como una norma de estabilidad y un medio de estabilidad⁷³. *El crecimiento del pasado se ha logrado apoyándose en los casos decididos*, rara vez invalidándolos. Reconozcamos esto, y podrá verse claramente que el precedente es un medio para el cambio tanto como un medio para rehusar cambiar. Reconozcamos esto, y esa peculiar manera de trabajar con el precedente que consiste en cerrar los ojos a cuestiones de política jurídica perderá la falsa santidad con la que ahora está investida *parte del tiempo*: esto es, siempre que los jueces, por cualquier razón, no quieren considerar la política jurídica.

(c) Si la clasificación de los hechos brutos es en gran parte un proceso arbitrario, existiendo en la mayoría de los casos dudosos la posibilidad de clasificarlos de diversas maneras, la “certeza”, incluso bajo el puro pensamiento deductivo, no tiene el significado que la gente que desea la certeza en el Derecho está buscando. La búsqueda de esta certeza irreal, esta certeza inalcanzable, es la principal razón de la abnegada resolución de los jueces: su rechazo a mirar, más allá de las palabras, a las cosas. Hagámosles ver que la “certeza” así conseguida es incerteza para el lego no-tutelado-jurídicamente en su vida y en sus relaciones, y que está abierto el camino para que el lego alcance certeza a través del Derecho, buscando el resultado justo o acertado, en la medida en que el precedente y las leyes hacen que ese resultado sea *possible*. Ver el problema así es también abrir el camino al discernimiento consciente, por ejemplo, entre los tratos comerciales corrientes y la preparación de escrituras de traspaso: mientras en esta última operación la peculiar confianza del abogado en las fórmulas permite que se dé por supuesta su validez, en los primeros debe demostrarse la existencia de una causa para hacer tal asunción.

Así, como varios de los auto-denominados portavoces realistas han estado vociferando, el divorcio temporal entre el “Ser” y el “Deber ser” proporciona, cuando éstos vuelven a encontrarse, una mirada más aguda, un equipamiento más completo, un juicio más fundado; incluso un alcance más amplio para el Derecho jurisprudencial, que la tradición ha descrito como típicamente dominado por el pasado. Y en el campo de los hechos, en cuanto a las cuestiones típicas, está demostrado que este divorcio temporal ofrece resultados no menos gratificantes.

Cuando se suscita la cuestión del *programa en el aspecto normativo*, la respuesta es: *no hay ninguno*. Se advierte una similitud de métodos al abordar las cuestiones de “Deber ser”. Si, más allá de eso, hay líneas generales de amplio acuerdo, apenas son suficientemente específicas para significar algo sobre

⁷² No me refiero a aquellas aprobadas por los académicos sino a aquellas *utilizadas* por los tribunales al tratar con los precedentes autoritativos. Sobre ésta y otras materias, las normas de los académicos deben sujetarse a la comprobación fáctica -aquí, de lo que los tribunales hacen. Véase LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1930) cap. IV. Contrátese con GOODHART, “Determining the Ratio Decidendi of a Case” (1930) 40 *Yale Law Journal*, p. 161.

⁷³ Véase especialmente CORBIN, “The Law and the Judges; Contracts for the Benefit of Third Persons”; LLEWELLYN, “Legal Tradition and Social Science Method”; TULLIN, todos *infra* Apéndice I.

cualquier tema determinado. En parte, esto deriva de las diferencias en temperamento y perspectiva. En parte, deriva de la ausencia total de organización o del deseo de constituir una escuela entre los hombres implicados. Pero en parte se debe a la variedad del trabajo acometido. Los abogados mercantiles tienen algunas cuestiones de "Deber ser" favoritas, cada uno de ellos en la materia con la que se ha familiarizado; lo mismo sucede con los abogados especialistas en responsabilidad civil en su campo; con los abogados públicos en el Derecho público. Y así sucesivamente. También, en parte, la ausencia de un acuerdo programático deriva del tiempo y el esfuerzo consumido en acceder a los hechos, ya sean los hechos estrictamente jurídicos o los hechos "externos" que inciden en el Derecho. Los intereses especializados propician la ausencia de un programa de grupo. Sin embargo, se pueden aventurar algunos puntos de vista generales:

(1) Existe un acuerdo bastante general sobre la importancia del personal, y de la organización del tribunal, como un factor esencial para hacer que las normas tengan significado. Esto tanto respecto de los que deciden los hechos como de los que deciden el Derecho. Hay también una tendencia a instar la especialización de los tribunales.

(2) Hay un acuerdo muy general sobre la necesidad de que los tribunales afronten directamente las cuestiones de política jurídica en sus casos y utilicen todo el margen de libertad que el precedente les permite para alcanzar las conclusiones que parecen indicadas. Hay un acuerdo bastante general en que las consecuencias de las normas, en la medida en que sean conocidas, deben ser tomadas en cuenta para la creación o la remodelación de las normas. Hay un acuerdo bastante general en que necesitamos mejorar la maquinaria para hacer que los hechos sobre tales consecuencias -o sobre las necesidades y las condiciones afectadas por una decisión- sean accesibles a los tribunales.

(3) Hay una fuerte tendencia a pensar que es mejor reducir que ampliar las categorías en las que se presentan los conceptos y las normas *sobre la función de juzgar o para juzgar*.

(4) Hay una fuerte tendencia a abordar la mayoría de los problemas jurídicos como problemas de distribución de riesgos⁷⁴ y, hasta donde sea posible, como problemas de reducción de riesgos, y de este modo insistir en las consecuencias de las normas no sólo sobre las partes que están ante el tribunal sino sobre las que no están suficientemente representadas por las partes que están ante el tribunal. A abordar no sólo las cuestiones de responsabilidad civil sino también las mercantiles, en una palabra, como cuestiones de política jurídica general.

Y termino como empecé. ¿Qué hay de novedoso aquí?⁷⁵ En las ideas, nada. En el esfuerzo sostenido por hacer fructíferas unas u otras de ellas, mucho. En la reducción del alcance de las categorías fácticas y la ampliación del dominio de la

⁷⁴ Por ejemplo PATTISON, "The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices"; DOUGLAS, "Vicarious Liability and Administration of Risk", ambos *infra* Apéndice I. Véase también ISAACS, *supra* nota 61. Contrátese BRECKENRIDGE y LLEWELLYN (1922) 31 *Yale Law Journal*, p. 522 con BRECKENRIDGE, "The Negotiability of Postdated Checks" (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 1063 y LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930). O el trabajo anterior de CORBIN con su artículo *supra* nota 57. Compárese el trabajo de Green, Y. B. Smith, Turner, Weiner; BRANNAN, *Negotiable Instruments Law* (Chafee's ed. 1926), p. 572; la concepción de Clark de los impedimentos procesales. *Code Pleading* (1928); Holmes, como es habitual, marca la pauta. *The Common Law* (1881) caps. VIII y IX.

⁷⁵ Afirma Felix Cohen: "Se puede citar a Pound en favor de todos los puntos de la plataforma realista -y contra muchos de ellos". Hablando de memoria, respaldaría esta afirmación (¿excepto por lo relativo a la rigurosa separación temporal del "Ser" y el "Deber ser"?). Pero también es probablemente verdad (tal vez en menor grado, porque han escrito menos) de la mayoría de los realistas que no fueron preparados e incubados por otros realistas. Por fortuna, el mundo en el que vivimos no es estático ni, al igual que la gente que lo habita, demasiado coherente.

indagación fáctica, mucho. En la técnica disponible, mucho -en favor de los abogados-. Pero hágase notar esto, puesto que el resumen se refiere en gran parte al aspecto puramente descriptivo: cuando los escritores de inclinación realista están escribiendo en general, necesitan enfatizar la necesidad de una descripción más precisa del "Ser", no del "Deber ser". Allí reposa el fundamento *común* de su pensamiento; allí se ubica el área del nuevo y sorprendente desarrollo. Allí está el punto de buen juicio que deben subrayar. Para tener perspectiva sobre su posición acerca de cuestiones éticamente normativas debe tomarse el trabajo de cada hombre en su campo específico de trabajo. No se encontrará allí falta de interés o de esfuerzo por la mejora del Derecho. No existe acuerdo, sin embargo, acerca de si, en algún punto *determinado* de nuestro Derecho, es preciso el cambio y, si es así, acerca de cuánto cambio y en qué dirección. ¿Por qué debería haberlo? Estos realistas no tienen una filosofía o un programa *de grupo*, ni un credo *de grupo* sobre el bienestar social. No son un grupo.

APÉNDICE I

BIBLIOGRAFÍA: LA LITERATURA EXAMINADA PARA EL TEST

B1NGHAM, W.: "What is the Law?" (1912) 11 *Mich. L. Rev.*, 1; "Science and the Law" (1913) 25 *Green Bag*, 162; "Legal Philosophy and the Law" (1914) 9 *Ill. L. Rev.*, 98; "The Nature and Importance of Legal Possession" (1915) 13 *Mich. L. Rev.*, 535.

CLARK, C. E.: "Relations, Legal and Other" (1922) 5 *Ill. L. J.*, 26; "The Code Cause of Action" (1924) 33 *Yale L. J.*, 817; "Fact Research in Law Administration" (1928) 2 *Conn. Bar J.*, 211; "New Types of Legal Research" (June 30, 1929) *Buffalo Daily L. J.*; "Some of the Facts of Law Administration in Connecticut" (1929) 3 *Conn. Bar J.*, 161; "Methods of Legal Reform" (1929) 36 *W. Va. L. Q.*, 106; "Legal Education and Research at Yale" (March 7, 1930) *Yale Alum. Weekly*; "Present Status of Judicial Statistics" (Oct. 1930) 14 *J. Am. Jud. Soc.*, 84.

COOK, W. W.: "The Alienability of Choses in Action" (1916) 29 *Harv. L. Rev.*, 816; "The Alienability of Choses in Action: A Reply to Professor Williston" (1917) 30 *id.*, 449; "Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life" (1918) 27 *Yale L. J.*, 779; "Hohfeld's Contributions to the Science of Law" (1919) 28 *id.*, 721; "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems", in *5 Lectures on Legal Topics*, Association of the Bar of the City of New York (1923-24) 335; "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws" (1924) 33 *Yale L. J.*, 457; "Scientific Method and the Law" (1927) 15 *Johns Hop. Alum. Mag.*, 213; "The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 368; Book Review (1931) 31 *id.*, 725.

218

CORBIN, A. L.: "The Law and the Judges" (New ser. 1914) 3 *Yale Rev.* 234; "Legal Analysis and Terminology" (1919) 29 *Yale L. J.*, 63; "Jural Relations and Their Classification" (1921) 30 *Yale L. J.*, 226; "Democracy and Education for the Bar" (1921) 19 *Proc. Am. L. S. Ass'n*, 143; Book Review (1928) 38 *Yale L. J.*, 270; "Third Parties as Beneficiaries of Contractors' Surety Bonds" (1928) 38 *id.*, 1; "The Restatement of the Common Law by the American Law Institute" (1929) 15 *Iowa L. Rev.*, 19; "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930) 46 *L. Q. Rev.*, 12.

DOUGLAS, W. O.: "Vicarious Liability and Administration of Risk" (1929) 38 *Yale L. J.*, 584, 720; (with C. M. Shanks) "Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations" (1929) 39 *Yale L. J.*, 193; (with Wm. Clark and D. S. Thomas) "The Business Failures Project - A Problem in Methodology" (1930) 39 *Yale L. J.*, 1013.

FRANCIS, J.: "Domicil of a Corporation" (1929) 38 *Yale L. J.*, 335.

FRANK, J.: *Law and the Modern Mind* (1930); Book Review (1931) 40 *Yale L. J.*

GREEN, L.: Book Review (1929) 38 *Yale L. J.*, 402. *Judge and Jury* (1930).

HUTCHESON, Jr., J. C.: "The Judgment Intuitive - The Function of the „Hunch" in Judicial Decision" (1929) 14 *Corn. L. Q.*, 274.

KLAUS, S.: "Sale, Agency and Price Maintenance" (1928) 28 *Col. L. Rev.* 312, 441; Book Review (1928) 28 *id.*, 991; "Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks" (1929) 13 *Minn. L. Rev.*, 281; Introduction to *Ex Parte Milligan* (1929); Introduction to *People v. Molineux* (1929); Book Review (1930) 30 *Col. L. Rev.*, 1220.

LLEWELLYN, K. N.: "Free Speech in Time of Peace" (1920) 29 *Yale L. J.*, 337; "Implied Warranties of Wholesomeness Again" (1920) 29 *id.*, 782; "C. I. F. Contracts in American Law" (1923) 32 *id.*, 711; "The Effect of Legal Institutions on Economics" (1925) 15 *Am. Econ. Rev.*, 665; Book Review (1926) 40 *Harv. L. Rev.* 142; "Law Observance and Law Enforcement", *Proceedings National Conference Social Work* (1928) 127; "A Realistic Jurisprudence -The Next Step" (1930) 30 *Col. L. Rev.*, 431; "The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research" (1930) *Am. L. S. Rev.*; *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930); *The Bramble Bush* (1930); "Law and the Modern Mind: A Symposium: Legal Illusion" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 82; "What Price Contract? - An Essay in Perspective" (1931) 40 *Yale L. J.*, 704; "Legal Tradition and Social Science Method" in *Essays on Research in the Social Sciences* (1931).

LORENZEN, E. G.: "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws - Meaning of „the Law of a Country" (1918) 27 *Yale L. J.*, 509; "Causa and Consideration in the Law of Contracts" (1919) 28 *id.*, 621; "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws" (1920) 20 *Col. L. Rev.*, 247; "The Statute of Frauds and the Conflict of Laws" (1923) 32 *Yale L. J.*, 311; "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws" (1924) 33 *id.*, 736.

MOORE, U.: "Rational Basis of Legal Institutions" (1923) 23 *Col. L. Rev.*, 609; (with Hope) "An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking" (1929) 38 *Yale L. J.*, 703; (with Sussman) "Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts" (1931) 40 *id.*, 381, 555, 752, 928.

OLIPHANT, H.: "Mutuality of Obligation in Bilateral Contracts at Law" (1925) 25 *Col. L. Rev.*, 705; (1928) 28 *id.*, 997; "Trade Associations and the Law" (1926) 26 *id.*, 381; "A Return to Stare Decisis" (1928) 14 *A. B. A. J.*, 71, 159; (with Hewitt) "Introduction" to RUEFF, *From the Physical to the Social Sciences* (1929).

PATTERSON, E. W.: "The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices" (1924) 24 *Col. L. Rev.*, 335; "Equitable Relief for Unilateral Mistake" (1928) 28 *id.*, 859; "The Transfer of Insured Property in German and in American Law" (1929) 29 *id.*, 691; "Can Law be Scientific?" (1930) 25 *Ill. L. Rev.*, 121; (with McIntyre) "Unsecured Creditors' Insurance" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 212; "Hedging and Wagering on Produce Exchanges" (1931) 40 *Yale L. J.*, 843.

POWELL, T. R.: "The Study of Moral Judgments by the Case Method" (1913) 10 *J. Phil. Psych.*, 484; "Law as a University Study" (1917) 19 *Col. U. Q.*, 106; "Law as a Cultural Study" (1917) 4 *Am. L. S. Rev.*, 330; "The Nature of a Patent Right" (1917) 17 *Col. L. Rev.*, 663; "The Logic and Rhetoric of Constitutional Law" (1918) 15 *J. Phil. Psych.*, 645; "The Changing Law of Foreign Corporations" (1918) 33 *Pol. Sci. Q.*, 549; "How Philosophers May be Useful to Society" (1921) 31 *Int. J. Ethics*, 289; "The Business Situs of Credits" (1922) 28 *W. Va. L. Q.*, 89; "An Imaginary Judicial Opinion" (1931) 44 *Harv. L. Rev.*, 889.

RADIN, M.: "The Disseisin of Chattels: The Title of a Thief" (1923) 11 *Calif. L. Rev.*, 259; "The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think" (1925) 11 *A. B. A. J.*, 357; "Scientific Method and the Law" (1931) 19 *Calif. L. Rev.*, 164; "Legal Realism" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 824.

STURGES, W. A.: "Unincorporated Associations as Parties to Actions" (1924) 33 *Yale L. J.*, 383; "Commercial Arbitration or Court Application of Common Law Rules of Marketing" (1925) 34 *id.*, 480; Book Review (1926) 35 *id.*, 776; Book Review (1927) 40 *Harv. L. Rev.*, 510; (with S. O. Clark) "Legal Theory and Real Property Mortgages" (1928) 37 *Yale L. J.*, 691.

TULIN, L. A.: "The Role of Penalties in Criminal Law" (1928) 37 *Yale L. J.*, 1048.

YNTEMA, H. E.: "The Hornbook Method and the Conflict of Laws" (1928) 37 *Yale L. J.*, 468; Book Review (1929) 39 *id.*, 140; "The Purview of Research in the Administration of Justice" (1931) 16 *Iowa L. Rev.*, 337; "Mr. Justice Holmes' View of Legal Science" (1931) 40 *Yale L. J.*, 696; "The Rational Basis of Legal Science" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 925.

APÉNDICE II

RESULTADOS DETALLADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Este apéndice incluye los resultados de la investigación relativos únicamente a los puntos 1, 10 y 11. También se recopiló y presentó un informe similar al del punto 11 (es decir, incluyendo citas detalladas) respecto de los otros diez puntos. Desafortunadamente, el espacio reservado a petición del autor fue insuficiente para permitir su publicación. La parte que se ha incluido fue seleccionada a sugerencia del autor con el fin de exemplificar el método de investigación. Los datos completos de las obras citadas se encuentran en el Apéndice I.

Tal como está publicado, el trabajo, gracias a la cortesía del editor, ya excede materialmente el espacio que solicité. La elección de los puntos 1 y 10 vino determinada por su relativa brevedad; la del punto 11 por su importancia y carácter representativo. Los resultados que no han sido publicados se hallan a disposición de cualquier persona que esté interesada en obtenerlos.

Punto 1

Pound, *supra* nota 1, pp. 704-705: “Otro modo de aproximación a la ciencia jurídica, *considerado a menudo como la única vía hacia la realidad*, es el psicológico. *La explicación psicológica del papel de la razón en la conducta humana, del nivel al que las supuestas razones vienen después de la acción como explicaciones en lugar de antes de la acción como factores determinantes de la misma, ha causado una profunda impresión sobre la naciente generación de juristas*” (La cursiva es nuestra).

221

Pound, *supra* nota 1, p. 706: “Tampoco el neo-realismo psicológico actual se halla completamente liberado del dogmatismo *apriorístico* que reprocha a otros tipos anteriores de pensamiento jurídico. *En gran parte consiste en exponer lo que se considera que debe ser el curso de la acción judicial o del pensamiento jurídico a la luz de alguna teoría psicológica actual, más que en investigar la experiencia judicial registrada y su desarrollo jurídico para ver lo que revelan*” (La cursiva es nuestra)

Interpretación. No sabemos lo que estos fragmentos quieren decir exactamente. Tomamos, sin embargo, algunos elementos bastante claros: (1) La naciente generación de juristas está profundamente impresionada por la teoría de la racionalización. (2) *La teoría es ampliamente aceptada a priori y no se halla confirmada por la investigación de la experiencia judicial registrada.*

Está claro que la teoría de la racionalización se utiliza ampliamente. Nuestra evidencia se centra en la proposición (2): la falta de verificación de esa teoría por la investigación o su aceptación dogmática. Citamos ejemplos pertinentes donde los autores que han escrito sobre racionalización publican alguna investigación sobre la experiencia judicial registrada y lo que ésta revela. Las citas en paréntesis son de exposiciones teóricas del proceso de decisión que siguen líneas análogas a la teoría de la racionalización.

BINGHAM, W.: (todas las obras citadas); *no encontrada ninguna.*

COOK, W. W.: (“Scientific Method and the Law”, 231); “Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life”; “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, 470 y ss.; cf. “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”.

CORBIN, A. L.: (“The Law and the Judges”); “Contracts for the Benefit of Third Persons”.

FRANCIS, J.: (“Domicil of a Corporation”, 355 y ss.); *no encontrada ninguna*.

FRANK, J.: (*Law and the Modern Mind*, c. III; 104-105, y a través de toda la obra) véase *ibid.*, 110, 144-147, 170-201, solicitando tal verificación; y c. XII, iniciando una investigación.

GREEN, L.: (*Judge and Jury, passim*); *ibid. passim*.

HUTCHESON, J. C.: (“The Judgment Intuitive – The Function of the “Hunch” in Judicial Decisions”); *ibid. passim*.

KLAUS, S.: (Introducción a *Ex Parte Mulligan*, 54 y ss.); “Sale, Agency and Price Maintenance”.

LLEWELLYN, K. N.: (*The Bramble Bush*, cc. II-V); *Cases and Materials on the Law of Sales*, 336, 341-342, 573; *Präjudizienrecht u. Rechtsprechung in Amerika*.

MOORE, U.: (with SUSSMAN, “Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts”, 561, 566-567); *ibid.*, 381 y ss.

OLIPHANT, H.: (con HEWITT, Introducción a RUEFF, “From the Physical to the Social Sciences”); “Trade Associations and the Law”.

PATTERSON, E. W.: (“Can Law Be Scientific?”, 135); “The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices”; “Hedging and Wagering on Produce Exchanges”.

POWELL, T. R.: (“The Logic and Rhetoric of Constitutional Law”, *passim*); “The Business Situs of Credits”.

RADIN, M.: (“The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think”); “Statutory Interpretation” (1930) 43 *Harvard Law Review*, 863.

STURGES, W. A.: (“Unincorporated Associations as Parties to Actions” 397); *ibid.*; con S. O. CLARK, “Legal Theory and Real Property Mortgages”.

TULIN, L. A.: (“The Role of Penalties in Criminal Law”, 1059), pero el trabajo en sí mismo construye el fundamento.

YNTEMA, H. E.: (“The Hornbook Method an the Conflict of Laws”, 480 y ss.); *no encontrada ninguna*; el *Ohio Study* puede considerarse pertinente.

Además, anotamos como estudios pertinentes: DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”; LORENZEN, “Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, aunque no se ha encontrado ninguna discusión teórica sobre el proceso judicial en estos autores. No recordamos nada por parte de Clark en estos campos; él ha trabajado en ambos.

RESUMEN: (a) Favorables: tal vez Bingham, Francis, Yntema: 3; (b) Dudosos: ninguno; (c) En contra: 16; (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 10

POUND, *supra* nota 1, 708: “Muchos de los nuevos realistas jurídicos conciben el Derecho como *un conjunto de instrumentos que sirven los propósitos de los negocios, y no como un conjunto de medios dirigidos a la consecución de objetivos sociales*. Ponen todo el énfasis en las exigencias de una de las fases del orden económico. Para ellos, el *rasgo significativo* del Derecho es el de un conjunto de instrumentos que posibilita que se logren ciertos fines en el ámbito de los negocios y la industria. *Nos dan una versión jurídica de lo que yo he llamado la actitud empresarial ante el Derecho...* este programa de medios para posibilitar que

las organizaciones mercantiles funcionen y los planes de negocios progresen". (Las cursivas son nuestras).

Interpretación. Entendemos que este fragmento atribuye a muchos realistas (1) un interés exclusivo por los aspectos mercantiles del Derecho; (2) ese interés es contemplado desde el punto de vista del empresario, no desde el punto de vista de la sociedad como un todo.

Encontraremos elementos de negación (a) en intereses no empresariales; (b) en un interés por los problemas empresariales o industriales desde el ángulo de la política social y en la crítica del Derecho con vistas a conseguir que los negocios y la industria sirvan necesidades generales. En el grupo que examinamos dejamos de lado a los abogados no mercantiles, que no son contemplados: Bingham, Clark, Cook, Green, Hutcheson, Lorenzen, Powell, Radin, Tulin, Yntema. El material citado en el Apéndice I es suficiente para mostrar que no se les puede dirigir aquella crítica. En cuanto a los abogados mercantiles, la prueba consiste en ver si han realizado trabajos que *no* se ajusten a la descripción.

Corbin, en "Contracts for the Benefit of Third Persons" está tan interesado por los beneficiarios dentro de la familia como lo está en "Third Parties as Beneficiaries of Contractors" *Surety Bonds*" por las empresas; y este último toma como criterio básico (como siempre) el juicio, no del empresario, sino del público. Cf. "The Law and the Judges". Douglas, en las tres obras citadas, está interesado expresa y constantemente por las consecuencias sociales de los problemas. Francis ("Domicil of a Corporation") manifiesta un interés fundamental en la ciencia jurídica, pero no toca la política jurídica general; tampoco su obra apoya la posición del Decano. Todo el entusiasmo de Frank es por la justicia y la mejora de su administración. Klaus, en la Introducción a *Ex Parte Milligan* y la Introducción a *People v. Molineux* se compromete en el estudio del Derecho constitucional y penal. Llewellyn ("Free Speech in Time of Peace"; "Law Observance and Law Enforcement"; *The Bramble Bush*, cc. VIII y X; "What Price Contract? – An Essay in Perspective") difícilmente parece ligado al punto de vista del empresario. Moore ("The Rational Basis of Legal Institutions", editor con Rosenberg y Klaus de *American Trials*) conduce sus intereses hacia la antropología cultural, aplicada al Derecho; pero en la mayor parte de su obra enfatiza la investigación de la práctica, con la insinuación de que las normas de (no para) la decisión derivarán de las normas de acción. Oliphant ("Trade Associations and the Law", 383; "A Return to Stare Decisis", 160, deteniéndose en cuestiones familiares, políticas, constitucionales y de administración del Derecho) muestra tanto intereses más amplios que los empresariales como críticos con el empresariado. Patterson ("Equitable Relief for Unilateral Mistake", 880) subraya: "Excepto sobre fundamentos *apriorísticos*, es difícil entender por qué solo es relevante la conducta económica, aunque ésta sea la inferencia extraída de las decisiones", y en "Can Law Be Scientific?" y *The Insurance Commissioner* (1927) demanda control sobre los negocios. Sturges puede dar pábulo a la posición del Decano.

De los diez abogados mercantiles de nuestro grupo, uno (Sturges) puede respaldar la crítica de Pound; uno (Moore) puede prestarle plausiblemente respaldo; uno (Francis) no muestra nada que pueda justificar el alegato de Pound; y siete - aunque parte de su obra especializada en el ámbito de los negocios se haya desarrollado sobre premisas mercantiles- han demostrado claramente que su punto de vista es más amplio que el del empresario⁷⁶.

⁷⁶ Esta limitación a aquello que esté publicado bajo el propio nombre conduce a resultados curiosos en algunos casos: Cf. la omisión del interés de Oliphant en el Derecho de familia (notorio en JACOBS y ANGELL, *A Research in Family Law*, 1930, 8) y en la reforma procesal (estudios pendientes de publicación); o del trabajo de Moore en el Comité de Reforma del Derecho.

Punto 11

POUND, *supra* nota 1, 697: “Una vez que las realidades del orden jurídico han sido observadas y registradas, resta hacer algo con ellas”

“Repitámoslo. La descripción fiel de lo que hacen los tribunales, los legisladores y los juristas no es toda la tarea de la ciencia del Derecho”⁷⁷. *Id.*, 700.

“Se espera que las estadísticas muestren también cómo tiene (en un sentido psicológico) que administrarse la justicia, prescindiendo así de la cuestión de cómo debe administrarse... Inclinados a buscar la exactitud a costa de excluir totalmente este difícil problema (del “Deber ser”) de la ciencia jurídica”. *Id.*, 703.

Interpretación. Entendemos que los fragmentos previos y el tono general del artículo del Decano indican que los realistas están absortos en la descripción de las realidades del Derecho, con *la exclusión sustancial de todo interés por determinar lo que “Debe ser” hecho por medio del Derecho*.

(a) *Favorables*: Ninguno.

(b) *Plausibles*: CORBIN, “Contracts for the Benefit of Third Persons”, 13: “Hay Derecho en la medida en que hay uniformidad en la toma de decisiones y en su aplicación... Las normas son solamente una afirmación de la uniformidad de la corriente”.

“Book Review” (1928) 38 *Yale Law Journal*, 270: “Las uniformidades en la acción de los jueces constituyen los „principios“ de los que se compone el Derecho” Pero véase el trabajo de Corbin de reformulación del Derecho para el *American Law Institute*, así como el tono y el énfasis de cualquiera de sus escritos. Por ejemplo, “Third Parties as Beneficiaries of Contractors” *Surety Bonds*”, 15: “Las palabras razonablemente lo permiten y *la política social lo aprueba*” (La cursiva es nuestra). Véase especialmente “The Law and the Judges” en relación al juez prevaricador. *Refutado*.

LLEWELLYN: La sensación de un trabajo como “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, insistiendo en el estudio de los hechos como el centro del trabajo necesario. (Pero cf. *ibid.*, 442, 446, 463, n. 12). “The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research”, 670: “Muy a menudo, en el pasado, tales resultados han hecho que los asuntos sean más manejables que antes. Esto, sin embargo, es un interés inmediato del científico tanto como lo es la “corrección” o “in corrección” dogmática o moral de los fenómenos que está observando”. Pero, seguramente, el énfasis aquí está

⁷⁷ La afirmación central de que “la descripción fiel de lo que hacen los tribunales, los legisladores y los juristas no es toda la tarea de la ciencia del Derecho” necesita precisión en tres puntos. (1) La mayoría de los realistas insistirían en extender la descripción más allá de estos agentes para dar entrada al contexto social y a las consecuencias sociales de sus acciones. (2) La mayoría de los realistas insistirían en la necesidad de clasificar y ordenar de manera significativa el material descriptivo y de buscar constantemente regularidades, secuencias y “relaciones causales” en los fenómenos observados. (3) Muchos, si no la mayoría, defenderían que la *ciencia* del Derecho, *en cuanto distinta del arte práctico o de la relevante filosofía social* (ambos incluidos -entendemos- por el Decano en el término “ciencia”), no estaría preocupada por las valoraciones éticas; todo lo más, con las valoraciones acerca de la adecuación de medios particulares para conseguir fines asumidos o dados. Las proposiciones resultantes tendrían una forma similar a ésta: “si X es el fin que se persigue, la norma o institución jurídica Y está (o no está) razonablemente adaptada a su realización”. La *filosofía* trataría con la *conveniencia* del fin X y el *arte* con qué hacer después, entre tanto se desarrollan las disputas de los filósofos y las investigaciones de los científicos.

No entendemos, sin embargo, que el Decano esté abordando aquí estos temas. Y nuestro interés es comprobar si la *implicación de que los realistas no están interesados en cuáles debieran ser los ideales y los objetivos del Derecho* se sostiene.

en el “inmediato”. Y compárese *ibid.*, 671: “El abogado o el científico jurídico hará bien en distinguir en su investigación *y su acción* lo que conoce de lo que cree, en separar su ciencia jurídica de su prudencia jurídica...” con la nota: “... Desde luego, un técnico experto también desarrolla a veces intuiciones peculiares para la política jurídica en su campo. Ambas materias son tan claras y conocidas como para no requerir énfasis”. Y compárese con el material citado abajo. *Refutado*.

OLIPHANT, “A Return to Stare Decisis”, 73: “Un hombre puede abrazar el empirismo escéptico como un método de trabajo sin abrazarlo como una filosofía de vida”.

“Salvo que el *common law* tenga que ser caprichoso, debe desarrollar un cierto orden. Debe desarrollar un orden suficiente para que las acciones irregulares de los hombres revelen tendencias de prácticas habituales”. *Id.*, 76. Aunque se interprete que este fragmento no expresa un juicio normativo, véase el tono general de “Trade Associations and the Law” y de “Mutuality of Obligation in Bilateral Contracts at Law”, por ejemplo, en 1005, n. 16, 1000, n. 8: “El escritor se opone a la *Uniform Obligations Act* propuesta, que considera una temeraria super-generalización en la dirección inapropiada, puesto que pasa por alto los benéficos efectos de la doctrina de la consideración, uno de los cuales es que actúa como un elemento de control sobre las ganancias injustificadas por parte de quienes tienen una posición negociadora de superioridad”. Véase también “A Return to Stare Decisis”, 159: “La decisión de un caso particular por un académico atento es preferible a la decisión por un juez mal preparado...” *Refutado*.

(c) *En contra*⁷⁸: KLAUS, “Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks”, 283: “¿Qué modelo estándar de conducta por parte de los bancos deseamos establecer? La segunda cuestión es: ¿cuáles son las sanciones, jurídicas o no jurídicas, directas o indirectas, que, consideradas todas las circunstancias, es mejor imponer para conseguir el estándar elegido?”

⁷⁸ Compárense también en contra: BINGHAM, “What is the Law? 93; COOK, especialmente “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, 463, 467, 480, 488; “Scientific Method and the Law”, 231; DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”, 584-585, 594, 598; FRANK, *Law and the Modern Mind*, 119, 134, 168, 243, 281; GREEN, *Judge and Jury*, 225; HUTCHESON, “The Judgment Intuitive – The Function of the „Hunch“ in Judicial Decisions” *passim*; KLAUS, “Sale, Agency and Price Maintenance”, 333; MOORE, “The Rational Basis of Legal Institutions”, 611, 612; “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking”, 703 (“The central problem”); PATTERSON, “Hedging and Wagering on Produce Exchanges”, 877, 879, 884; “The Transfer of Insured Property in German and American Law”, 234; “The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices”, 359; POWELL, “The Study of Moral Judgments by the Case Method”, 484, 493; “Law as a Cultural Study”, *passim*; “Law as a University Study”, 121; “The Business Situs of Credits”, 19 y ss.; STURGES, “Commercial Arbitration or Court Application of Common Law Rules of Marketing”, *passim*; “Unincorporated Associations as Parties to Action”, *passim*; LLEWELLYN, “Free Speech in Time of Peace”; “What Price Contract – An Essay in Perspective”, 732, 733; “A Realist Jurisprudence – The Next Step”, 446, n. 12, 463, 477; *Cases and Materials on the Law of Sales*, “The Effect of Legal Institutions on Economics”, 670, 674, 676; CLARK, *Code Pleading*, *passim*; LORENZEN, “The Statute of Frauds and the Conflict of Laws”, 311, 324, 327, 334, 337; “Causa and Consideration in the Law of Contracts”, 643; TULIN, “The Role of Penalties in Criminal Law”, 1052, 1059, 1069. No se deriva de las citas específicas que el énfasis *fundamental* de todos estos hombres en su escritura o en su acción se sitúe en el lado de la evaluación ética o de la reforma. En cada caso o trabajo particular el énfasis, por el momento, se pone frecuentemente en el trabajo de recogida de los hechos, un preliminar necesario para la crítica inteligente. Lo que se afirma es que *dentro de los límites consecuentes con la especialización del esfuerzo*, cada uno de ellos ha *demostrado* su conciencia de, y su interés en, tales problemas.

Véase también FRANCIS, “Do Some of the Major Postulates of the Law of Bills and Notes Need Re-examination?” (1928) 14 *Cornell Law Quarterly*, 41.

RADIN, "Legal Realism" (1931) 31 *Columbia Law Review*, 825: "No pueden ser realistas a menos que sean bien conscientes de que, bien como jueces o bien como críticos de los jueces, el oficio de juzgar consiste en decidir entre un mejor y un peor reajuste de las relaciones humanas perturbadas por un suceso, y que los términos „mejor” o „peor” implican una evaluación y un estándar".

YNTEMA, "The Rational basis of Legal Science" (1931) 31 *Columbia Law Review*, 925, 935: "El movimiento científico en el Derecho en este país está oculto tras sus herramientas empíricas si no se puede ver debajo de ellas la búsqueda de la ciencia por establecer la justicia". Book Review, 142.

RESUMEN: (a) Favorables: Ninguno. (b) Plausibles: (i) No refutados: Ninguno; (ii) Refutados: 3; (c) En contra: 17; (d) No hallada evidencia: Ninguno.

Recensión

Legality

Scott J. Shapiro,

(2011) The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 472 pp.

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Carlos III de Madrid

mcla@polsoc.uc3m.es

Un positivismo excluyente (¿y ético?)

227

Scott Shapiro es uno de los autores más representativos de la actual jurisprudencia analítica. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Yale, autor de varios artículos de especial relevancia en Teoría del Derecho, y editor junto a Jules Coleman del prestigioso *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), Shapiro ha publicado recientemente su primer libro completo, *Legality*, del que próximamente aparecerá su traducción al castellano en la editorial Marcial Pons. Se trata de una obra ambiciosa y compleja, donde nuestro autor realiza una exposición sistemática y detallada de su concepción del Derecho y la interpretación jurídica. Sería demasiado atrevido por mi parte tratar de ofrecer aquí una visión exhaustiva de su contenido, por lo que me limitaré a dar una breve descripción del principal tema del libro, “la Teoría del Derecho como planificación social” (*The Planning Theory of Law*), primero en el ámbito abstracto de la Teoría del Derecho, y a continuación en el ámbito concreto de la interpretación jurídica.

El principal objetivo de *Legality* es usar la Teoría del Derecho como planificación social para demostrar la superioridad del positivismo jurídico frente al Derecho natural. Más concretamente, Shapiro defiende un positivismo excluyente, según el cual la existencia y el contenido de las normas jurídicas dependen únicamente de hechos sociales, de datos comprobables empíricamente. De ahí que su Teoría del Derecho se proponga como finalidad última mostrarnos la independencia de la práctica jurídica respecto a la moralidad política y el razonamiento moral. En mi exposición de sus argumentos analizaré críticamente hasta qué punto lo consigue.

La Teoría del Derecho como planificación social

Shapiro dedica la primera parte de su libro (capítulos 1-7) a describir minuciosamente su Teoría del Derecho como planificación social. El origen de esta teoría se puede situar en el problema que el autor denominó hace algún tiempo “la

cuestión del huevo o la gallina¹, y que aquí llama el “rompecabezas de la posibilidad” (*The Possibility Puzzle*) de la “autoridad jurídica” (pp. 20, 37-40, 45-46). Si las normas jurídicas sólo pueden ser creadas por la autoridad competente, y dicha competencia sólo puede establecerse mediante normas jurídicas, ¿de dónde surgen las normas que establecen la autoridad para hacer normas? Este rompecabezas parece condenarnos a un círculo vicioso, o a un regreso al infinito. Shapiro busca una salida en la estela de H. L. A. Hart: concretamente, en las reglas de segundo grado y, en última instancia, en la regla de reconocimiento, cuya base es puramente sociológica, no moral. Las normas que establecen quiénes tienen, y cómo deben usar, la autoridad para crear y aplicar normas jurídicas, son normas de segundo orden, basadas en la aceptación de los operadores jurídicos. “La existencia de la autoridad jurídica sólo puede determinarse *sociológicamente*” (119). La Teoría del Derecho de Shapiro trata de hacer ver esta verdad positivista mediante la analogía entre los sistemas jurídicos y los planes de acción social.

Sobre la base de los más recientes desarrollos de la teoría de la acción y la motivación², Shapiro desarrolla una sofisticada Teoría del Derecho como mecanismo o tecnología de planificación social. Los seres humanos somos criaturas que planifican. A diferencia del resto de los animales, tenemos la capacidad para diseñar y ejecutar planes, individual y socialmente, a pequeña y a gran escala. La necesidad de hacer planes surge por la complejidad de nuestros objetivos, la limitación de nuestras capacidades y el pluralismo de nuestros valores y preferencias. Las normas jurídicas surgen así como “planes generalizados, o normas semejantes a planes (*planlike norms*), producidos por aquellos que están autorizados para planificar por otros” (p. 155). “Los sistemas jurídicos son instituciones de planificación social, y su fin fundamental es compensar las deficiencias de otras formas alternativas de planificación en las circunstancias de la legalidad” (p. 171). Las circunstancias de la legalidad se dan siempre que una comunidad tiene múltiples y profundos problemas morales cuya solución es compleja y controvertida (p. 170). Esto explica, según Shapiro, por qué el derecho es considerado valioso: “Dada la complejidad, conflictividad y arbitrariedad de la vida moderna, existe una enorme necesidad moral de planificación para la guía, coordinación y control de la conducta” (p. 172). Frente a otras formas de planificación (ya sean individuales, como la improvisación, el ordenamiento espontáneo, o los acuerdos privados, o comunitarios, a través del consenso o formas personalizadas de jerarquía), los sistemas jurídicos son “ágiles, duraderos, y capaces de reducir los costes de la planificación social a un grado tal que los problemas sociales pueden resolverse de un modo eficiente” (ibid.). Los sistemas jurídicos no están vinculados a ningún fin o valor sustantivo en concreto; son “medios universales” que sirven para coordinar nuestro comportamiento intra- e inter-personalmente, de modo que podamos alcanzar fines complejos que no podríamos conseguir de otro modo (p. 173).

La esencia planificadora del Derecho no sólo se revela, según Shapiro, en las normas primarias que gobiernan la conducta, sino también en las normas secundarias que regulan la forma en que se hacen, reconocen y aplican las leyes. Los sistemas jurídicos no sólo planifican la vida social en condiciones de complejidad, sino que ellos mismos son producto de la actividad planificadora. Son planes compartidos por los funcionarios, que les capacita para planificar la vida social. Dichos planes tratan de superar los problemas enormemente complejos

¹ “On Hart's Way Out”, en J. Coleman (2001: 152).

² En especial, la obra de Michael E. Bratman (1999).

asociados a la organización de un sistema de planificación social. Dividen el trabajo social, especificando quiénes están autorizados para formular, adoptar, repudiar, afectar, aplicar y forzar los planes, y cómo deben actuar tales personas en las distintas fases de la planificación social (p. 176).

Para Shapiro, una vez que reconocemos el papel central que tienen los planes compartidos en el Derecho, podemos entender la afirmación positivista según la cual los criterios de validez jurídica sólo pueden ser descubiertos mediante observación empírica. La identificación de tales planes es una cuestión sociológica, no dependiente del razonamiento moral. “Un plan compartido sólo existe cuando ha sido diseñado para que un grupo pueda realizar una actividad conjunta, es públicamente accesible y es aceptado por la mayoría de los miembros del grupo en cuestión” (p. 177). El plan compartido puede ser moralmente aberrante; puede otorgar el control de la planificación social a un dictador malevolente o privilegiar a un subgrupo de la comunidad sobre los demás. De hecho, puede no tener el más mínimo apoyo por parte de la población que vive bajo su gobierno. No obstante, si la mayoría de los funcionarios aceptan un plan públicamente accesible y diseñado para ellos, dicho plan compartido existe.

De este modo, la teoría de la planificación social permite a Shapiro resolver el “rompecabezas de la posibilidad” de la autoridad jurídica. Dicha teoría afirma que un grupo tiene autoridad para crear normas jurídicas en una determinada comunidad cuando se dan dos condiciones: en primer lugar, el plan director del sistema autoriza a dicho grupo para planificar la vida social, y en segundo lugar, los miembros de la comunidad atienden normalmente a aquellos que han sido autorizados (p. 181). La existencia del plan, como hemos dicho, se puede comprobar por hechos sociales: alguna o algunas personas han diseñado el plan para ese grupo; parte de dicho plan autoriza al grupo para planificar por otros; el plan es públicamente accesible; y los miembros del grupo en cuestión lo aceptan. Cuando se dan tales condiciones, existirá un plan compartido y dicho plan autorizará a algunos para planificar por otros, imponiendo obligaciones jurídicas y confiriendo derechos. Cuando el grupo en cuestión actúa a partir de ese plan compartido, sus decisiones normativas generan, desde la perspectiva de dicho plan (“desde el punto de vista del sistema jurídico”), la obligación moral de obediencia (aunque dicho plan sea aberrante desde una perspectiva moral). En definitiva, la verdad de las proposiciones jurídicas no depende de la legitimidad moral del plan director del sistema: “las proposiciones jurídicas son descripciones de una perspectiva según la cual el Derecho es moralmente legítimo” (p. 187).

De este último punto surge el argumento fundamental por el que Shapiro pretende arrumar cualquier tipo de Derecho natural: para que los planes compartidos cumplan su función deben determinarse exclusivamente por hechos sociales (p. 177). Los planes compartidos sirven para guiar y coordinar el comportamiento resolviendo dudas y desacuerdos morales acerca de cómo actuar. Ese es el “objetivo moral” del Derecho como planificación social: “El objetivo fundamental de la actividad jurídica es poner remedio a las deficiencias de las circunstancias de la legalidad” (pp. 213, 215). Para Shapiro este argumento es metafísico, no moral. Surge de la naturaleza misma del Derecho como planificación social. “Un sistema jurídico no puede dejar de tener un objetivo moral si ha de ser un sistema jurídico [...] es parte de la identidad del derecho tener una misión moral” (p. 215).

Sin embargo, la Teoría del Derecho como planificación social encaja perfectamente dentro del denominado “positivismo ético o normativo”, el cual postula el objetivo último del Derecho desde un punto de vista normativo, para luego afirmar,

a partir de dicho postulado moral, la necesidad de identificar las normas jurídicas exclusivamente mediante hechos sociales³. Después de todo, la descripción que hace Shapiro del Derecho no es la única posible, y para elegir cuál nos parece correcta tenemos que decidir primero cuál es el objetivo moral del Derecho que nos parece más importante. Decir, como hace Shapiro, que el objetivo del Derecho está inscrito en la propia naturaleza del Derecho, parece incurrir en una evidente petición de principio.

La consideración como Derecho de una determinada planificación social es una cuestión controvertida, que depende no sólo de hechos sociales, sino también de criterios morales. Como señala Waldron, el argumento de Shapiro no es capaz de solventar esta dependencia final respecto de la moralidad política⁴. El uso de criterios morales para identificar qué plan es una norma jurídica no frustra necesariamente la función resolutiva del Derecho. Seguramente ese criterio será objeto de controversia, pero ésta será una discrepancia moral distinta a la que trata de resolver la ley. Por ejemplo, si establecemos que un plan tiene que ser imparcial para ser Derecho, y tratamos entonces de determinar un plan (que tenga rango de ley entre nosotros) para resolver el problema de la asistencia sanitaria de los indigentes, es cierto que habrá un profundo desacuerdo sobre el plan mismo (entre, por ejemplo, los partidarios de una sanidad pública y los que prefieren un sistema privado), pero dicho desacuerdo no tiene por qué coincidir con el desacuerdo que puede generar la aplicación del criterio moral de imparcialidad. Al fin y al cabo, la planificación social no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr algún fin que consideramos valioso. En una sociedad democrática habrá siempre un profundo desacuerdo respecto a cuál es ese fin último que se persigue con el Derecho, pero ese desacuerdo no coincide forzosamente con el tipo de desacuerdos morales que tratamos de resolver con dicha planificación.

230

Lo mismo cabría decir respecto a las concepciones de aquellos autores que exigen criterios morales para identificar una norma (o plan) como Derecho. Según Lon Fuller, por ejemplo, las normas (o planes) tienen que ser generales, públicas, prospectivas, inteligibles, consistentes, realizables, estables y congruentes con la conducta efectiva de los funcionarios. Para Fuller, estas condiciones garantizan el respeto a las personas como agentes libres y responsables, de modo que el incumplimiento completo o muy grave de cualquiera de ellas da como resultado no sólo un orden jurídico defectuoso, sino algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico⁵. El argumento de Shapiro no sirve para evitar dicha dependencia de la moral. Es cierto que puede existir un desacuerdo respecto a cuándo se cumplen tales condiciones, pero ese desacuerdo es distinto del que el Derecho trata de resolver. Sin embargo, Shapiro cree que podemos llegar a los principios de Fuller indagando descriptivamente en la naturaleza del Derecho (en su esencia planificadora). “Los positivistas pueden estar de acuerdo con Fuller en que la observancia de sus ocho principios es necesaria para la existencia de un sistema legal, y aun así rechazar que la existencia del Derecho dependa de hechos morales” (p. 395). Pero, en contra de lo que piensa Shapiro, no es cierto que una planificación efectiva requiera el cumplimiento de tales principios. El propio Fuller señaló cómo una concepción “gerencial” de la planificación puede obtener las ventajas de una acción planificada sin satisfacer las desideratas que garantizan el respeto a las

³ Para algunas de las elaboraciones más conocidas de este tipo de positivismo, vid. G. Postema, (1986), T. Campbell, (1996) y J. Waldron (2001: 410-433).

⁴ J. Waldron (2011: 894).

⁵ L. Fuller (1969: 39, 197).

personas como agentes libres⁶. En definitiva, el valor del derecho no reside únicamente en su naturaleza planificadora, sino en el objetivo o finalidad moral que tratamos de alcanzar con el uso del derecho como planificación social.

La interpretación jurídica basada en hechos sociales

En la segunda parte del libro (capítulos 8-14), Shapiro extrae las consecuencias de su Teoría del Derecho en el ámbito de la interpretación jurídica. No obstante, el argumento principal en este ámbito ya ha sido desvelado en la primera parte: si un determinado plan existiera únicamente cuando se considera justo, no podría cumplir su función de resolver dudas y desacuerdos sobre el correcto camino a seguir, puesto que, para su aplicación, los participantes tendrían que entrar en una deliberación o negociación que volvería a abrir el problema que el plan trataba de solventar. Tenemos que descartar, pues, cualquier interpretación constructiva del Derecho. La lógica de la planificación requiere que los planes sean comprobables a través de un método que no reactive las cuestiones mismas que los planes están diseñados para resolver.

Sin embargo, Shapiro no se conforma con este argumento. Por el contrario, aborda el problema de la interpretación jurídica a partir del debate Hart-Dworkin sobre la naturaleza de la teoría jurídica, y sobre el papel del razonamiento moral en la identificación del Derecho. Descarta, en primer lugar, el positivismo excluyente del propio Hart y Jules Coleman, haciendo uso precisamente del argumento que acabamos de señalar: si se incluyen en la regla de reconocimiento los principios morales, y se hace necesario el uso del razonamiento moral para determinar la existencia y el contenido de las normas jurídicas, entonces el Derecho pierde su razón de ser, puesto que deja de cumplir el fin que define su propia esencia (que no es otro que resolver las cuestiones morales y determinar qué acción emprender). Por este motivo, la Teoría del Derecho como planificación social defiende la posición del positivismo excluyente: “Puesto que la existencia o contenido del Derecho puede determinarse únicamente mediante hechos sociales, no hay peligro de que el proceso de descubrimiento jurídico frustre el propósito mismo de tener Derecho” (p. 275). Cuando se terminan las normas jurídicas con pedigree, se termina el Derecho, y el juez tiene que acudir al reino de la moral, extrajurídico, para crear nuevas normas jurídicas.

No obstante, Shapiro cree que su Teoría del Derecho como planificación social tiene una ventaja con respecto a los positivismos excluyente e incluyente. Según él, ambos surgieron como respuestas a la crítica antipositivista de Ronald Dworkin (1977) en *Taking Rights Seriously*, argumentando que se podía reconocer la existencia de principios morales dentro de la práctica jurídica sin por ello tener que abandonar el positivismo jurídico. Sin embargo, la crítica de Dworkin iba más lejos. Como señala Shapiro, en *Law's Empire* Dworkin (1986) puso de manifiesto el auténtico trasfondo de su crítica originaria, un trasfondo que había quedado sin tratar por las réplicas procedentes del bando positivista. Es más, según Shapiro, dichas réplicas carecen de la capacidad para dar una respuesta a dicha crítica. En esencia, lo que viene a decir Dworkin es que el positivismo no puede explicar los “desacuerdos teóricos” sobre el Derecho, es decir, las discrepancias acerca del mejor método para interpretar las normas jurídicas –o, dicho con terminología del propio Dworkin, desacuerdos acerca de los “fundamentos jurídicos” que indican si las afirmaciones sobre el contenido del Derecho en una determinada jurisdicción son verdaderas o falsas-. Si el Derecho estuviera basado únicamente en hechos sociales, como piensan los positivistas, entonces no habría este tipo de discusiones

⁶ L. Fuller (1969: 170 – 177, 210).



entre los operadores jurídicos. Por lo tanto, concluye Dworkin, debemos reconocer que el Derecho no sólo descansa en hechos sociales, sino también en consideraciones de moralidad política.

La réplica de Shapiro parte de unos presupuestos muy similares a los de Dworkin. Rechaza que la interpretación jurídica pueda basarse en convenciones o acuerdos sociales específicos; la metodología interpretativa adecuada requiere atribuir objetivos y fines al Derecho; no podemos entender los desacuerdos interpretativos si no los entendemos, al menos en parte, como discrepancias sobre el fin, valor u objetivo que se persigue con la sujeción de la vida social a normas jurídicas; y la metodología interpretativa más adecuada será aquella que mejor realice los objetivos que el sistema jurídico trata de alcanzar. A pesar de este amplio acuerdo en las premisas, Shapiro cree que su Teoría del Derecho como planificación social puede sostener una concepción positivista del Derecho por cuanto que permite resolver los desacuerdos interpretativos basándose únicamente en hechos sociales, es decir, sin acudir al razonamiento moral. Aunque la determinación de la metodología interpretativa adecuada implica atribuir un fin o propósito a la práctica jurídica, la teoría de la planificación social no cumple este requisito acudiendo a la filosofía moral y política, sino analizando “qué metodología armoniza mejor con los objetivos establecidos por los planificadores del sistema a la luz de sus juicios sobre competencia y carácter” (p. 382). El intérprete puede conocer “la ideología que anima cada régimen” mediante el estudio empírico del comportamiento y las actitudes del grupo social en cuestión: básicamente, los objetivos que se propone con su sistema jurídico, y su “economía de la confianza”, es decir, la competencia y el carácter que requieren a los operadores jurídicos. De este modo, la metodología interpretativa más adecuada depende del contexto social. Según esto, habrá sistemas jurídicos más proclives al textualismo u originalismo (con un nivel bajo de confianza en los intérpretes, a los que se les exige altos niveles de experiencia y cualificación), y otros sistemas más tendentes a la interpretación constructiva de tipo dworkiniano (donde se dan las circunstancias opuestas). Shapiro pone como ejemplo “la ideología de confianza” del sistema jurídico norteamericano, argumentando que los mecanismos contramayoritarios de su Constitución demuestran un alto nivel de desconfianza hacia los ciudadanos y sus representantes, lo cual pone de relieve, según él, lo irrazonable y peligroso que sería una interpretación constructiva del texto constitucional (pp. 313-30).

232

Según Shapiro, su teoría meta-interpretativa orienta la elección de la mejor metodología interpretativa basándose únicamente en hechos sociales. Sin embargo, hay dos momentos en los que el propio Shapiro parece reconocer que su meta-interpretación tiene que ir más allá de una investigación meramente empírica. En primer lugar, debido a la multitud de “planificadores sociales” que suelen intervenir en la construcción de un sistema jurídico con muy diversas actitudes de confianza, el meta-intérprete no puede limitarse a “extraer” meramente las actitudes de confianza que subyacen al sistema jurídico, sino que debe “sintetizarlas en una visión racional” (p. 366). ¿No significa esto diluir drásticamente las diferencias entre “extraer” y “construir”? ¿No se requiere entonces que el meta-intérprete utilice el razonamiento moral o político para unificar racionalmente las diversas actitudes? Algo así parece sugerir el propio Shapiro cuando más adelante reconoce que, a falta de un consenso social sobre los objetivos del sistema jurídico y la distribución de confianza, el desacuerdo interpretativo es irresoluble atendiendo únicamente a los hechos (p. 383). A pesar de ello, Shapiro afirma que esto no destruye su alternativa a Dworkin. Según él, aunque un acuerdo “escueto” no determine una sola metodología correcta, indica al menos cuáles son incorrectas (p. 383). Pero con ello

deja sin explicar, desde su teoría positivista, cómo deberían actuar los operadores jurídicos cuando tienen que interpretar el Derecho en tales circunstancias de desacuerdo.

En todo caso, como hemos visto en la primera parte, Shapiro tiene un argumento metafísico (que yo considero, no obstante, normativo o ético) por el que se descarta directamente cualquier interpretación constructiva o dworkiniana. La propia naturaleza del Derecho hace inviable, por autodestructiva, cualquier interpretación de este tipo. Se despeja así, en gran medida, el problema de la metodología interpretativa, dejando apenas sin sentido cualquier investigación empírica posterior acerca del grupo social. Sólo cabría averiguar cuál de las opciones no constructivas sería la más adecuada para el grupo en cuestión (textualismo, originalismo, o alguna otra metodología similar).

Para concluir, creo que la teoría de Shapiro no logra alcanzar su principal objetivo: independizar la práctica jurídica del razonamiento moral. En mi opinión, la naturaleza planificadora del Derecho no hace a éste intrínsecamente valioso. Al contrario, es el objetivo o valor moral que deseamos realizar con el Derecho lo que otorga valor a las normas jurídicas. Y a veces ese objetivo o valor requiere que los operadores jurídicos empleen el razonamiento moral en la aplicación de ciertas normas (o en la interpretación de ciertos términos abstractos de las normas). Con todo, creo que estamos ante un libro importante y sugestivo, que a buen seguro abrirá nuevas vías de discusión en la Filosofía del Derecho.

Bibliografía

233

- COLEMAN, J. (ed.) (2001), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, Oxford University Press, Oxford.
- BRATMAN, M.E. (1999), *Intention, Plans and Practical Reason*, Center for the Study of Language and Information, Stanford.
- POSTEMA, G. (1986), *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford.
- CAMPBELL, T. (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Darmouth, Aldershot.
- WALDRON, J. (2001), "Normative (or Ethical) Positivism", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, Oxford University Press, Oxford, pp. 410-433.
- WALDRON, J. (2011), "Planning for legality", *Michigan Law Review*, 109, Law Department of the University of Michigan, pp. 883 - 902. Disponible en línea: <http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/109/6/waldron.pdf> Revisado el 15 de enero de 2012.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, 2^a ed., Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.



RINCON

Recensión

Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido
Rafael Escudero Alday (coord.),
(2011) Los Libros de la Catarata, Madrid, 136 pp.

Begoña Marugán Pintos
Universidad Carlos III de Madrid
bmarugan@polsoc.uc3m.es

El *Diccionario de memoria histórica* es una reconstrucción teórica rigurosa del pasado en el intento de contribuir a la creación de una ciudadanía respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos.

La existencia del libro como producto tiene en sí misma valor assertivo. En cuanto a sus contenidos, tiene carácter propositivo al tratar de clarificar conceptos, informar sobre los derechos que el Derecho internacional reconoce a las víctimas del franquismo y señalar los vacíos y limitaciones de algunos de los derechos que el Estado español debería garantizar; sin embargo, se inicia con una formulación que más que una aseveración es la proyección de un deseo: que “el proceso de recuperación de la memoria histórica sea el fenómeno político más relevante acaecido en España en los últimos tiempos” (p. 7). Y es que, una cuestión es que éste sea un tema importante para un nutrido número de personas, y otra, muy distinta, que para el interés general y la clase política en particular sea relevante. Habría que recordar que el proceso de recuperación de la memoria histórica “surge alejado de los cauces oficiales, de la universidad y del parlamento y que nació de la propia sociedad civil”, además, que la salida del PSOE, ante la presión de asociaciones de familiares y víctimas, fue la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. Una Ley limitada que no parece satisfacer a las víctimas y que hoy en día, tras la mayoría absoluta de la derecha en las urnas, podría ser modificada, según declaraciones del actual presidente el gobierno al Diario “El Mundo” (30/01/2012) al entender que está siendo utilizada como un “circo político”.

Al margen del rechazo explícito de la derecha española y de “la utilización de todo su aparato mediático y político para intentar frenar el impulso de este proceso” (p. 9), el tratamiento que se está dando a la recuperación de la memoria histórica desvela la pervivencia del franquismo sociológico de la sociedad española. El franquismo sociológico se explica por la represión prolongada durante cuarenta años, el miedo a la repetición de la Guerra Civil e incluso la valoración positiva del

RINCON

papel del franquismo en el crecimiento económico que se produjo durante el desarrollismo. En la actualidad, va más allá de la herencia del pasado franquista en el acusado personalismo de los gobernantes y el mayor peso que, a diferencia de otras democracias europeas, tiene en España el Poder Ejecutivo con respecto al Legislativo. El franquismo sociológico es ese conjunto de actitudes sociopolíticas conformistas, pasivas y resignadas que se han interiorizado generacionalmente y perviven en la mayoría social. Obviamente, este comportamiento actitudinal no es absoluto -porque el poema de Antonio Machado de "españolito que vienes al mundo te guarde Dios, una de las dos Españas ha de helarte el corazón" se actualiza constantemente-, pero está demasiado extendido. La propagación de ese comportamiento pasivo, conformista y temeroso permitiría entender las barreras con que se encuentra la búsqueda de la verdad y el silencio cómplice de una mayoría instalada pasivamente como mera espectadora de unos hechos que entiende que no sólo no les concierne, sino que han prescrito.

A pesar del sufrimiento, la tenacidad y constancia de esa "España memorialista" y de la importancia que suponen todas aquellas acciones encaminadas a luchar contra el olvido, como sería la publicación y difusión de este libro, la memoria histórica no se concibe como un derecho de ciudadanía, lo que supondría afrontar esta cuestión en términos colectivos y de futuro. La Ley 52/2007 reconoce "el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía", pero no hay un "derecho a la memoria histórica colectiva". No sólo no hay una condena explícita general del pasado, sino que hay un intento de borrarlo, de silenciarlo, de mirar hacia adelante, como si fuera posible el futuro sin ser construido en un proceso histórico constante. Es esa mayoría silenciosa y cómplice la que sólo puede avistar en la recuperación de la memoria el temor de la resurrección del conflicto, sin ser capaces de entender que "la memoria es capaz de ver la fuente del futuro en el pasado derrotado" (p. 16) y de ahí la relevancia política de este movimiento.

Corresponde a toda la sociedad reconocer la necesidad de la reparación de las víctimas y contribuir a ella (Vinyes, 2010). Se hace difícil desvincular calidad de vida, bienestar y conciencia de ciudadanía sin la socialización en el reconocimiento público de los desastres de la dictadura. Pero este reconocimiento se vivencia lejano ante una ciudadanía que arrastra ese franquismo sociológico y que se muestra indiferente. Por ello, en estos momentos de democracia de baja intensidad y de crisis sistémica, donde se rebajan aún más los derechos duramente conquistados, - al igual que Gramsci- odio a los indiferentes. "Lo que sucede no es tanto debido a la iniciativa de unos pocos que trabajan como a la indiferencia y al absentismo de los muchos" (Gramsi, 2011:19).

En este sentido, y a pesar de la oposición que se ha despertado en todos los ámbitos de la vida y la cultura (arte, cine, teatro, derecho, etc.), no es de extrañar que treinta y cinco capitales de provincia españolas aún mantengan topónimos dictatoriales en su callejero, que perdure una estatua del dictador en Melilla o que luzca su efigie en la Plaza Mayor de Salamanca (p. 91), que se desprecien y/o veten los archivos, que se siga reproduciendo la historia oficial en los centros educativos y académicos y que desde instituciones oficiales, como la Real Academia de la Historia, se financie con 5,8 millones de euros, en tiempos de crisis, el *Diccionario Biográfico Español*, en el que se hace un uso ideológico de la historia con fines partidistas (Marcos, 2012).

Sin restar responsabilidad a esta mayoría por su indiferencia, en su descargo habría que decir que tal apatía ha sido abonada y cultivada por la clase política. Hay un rechazo de la derecha a reconocer el golpe de estado de 1936 y a revisar el

relato histórico de “sus años de gloria”. “Notable es también el rechazo que la recuperación de la memoria histórica provoca entre quienes se resisten a admitir cualquier crítica hacia el modo como se desarrolló la transición a la democracia” (p. 9). Desde posturas más progresistas prima la reconciliación como ideología. La Exposición de motivos de la Ley 52/2007 no deja lugar a dudas: “El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que tradujo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora”. Y añade “el espíritu de la Transición da sentido al modelo constitucional de convivencia”. Ante estas aseveraciones, cualquier pregunta que interroge el pasado se juzga como un peligro de destrucción de esa convivencia. De ahí “la insistencia en que la amnistía de 1977 cerró este asunto y permitió la reconciliación entre los españoles” (p. 43). Desde esta ideología de la reconciliación se presentan a “los bandos” con responsabilidad a partes iguales y se vacía al Estado de responsabilidad ética, quedando éste reducido a mero gestor administrativo sin proyecto político, ya que “un proyecto político es algo que surge del conflicto histórico y de la necesidad de resolverlo” (Vinyes, 2010).

Del otro lado está toda una corriente de historiadores, periodistas, filósofos, juristas, artistas y, sobre todo, asociaciones de víctimas que pretende desvelar ese conflicto y conocer la verdad del pasado para construir un futuro democrático para todos. La difusión de este *Diccionario de Memoria Histórica* sería uno de esos necesarios instrumentos de debate público. Desde la sociología, se destacan en el mismo dos aspectos relevantes: en primer lugar, la pertinencia de aclarar conceptos que definen gran parte del proceso de recuperación de la memoria histórica; y en segundo lugar, la lucidez de unos contenidos que permiten pensar la realidad social.

236

El lenguaje y su potencia

Cuentan que el emperador chino Che Huang Hi, tras haber publicado un diccionario oficial para “asegurar su autoridad y consolidar la paz”, proclamó: “He impuesto el orden a la multitud de seres, y puesto a prueba actos y realidad: cada cosa tiene el nombre que le conviene” (Muñoz, 1987: 41). La cuestión es: ¿a quién conviene esta realidad que sólo existe cuando se nombra?

El lenguaje es anterior al habla. Cuando somos arrojados al mundo, el lenguaje ya está ahí, lo usamos en nuestra vida diaria y forma nuestro conocimiento y desarrollo. Nuestra experiencia y existencia pueden depender del sistema de categorías construido para pensar el mundo y las cosas, pero ni los intercambios simbólicos constituyen meros actos de comunicación, ni las palabras son neutras. Quizá, como para Che Huang Hi, las palabras consigan mantener el orden establecido, con sus relaciones de dominación, sus derechos y sus atropellos e incluso naturalizar lo inaceptable, pero para aquellas personas que sabemos que los intercambios simbólicos encubren y reflejan relaciones de poder y que la realidad se construye simbólicamente, es imprescindible desvelar las trampas del lenguaje.

En este momento en que el *Diccionario Biográfico Español* destaca el valor militar del “Generalísimo o Jefe de Estado” Francisco Franco y califica el régimen del dictador de autoritario, pero no totalitario, y en que a la dictadura chilena se le denomina “régimen militar” se hace más necesario que nunca aportar claridad conceptual. Y ésta es precisamente la pretensión del *Diccionario de Memoria Histórica*.

Obviamente, ni la temática, ni el objetivo de la obra, ni la elección del método de estudio y la forma de presentación del producto son ajena a su tiempo y a sus redactores. Tampoco lo son a la persona que coordina el libro, ni al grupo coral que lo construye. Cada una de estas elecciones compromete a las personas que presentan su investigación porque bajo el intento de explicar el significado de diecinueve conceptos late la pasión por construir la democracia, a partir de los derechos humanos, la legalidad, la crítica social y, sobre todo, el trabajo bien hecho. La ordenación de los conceptos se realiza a través de las piezas, el contexto y las políticas de la memoria, para acabar apelando a las luchas por la dignidad. Y es que este pequeño libro, además de aportar *conceptos contra el olvido*, como especifica su subtítulo, a los sociólogos nos abre un camino de esperanza ya que “la sociología no puede versar sobre el presente sino buscando su génesis en el pasado” (Beltrán, 1985: 12).

No hay explicación sociológica sin una contextualización histórica

Conceptos como represión, nacionalcatolicismo, transición, amnistía, impunidad, exhumaciones, desapariciones o justicia transicional son definidos por especialistas en materias tales como derecho, historia, filosofía, periodismo, ciencia política o medicina. La importancia de este esfuerzo es enorme pues, como se mencionaba más arriba, las palabras tienen la capacidad de codificar lo social y ordenar el mundo. Sin embargo, el contenido global del libro trasciende cada una de sus llamadas. De hecho, la presentación del libro en forma de diccionario es un reflejo, sintomático, de la fragmentación y heterogeneidad de la situación actual del movimiento memorialista y del momento inicial en el que se encuentra la recuperación de la memoria histórica. Una recuperación que empieza a dar sus primeros pasos, expresados a modo de pequeños balbuceos porque las trabas a la investigación de la verdad, la ausencia de reparación de las víctimas, la lenta y difícil aplicación de la mermada Ley 52/2007 y la falta de aplicación del Derecho Penal internacional imposibilita que sea de otro modo. Y que no variará, más que a peor, si se sigue considerando el derecho a la memoria como individual y familiar y no se da el salto al derecho colectivo a la memoria.

En su conjunto, la obra ofrece claves que incitan a pensar si este presente democrático se puede construir a base de olvidos, mentiras, engaños y silencios. La respuesta es obvia, porque es el conocimiento del pasado el que posibilita el entendimiento del presente. La historia no es el relato de la historia, son hechos y no se puede invisibilizar el sufrimiento. El relato nacionalcatólico de la Guerra civil, la glorificación de la dictadura franquista y la “ejemplar” transición de la historia oficial no han soportado el doloroso recuerdo de las víctimas. Saramago decía que “sin memoria no existimos” porque el pasado no es sino el embrión del presente.

Ahora bien, “el pasado no es libre. Ninguna sociedad lo deja librado a sí mismo. El pasado del pasado está fijado. El pasado es controlado, gestionado, conservado, explicado, contado, conmemorado, magnificado, envilecido o guardado” (Robin, 1989: 70) y por ello “lo que somos es sencillamente lo que hemos sido” (Lledó, 1978: 71-72). Así se puede llegar a entender, que no justificar, que los ministros juren la Constitución con la mano sobre la Biblia; que, en la inauguración de la X Legislatura, se aplauda largamente al rey que dejó Franco como su sucesor; que la alcaldesa de Madrid pretenda dedicar una calle a Manuel Fraga, el que fuera ministro de propaganda del régimen franquista, de la que fue protagonista e intenso defensor; o que se condene al juez Garzón por su decisión de investigar los crímenes del franquismo. Y es que, como Bloch afirmara, “la incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado”.



Reivindicar el valor de la II República, recuperar la memoria histórica y a las víctimas son actuaciones necesarias para tener en el presente una “ciudadanía respetuosa con la cultura de la legalidad, la democracia y los derechos humanos”. Además de ser muy poco respetuosos, están muy equivocados aquellos que piensan, como José M^a Aznar, que recuperar “el espíritu de concordia (...) no se hace removiendo huesos”. “El olvido puede ser útil, pragmático u oportunista, pero nunca será justo”, nos recuerda el juez emérito del Tribunal Supremo José Antonio Martín Pallín. Ya no se puede devolver la vida, la salud, los años de cárcel o de espera, los bienes incautados, eliminar el miedo y el tiempo de la incertidumbre sobre el destino de los familiares asesinados y de los niños robados, pero las víctimas tienen derecho a conocer la verdad y se merecen la reparación efectiva de los daños. Sin embargo, la memoria histórica no sólo concierne a las víctimas y sus familiares. Implica social y políticamente a toda la ciudadanía porque el olvido puede llevar a la pérdida de dignidad y la impunidad de los crímenes de Estado es una desgracia política que contamina todo.

La construcción de esa democracia que hoy se clama en las calles también precisa que se hagan efectivos los principios de verdad, justicia y reparación. Sin esto será imposible construir un presente democrático y garantizar el futuro para la ciudadanía. Por esta centralidad en la construcción de un futuro mejor, el proceso de recuperación de la memoria histórica debe ser un fenómeno político relevante para toda la sociedad.

Bibliografía

- BELTRAN VILLALBA, M. (1985), “Cinco vías de acceso a la realidad social”, *REIS*, Núm. 29, pp. 7-41
- BERTAUX, D. (1989), “Los relatos de vida en el análisis sociológico”, *Revista Historia y Fuente Oral*, Núm. 1, pp. 87-96
- GRAMSCI, A. (2011), *Odio a los indiferentes*, Madrid, Ariel.
- MARCOS, J.M. (2012), “Una lección de historia para derribar los mitos del franquismo”, *Diario Público*, 24/02/2003.
- MUÑOZ DARDE, V. (1987), “Bourdieu y su condición social del lenguaje”, *REIS*, Núm. 37, pp. 41-55.
- LLEDÓ, E. (1978), *Lenguaje e historia*, Barcelona, Ariel.
- ROBIN, R. (1989), “Literatura y biografía”, *Revista Historia y Fuente Oral*, Núm. 1, pp. 69-85.
- VINYES, R. (2010), “La reconciliación como ideología”, *Diario El País*, 12/08/2010.



R
I
N
C
Ó
N

Recensión

Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal

Rosa Cobo,

(2011) Los Libros de la Catarata, Madrid, 234 pp.

M^a Candelaria Quispe Ponce

Universidad Complutense de Madrid

macandelariaquispe@yahoo.es

239

Aparcar las disputas intrafeministas y concentrarse en la creación de solidaridades y pactos políticos entre mujeres a fin de hacer frente a la insólita reacción patriarcal, que en medio de un “escenario mundial de desorden”: desorden geopolítico e internacional, desorden económico y político, desorden ético y normativo, se viene produciendo, es una de las principales demandas que plantea la socióloga feminista Rosa Cobo en el libro *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal*.

En el primer capítulo, dedicado a la *Reacción patriarcal*, Cobo sostiene que una de las causas fundamentales, entre otras, que han contribuido a tal reacción, es el resurgimiento del neofeminismo radical de los años setenta, cuya ola vindicativa surge y se hace oír no sólo en el tercio rico, sino también en los dos tercios pobres del mundo. Es tal la magnitud de la ola de cambios que produce este neofeminismo que desemboca en la crisis de los dos grandes *nomos* que articularon las sociedades modernas y las contemporáneas: el contrato social y el contrato sexual.

La tesis que mantiene nuestra socióloga, es que ante este resquebrajamiento del dominio patriarcal, se produce una insólita reacción que encuentra su plataforma de recursos para desarrollarse en el corazón de dos grandes procesos sociales que tienen lugar en las últimas décadas: el *Multiculturalismo*, en tanto que el patriarcado ha establecido un sistema de alianzas con las élites masculinas culturales, pues, en definitiva, las culturas han sido y son un campo de lucha patriarcal y una excusa para que las mujeres regresen a “su lugar”, al sitio tradicionalmente asignado por las élites masculinas; y la *Globalización del Capitalismo*, con la que el patriarcado ha establecido una alianza sólida y mutuamente rentable, pues las políticas económicas neoliberales, con sus programas ilimitados de privatización y sus exigencias de ampliación de los beneficios económicos, imponen determinadas prácticas que afectan significativa y negativamente la vida de las mujeres: aumento del trabajo no remunerado, feminización de la pobreza y feminización de la supervivencia, entre otros.

Destaca nuestra especialista en Rousseau (Cobo, 1995) que, los varones que establecen estos pactos patriarcales interclasistas, interraciales e interétnicos, no son un todo uniforme e indiscernible, no tienen las mismas características en todas las regiones del mundo ni tampoco constituyen una fraternidad universal compacta. Así, ubica hasta dos tipos de reacción: El primero se presenta de un modo pacífico, viene revestido de argumentaciones aparentemente moderadas y “técnicas”, y, pueden ser hallados en el seno de colectivos masculinos progresistas e intelectuales con afirmaciones del tipo: “No son necesarias leyes de igualdad porque las mujeres ya son iguales a los varones”; “Las cuotas rompen el principio de igualdad”; “Las mujeres no necesitan cuotas: las que valen llegan”, entre otras. Estos varones sueñan con sociedades patriarcales consensuadas con las mujeres, en las que ellas han adquirido una autonomía y libertad condicionada a la masculina, pero en ningún caso reclaman el uso de la violencia.

El segundo tipo de reacción patriarcal apela a la violencia, y viene constituido por lo que Rosa Cobo denomina “los nuevos bárbaros del patriarcado”, que son los sectores más duros e intolerantes del patriarcado que han entendido que la violencia es una respuesta de emergencia ante las mujeres que han ganado autonomía y libertad en muchas regiones del mundo. Así, fraternidades masculinas producen una violencia que actúa como principio de excepción del sistema de dominio patriarcal. Una vez que los bárbaros del patriarcado han entendido que el consenso sobre el que reposa la dominación masculina se ha roto, empieza la coacción y la violencia.

De acuerdo con Cobo, es aquí donde funcionalmente se alían: *la servidumbre cultural, explotación capitalista y la violencia sexual*. Alianza que se concreta, entre otras, a través de dos graves formas de violencia. La primera, los feminicidios: una mujer joven e indígena que sale de trabajar cualquier noche de una maquila en Guatemala o Ciudad Juárez es violada, torturada o asesinada. La segunda, es la poderosa e imparable imagen de la violencia masculina y de la desindividualización de las mujeres que se concreta en la prostitución. Este fenómeno social, la prostitución y la trata de mujeres para la explotación sexual, es probablemente la otra metáfora, junto a la maquila, que ilustra con precisión la reacción patriarcal.

240

Pues bien, a explicar esos tres fenómenos: multiculturalismos, globalización capitalista y nuevas formas de violencia patriarcal, dedica nuestra autora los capítulos segundo, tercero y cuarto del libro, respectivamente; y, en el último nos muestra, lo que denomina, la otra cara de la dominación, la de las luchas de las mujeres por su emancipación. El objetivo que se plantea Rosa Cobo, no es pues contar una historia de víctimas sino de oprimidas que luchan y sueñan con la autonomía, la libertad y la igualdad.

En el capítulo segundo, *Sobre Multiculturalismos y Feminismos*, realiza una crítica al multiculturalismo, que aunque es considerado por nuestra autora como un paradigma inscrito en el marco del pensamiento y de las políticas contemporáneas críticas y progresistas, amerita la denuncia de un sustrato profundamente conservador en su núcleo: la apelación al pasado y a la tradición señalan la conexión entre el pensamiento político conservador y partes del pensamiento multiculturalista. Así, sostiene que el debate sobre multiculturalismo debe ser sometido a preguntas específicamente feministas debido a que los registros “tradición” y “religión” han sido históricamente usados por los varones para reproducir, y a veces reforzar, las relaciones jerárquicas entre los géneros.

RINCON

Cobo sostiene que en el debate en torno al encuentro y desencuentro entre culturas se han configurado dos posiciones opuestas: de un lado, la de quienes argumentan la conveniencia de la hegemonía de Occidente y, de otro, la de quienes estiman que hay que reforzar las identidades de las culturas y minorías históricamente discriminadas e inferiorizadas por las identidades culturales hegemónicas. A entender de nuestra autora, aquellos que se identifican con la hegemonía de Occidente lo hacen en nombre de un falso universalismo y quienes critican el etnocentrismo occidental y celebran las identidades suelen hacerlo desde la postmodernidad, que ha hecho de sus críticas a Occidente uno de sus núcleos teóricos fundamentales.

En las tesis de Taylor se encuentra el fundamento de las políticas de reconocimiento y en las de Huntington, los argumentos para justificar las políticas asimilacionistas. Ni unas ni otras son defendidas por Cobo, porque el deficitario universalismo que propone Huntington ha de ser cuestionado a la luz de su ceguera frente al género, y frente a otras dominaciones, y las políticas de reconocimiento que postula Taylor buscan fortalecer los códigos culturales de las diferentes comunidades como señal de identidad colectiva, pero sin poner en cuestión que una gran parte de esos códigos están profundamente marcados por los privilegios de las élites patriarcales.

En todo caso, la cuestión radica en encontrar una posición que, rechazando la asimilación, postule un universalismo amplio y verosímil y que, al tiempo coloque el reconocimiento como una política no excluyente ni opuesto a ese universalismo ancho en el que todos y todas podamos reconocernos como iguales en derechos y en acceso a los recursos. Un universalismo verosímil, en la línea de reivindicación del sujeto verosímil que postula Celia Amorós, y no “sustitutorio”, tal como lo denomina Seyla Benhabib. Esta posición ético normativa debe incluir como parte central de esa propuesta que las fronteras que han de deshacerse no sean sólo las culturales, sino también las de género. En este contexto se sostiene que las “fronteras” entre hombres y mujeres están enmascaradas por ideologías de la diferencia. La ideología de la superioridad de Occidente que produce excluyentemente al “otro” está atravesada por una ideología de la superioridad masculina, profundamente arraigada tanto entre quienes han fabricado la ideología de la superioridad de Occidente como entre los que han sido heterodesignados como “los otros”. Esta silenciada ideología ha pactado la producción de “la otra”, de modo que la ideología de la exclusión cultural se superpone a la exclusión de las mujeres y la primera invisibiliza a la segunda.

El feminismo pronto se incorporó al debate sobre el multiculturalismo, hasta el extremo que el multiculturalismo se convirtió en una lógica teórica política que dio voz a mujeres que no se sentían cómodas con el movimiento. Las mujeres que se aproximaron al multiculturalismo pusieron sobre la mesa la necesidad de replantear el proyecto político feminista a la luz de estructuras sociales como la raza, la etnia o la sexualidad. Producíendose de este modo, una enfatización de las diferencias entre las mujeres de diferentes razas, etnias, culturas, clases sociales y sexualidades.

De acuerdo con Cobo, las feministas que defienden la alianza entre feminismo y multiculturalismo suelen considerar que su pertenencia a las minorías es tan determinante que quiebra la propia idea de mujeres. En general, la posición más frecuente entre feministas multiculturalistas es priorizar la opresión cultural, económica, racial o sexual de la minoría a la que pertenecen y, por ello mismo, cuestionar la categoría “mujeres”. En este cuestionamiento subyace un subtexto: las

diferencias entre mujeres pertenecientes a distintos colectivos son tan significativas que hacen difícil encontrar elementos comunes entre las de unos y otros grupos.

Asumir este punto de vista es dinamitar el supuesto sobre el que se ha fundado el feminismo: que las mujeres, todas, por encima de las diferencias que nos separan, somos objeto de la dominación masculina. Si prescindimos de este supuesto, es decir, de “las mujeres” en ese sentido, como grupo oprimido, el feminismo ha perdido su sujeto colectivo. Y una cosa es reconocer las diferencias que oprimen a las mujeres y otra muy distinta es hacer de las diferencias un paradigma político. Por ello, es necesario visibilizar la macroestructura masculina que expropia a todas las mujeres de recursos y derechos. Sacar a la luz esa estructura hegemónica que es el patriarcado es la mejor contribución para hacer del feminismo un proyecto político transformador.

Concluye Cobo, sosteniendo que el feminismo no puede renunciar a un proyecto político autónomo y a la constitución de las mujeres en sujetos políticos, pero tampoco puede cerrar los ojos a la existencia de grupos de mujeres con experiencias concretas y específicas de opresión. Construir un universalismo amplio, autocrítico, que no sea ciego a las diferencias, que no se deje bloquear, según el término de Besis, por los intereses de las élites patriarcales y que no silencia a las “otras” debe ser uno de los objetivos del feminismo del siglo XXI. Este universalismo no puede ser sólo político, sino también filosófico, es decir, no puede renunciar la idea de una única humanidad porque este punto de vista es el fundamento de una teoría amplia y comprensiva de los derechos humanos para todos y cada uno de los individuos.

Si bien la idea que subyace en el multiculturalismo es la necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales, ello no supone que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para la libertad y la igualdad de los humanos. En ese sentido, Cobo plantea la urgente necesidad de construir colectivamente criterios éticos universales que resten legitimidad a todos los valores y las prácticas basados en la dominación y la discriminación. Los derechos humanos son, sin duda un buen punto de partida. Esta ética debe ser lo suficientemente universal para sortear, de un lado, las posiciones etnocéntricas y, de otra, las identitarias. Una ética en cuyo epicentro se alcen dos horizontes regulativos: la defensa de la subjetividad individual y de la solidaridad en estos difíciles tiempos de dominación neoliberal y de reacción patriarcal.

242

En el capítulo tercero, *Globalización Capitalista y Servidumbres de Género*, Cobo analiza de forma magistral los efectos perversos que la globalización de las políticas neoliberales produce en la vida de las mujeres. Para realizar este análisis, pone de relieve la profunda crisis que están experimentando, de un lado, los dos grandes contratos que articularon la Modernidad: el contrato social, que garantizaba los estados de bienestar, y, el contrato sexual, que garantizaba el modelo del varón como proveedor universal de la familia. De otro, la crisis de los estados-nación, que están perdiendo parcelas de soberanía frente a corporaciones transnacionales del capitalismo transnacional (El Banco Mundial, El Fondo Monetario Internacional, MERCOSUR, etc.).

Frente a los distintos focos de opresión que está generando la globalización capitalista, a entender de Cobo, se atisban nuevos proyectos colectivos emancipatorios. Estos proyectos políticos críticos deben vislumbrar la posibilidad de articulación ética y política en un único proyecto de transformación social en torno a

la idea de igualdad de derechos y recursos. Una igualdad que tenga la capacidad de combinar políticas de redistribución y políticas de reconocimiento¹ no esencialistas.

Rosa Cobo, sostiene la necesidad de reflexionar sobre el diseño de un proyecto político en el que coexistan creativa y solidariamente las singularidades y los intereses específicos de cada grupo y colectivo, e imaginar una nueva utopía flexible que dé cabida a todos y a todas. Frente a una única estructura de dominio económico de carácter universal no parece que la respuesta pueda ser solamente de carácter local o contextual. Se hace necesario un marco organizativo y otro normativo, de mínimos, que articulen los intereses más esenciales de cada proyecto político a fin de consensuar una agenda política común por parte de todos los grupos oprimidos.

En este contexto, el feminismo da sentido al sujeto político colectivo que más legitimidad ha atesorado históricamente en su defensa de las mujeres. Y si bien parece razonable pensar en una negociación en condiciones de simetría con otros grupos oprimidos, no hay que olvidar que las mujeres están repartidas en todos los grupos y colectivos sociales. El feminismo no puede ser un colectivo más entre otros colectivos, porque sus vindicaciones y las opresiones concretas de las mujeres están presentes en el resto de grupos sociales excluidos, explotados o subordinados.

Concluyo, con la autora, destacando la necesidad de construir una cultura política feminista de pactos, para poder neutralizar los movimientos impredecibles de un patriarcado que, al perder legitimidad ideológica y capacidad de dominio sobre sectores importantes de mujeres, desarrolla nuevas formas de violencia y provoca también nuevas formas de servidumbre en las mujeres.

Bibliografía

- COBO, R. (1995), *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Universidad de Valencia- Instituto de la Mujer, Madrid.
FRASER, N. (2008), *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona.

¹ Coincide con el planteamiento de Fraser (2008: 185-210), y escapa de la tendencia del feminismo, denunciada por esta autora de subordinar las luchas sociales a las luchas culturales, la política de redistribución a la política de reconocimiento.





RINCON

Recensión

De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional

Ricardo Cueva Fernández,

(2011) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 466 pp.

Julián Gaviria Mira

Universidad Carlos III de Madrid

jgaviria@derechoyjusticia.net

John Lilburne, William Walwyn y Richard Overton son, quizás, nombres poco familiares para quienes hoy cursan estudios de derecho, ciencia política o filosofía. Dejados de lado frente a grandes figuras del pensamiento inglés del siglo XVII, como Hobbes, Harrington o Locke, estos advenedizos representaron en su momento, si no el pensamiento más estructurado, sí el más valiente y creativo.

244

Este desconocimiento no es de ninguna manera incomprendible. A pesar de haber vivido y escrito durante los inestables años de las guerras civiles inglesas y el interregno cromwelliano, su valor no fue ampliamente reconocido hasta el pionero trabajo del teórico y político socialista Eduard Bernstein. Discípulo de Engels y compañero en sus inicios de Kautsky, este particular hombre de izquierda fue uno de los fundadores de la socialdemocracia, así como uno de los blancos preferidos del movimiento comunista.

En *Socialismo y Democracia en la Gran Revolución Inglesa* (1908), Bernstein trajo de vuelta a aquellos defensores del pensamiento republicano radical y, con ello, permitió bajo esta nueva luz volver a pensar los acontecimientos acaecidos durante el período republicano inglés, la revolución de 1688 y el proceso de independencia de las 13 colonias inglesas.

Ricardo Cueva Fernández, en *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, asume este reto y describe, en un relato sólido, el origen de nuestro constitucionalismo, encontrando sus raíces en el pensamiento *leveller* y conectando éste con el proceso de colonización y posterior independencia de Norteamérica.

El autor no propone a Lilburne y los demás niveladores como directa fuente de inspiración de los *Padres Fundadores* de la nación Norteamericana, en todo caso, no pretende defender una relación tan directa; el libro es más bien un estudio genético de una herramienta política de gran importancia como es la constitución

que, bien sabido, tiene un vínculo directo con el concepto de democracia comúnmente manejado en la actualidad.

Lo que sí defiende el autor es que con la Revolución Inglesa (1642-1649), y en particular con el movimiento de los niveladores, se inicia un proceso que tendrá su momento más fructífero durante los años de la independencia de las 13 colonias inglesas. Los postulados defendidos por los niveladores, entre los que se encuentran las ideas de autogobierno colectivo y soberanía popular, defensa de derechos innatos, libertad de expresión, libertad religiosa, humanización del sistema punitivo, eliminación de privilegios, disolución de monopolios y sometimiento del poder a normas, fueron sin duda premisas que compartieron con los revolucionarios norteamericanos.

Antes de profundizar en los temas tratados en el libro es conveniente hacer una pequeña descripción de cuál es la línea argumental de la investigación que dio lugar al trabajo que aquí se reseña. Desde la primera página del libro, en su introducción, el autor nos indica qué pretende lograr en los capítulos siguientes; su objetivo es mostrar cómo fueron tomando forma las características esenciales del constitucionalismo, las cuales quedan definidas en la introducción e incluyen seis aspectos: a) [la constitución es] un documento escrito que refleja el compromiso de los sujetos a quienes se presupone máxima capacidad racional; b) [es un documento] rígido y de rango normativo; c) fundado en instituciones políticas basadas en el autogobierno de la comunidad; d) [que reconoce] derechos inalienables; e) legitimado popularmente; f) que incluye sistemas de control para evitar la violación de la norma suprema (p. 1).

Para lograr su objetivo, Ricardo Cueva abarca un período histórico bastante amplio que comienza con las guerras civiles inglesas y termina con la Constitución de 1787 hasta la sentencia, dictada en 1803, de *Marbury vs. Madison*. En la primera sección, luego de dedicar un apartado a los *elementos del “constitucionalismo medieval”*, la Inglaterra de los Tudor, el surgimiento de la supremacía parlamentaria y del radicalismo puritano, comienza un análisis del período de las guerras civiles inglesas y la aparición del movimiento nivelador.

El segundo apartado, dedicado al constitucionalismo estadounidense, es la sección más extensa del libro, abarca un período que inicia con la colonización de Norteamérica y finaliza con el mencionado fallo de *Marbury vs. Madison*. Se trata de una sección rica en datos históricos y de gran importancia para entender la forma en la que se dio la independencia de las trece colonias. El autor asigna un papel vital a la experiencia de autogobierno existente antes del proceso de independencia, situación a la que se llega no sólo por la situación de lejanía con respecto a la metrópoli, sino también por la forma en que se dio dicha colonización.

Dos aspectos cabe resaltar en este punto. El primero es la tendencia general en las colonias nacientes –más fuerte en unas que en otras- hacia una forma de gobierno que tuviera un elemento importante de representación, generalmente más extenso que el existente en Inglaterra. El segundo, es el hecho de que quienes abandonaron Europa para asentarse en las colonias inglesas, tenían como rasgo común el pertenecer a comunidades religiosas minoritarias. Estas comunidades (puritanos, menonitas, cuáqueros, etc.) compartían en gran medida las ideas que impulsaron los niveladores en Inglaterra.

La tercera sección, dedicada a las conclusiones, el autor hace un recuento histórico que abarca una gran cantidad de temas: el papel de los pactos medievales en el nacimiento de los documentos constitucionales modernos, el surgimiento de

los *freemen* en Inglaterra, el papel del calvinismo como grupo que cuestionaba la legitimidad del poder monárquico, etc. Ricardo Cueva omite aquí estudiar de manera directa las características del constitucionalismo mencionadas en la introducción y citadas unos párrafos más arriba. Aunque no deja de sorprender el haber evitado tratar explícitamente en este apartado los seis rasgos esenciales del constitucionalismo, que son además los que permiten unir las diferentes secciones de la investigación, este hecho tiene poca relevancia para la coherencia final del trabajo ya que, en la última parte de la sección segunda, se estudian uno por uno estos aspectos, relacionando cada uno de ellos con lo analizado a lo largo del libro.

Explicado así brevemente el esquema general del libro, puede hacerse una revisión del fondo de la obra. Como quedó expresado en los párrafos anteriores, en la publicación se plantea al movimiento nivelador como uno de los propulsores de los principios que hoy consideramos básicos para el constitucionalismo. Así mismo, se indicó que no era la intención del autor proponer a los *levellers* como directa inspiración de los creadores de la Constitución de los Estados Unidos. ¿Cómo queda explicada entonces la relación entre el pensamiento *leveller*, la Revolución Norteamericana y el nacimiento de la constitución moderna? Las enormes coincidencias entre los postulados defendidos por los niveladores y las ideas que impulsaron los revolucionarios norteamericanos no pueden llevar a imaginar una lectura de los escritos de Walwyn, Lilburne u Overton, cuyos textos no fueron publicados de nuevo hasta el siglo XIX.

Pero sí es posible pensar, tal como lo propone el autor, en una influencia mediata ejercida por sus discusiones a través de panfletos, *agreements* o debates en el seno de ejército, que debieron estar presentes tanto en autores de la Commonwealth, Milton o Sidney, así como en representantes del *whiggism*. Por otra parte, la migración hacia Norteamérica de grupos protestantes radicales que compartían las propuestas de los *levellers*, ayuda a explicar tanto la forma en que se configuró el gobierno de las nacientes colonias, como las ideas defendidas durante el período de independencia. A la fundamentación de estas tesis están dedicadas la última parte de la primera sección (*De los niveladores a los escritores del Interregno: la Commonwealth de Oliver Cromwell*) y la primera de la segunda sección (*La independencia de las trece colonias*).

246

La evolución del constitucionalismo se vería, tal como muestra el libro, como un proceso único con dos núcleos: Inglaterra y las colonias americanas. La debilidad propia de la monarquía inglesa, las guerras civiles y la posterior república, los procesos de colonización en América del Norte, las diferentes congregaciones religiosas, las ideas republicanas y liberales, todo unido, terminan por forjar las circunstancias que dieron lugar al proceso revolucionario iniciado en 1776 y a la Constitución de 1787. El hilo histórico tejido por el autor logra convencer al lector de la imposibilidad de entender los procesos que dieron origen a la monarquía parlamentaria y al sistema constitucional norteamericano, como procesos diferentes.

Un aspecto que no puede ser obviado es el tratamiento que Cueva Fernández hace de los *Agreements of the People*. Estos Acuerdos que fueron redactados por los niveladores y por *agitadores* del *New Model Army*, se pretendía que se convirtieran en el fundamento de un nuevo régimen republicano, basado en los principios de soberanía popular y respeto de ciertos derechos innatos. En los numerales I.2.3 y I.2.4, el autor trata de manera bastante amplia este tema, que,

dicho sea de paso, es en español uno de los pocos estudios que se han hecho¹. Pero es interesante no sólo por haber introducido un aspecto de relevancia teórico-constitucional que había sido pobemente tratado en nuestra academia, sino también por el valor que el autor le da a estos *Agreements*. Cueva Fernández ve en ellos un embrión de los que serían las constituciones modernas. Y lo dice, en primer lugar, porque dichos textos declaran la existencia de unos ciertos derechos que hoy llamaríamos fundamentales, describiéndolos como derechos innatos de los ingleses², que constituyen barreras a la actuación de cualquier poder. Así, estos documentos reconocían como único soberano al pueblo y como único gobierno legítimo al establecido por éste, justificando la existencia de dicho gobierno siempre que protegiera los derechos innatos de los ingleses.

Como consecuencia de lo anterior, los *levellers* defendieron al parlamento como máximo representante de la voluntad popular, en concreto la Cámara de los Comunes, dejando de lado tanto a la Cámara de los Lores como la figura del *King in Parliament*. Pero los *Agreements* iban aún más lejos, consideraban que lo establecido en los mismos era una ley que estaba por encima de las que pudiera dictar con posterioridad el Parlamento, que estaría sometido a la misma; y que el poder soberano se conservaba en el pueblo, quien estaba legitimado para defender sus derechos en caso de que sus representantes fueran en contra de aquellos protegidos por los *Agreements*.

La segunda parte del libro, dedicada a explicar el proceso de colonización de Norte América, así como la influencia de las comunidades religiosas disidentes y del *whiggism* venido de Inglaterra, queda vinculada a la primera parte pero no necesariamente como una continuación de los hechos acaecidos en la Inglaterra del siglo XVII. El autogobierno en las trece colonias y la libertad religiosa se forjaban a medida que en Inglaterra las guerras y las revoluciones se sucedían. El panorama que ofrece la segunda parte del libro es el de una visión menos concentrada en Europa y menos elitista de aquella que se acostumbra a difundir en las academias española y latinoamericana. El proceso de colonización de Norte América muestra cómo muchos de los avances -primero teóricos y después fácticos- logrados en Europa, eran una realidad más que incipiente en las colonias inglesas. Los principios de autogobierno colectivo, la protección de derechos, los avances en libertad religiosa, la humanización del sistema penal, etc., eran logros que ya se podían observar en pactos, acuerdos y leyes fundamentales de colonias como Virginia, Massachusetts o Pennsylvania. Esto, además, permite sugerir que incluso las muy avanzadas ideas defendidas por los *levellers* ingleses ya eran parte desde años atrás del pensamiento existente dentro de las comunidades religiosas disidentes.

El libro, riguroso y bien estructurado, tiene como gran virtud introducir una nueva perspectiva al estudio de los procesos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII, al haber hecho una lectura constitucional de las mismas, añadiendo al tradicional elemento *whig*, el pensamiento de los niveladores. A pesar del extenso período histórico estudiado, hecho que imposibilita al autor tratar algunos temas con mayor profundidad, el libro consigue el objetivo de hilarlos bajo un mismo argumento, permitiendo, además, al lector enriquecer su perspectiva histórica sobre el proceso de construcción del constitucionalismo moderno.

¹ Otro trabajo pionero en este tema es el de Dorado Porras (2001), en especial su capítulo 3: «Los Levellers y el *Agreement of the People*».

² Los niveladores llegan incluso a proponer estos derechos como derechos de todos los hombres, tanto en los *Debates de Putney*, como en los escritos de Overton. Así se puede ver en el numeral I.2.2 *Los derechos innatos de los ingleses: reinterpretando la tradición* (p. 64).



El trabajo reseñado es sin duda de gran utilidad para quienes estén interesados en conocer los orígenes del constitucionalismo y las ideas políticas influyentes en los siglos XVII y XVIII en Inglaterra y Norteamérica. El libro, que logra una narración estructurada, coherente y bien documentada es, en conclusión, un valioso aporte que ayuda a comprender cómo se originaron las ideas que determinaron el pensamiento político moderno.

Bibliografía

DORADO PORRAS, J. (2001), *La lucha por la Constitución: Las teorías de la Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Recensión

Pensar políticamente

**Michael Walzer,
(2010) Paidós, Madrid, 528 pp.**

Carlos Alonso Mauricio

Universidad Carlos III de Madrid
carlos.amauricio@alumnos.uc3m.es

Pensar Políticamente es un libro inspirado por la idea de que la política es una parte fundamental del funcionamiento de las sociedades actuales, y que en prácticamente todos los ámbitos de la sociedad los cambios y las decisiones son intrínsecamente políticas o, al menos, comienzan en la política.

249

El libro presenta el pensamiento político del autor en una amplia variedad de cuestiones que pueden dividirse en dos grandes bloques temáticos, aunque haya secciones que sólo se enmarquen tangencialmente en ellos. El primero, una crítica al liberalismo desde diferentes postulados ideológicos, incluyendo el suyo. El segundo, la contestación que da a los críticos de su teoría de la guerra justa y, principalmente sus aportaciones sobre la intervención humanitaria y la guerra contra el terrorismo.

Críticas al liberalismo

En el libro, Walzer analiza las críticas marxistas y comunitaristas al liberalismo, y aunque no pretendo detenerme en ellas, únicamente referiré a la evolución que plantea el autor de la crítica comunitarista, definiéndose a sí mismo, en parte, como un comunitarista moderno.

Walzer critica al liberalismo abiertamente, pero no a toda la teoría liberal; se centra principalmente en la evolución que ha tenido lugar en Estados Unidos, donde se plantean postulados radicales de individualismo moral que, por ejemplo, Michael Sandel calificaría de libertarismo, o el profesor Eusebio Fernández los colocaría en el liberalismo economicista más radical. En el libro, reconoce el trabajo hecho por el liberalismo en lo que acierta en llamar teoría de la separación. Cree imprescindible la separación entre los núcleos de poder que instigó el liberalismo pero considera que, en la separación obrada para conseguir la libertad de empresa y mercado, el liberalismo intenta ir demasiado lejos, poniendo así en riesgo esta separación y todas las demás.

Es aquí donde reside la mayor crítica hacia el liberalismo, o mejor, libertarismo. La separación entre el poder del Estado y la actividad económica ha

traído grandes beneficios, precisamente porque cuando no existe tal separación, el Estado acostumbra a anular la iniciativa privada y, por tanto, a dificultar la creación de riqueza. La desregularización total se sustenta sobre un argumento falso, el de que todos somos iguales y tenemos la misma capacidad de intervenir en el mercado. La excesiva concentración de riqueza se convierte en un verdadero poder coercitivo; un gobierno privado del mercado que, además, pone en riesgo el resto de muros liberales, puesto que puede influir en la universidad, la iglesia, la carrera profesional de según qué personas y violar la privacidad de los individuos. La teoría liberal, así entendida, conlleva su propia destrucción.

Hasta este punto no tengo problemas en asumir la teoría de Michael Walzer, salvo en la precisión de los términos. La disensión surge en la solución que plantea Walzer. El autor propone la “democracia industrial”, una suerte de economía cooperativa, dar la propiedad a los trabajadores. Acepta que en la aplicación de esta idea marxista el Estado siempre ha terminado teniendo el papel predominante, convirtiéndose en un poder que asfixia el mercado, pero aún así asegura que con una economía cooperativa se pone fin al problema de la riqueza excesiva, de la riqueza convertida en un poder que amenaza todas las separaciones conseguidas.

Creo que Walzer excede los límites de la teoría liberal al decir que ésta pretende una desregularización completa, aunque sí acepto que en Estados Unidos es una tendencia que se ha seguido con entusiasmo e infaustos resultados. Pero dentro del liberalismo cabe hacer una reflexión de lo que significa la libertad de mercado o cuál debe ser la dimensión del Estado. La teoría liberal puede aceptar sin problemas que el poder estatal intervenga en la economía para proteger a los más débiles, porque no somos todos iguales, y no sólo puede aceptarlo sino que debe promover esta intervención.

250

La aplicación práctica de la solución de Walzer, aunque el autor pretenda protegerse de las críticas haciendo la salvedad de que esta “cooperativización” tiene que dejar espacio a los emprendedores, destruiría la iniciativa empresarial, de hecho Walzer no se preocupa siquiera de explicar cómo va a proteger a un emprendedor si la propiedad debe ser cooperativa.

El Estado Liberal puede y debe intervenir en el mercado para corregir y prevenir los desequilibrios que en él aparecen. Desde el Estado se debe poner límites a la actividad libre en el mercado, basados en criterios de justicia que persigan la igualdad, el poder político debe hacerlo respetando la libertad de los operadores en la economía. ¿De qué manera? Con legislación que acote las prácticas que crean riesgo sistémico, protegiendo la posición de los consumidores, que son la parte más débil de cualquier operación en el ámbito del mercado, prohibiendo, por ejemplo, las cláusulas abusivas y desarrollando una completa legislación que posibilite las políticas redistributivas necesarias para fomentar el ideal de la igualdad entre los individuos, que también apoya Walzer.

Todo esto es posible hacerlo desde una concepción liberal del Estado, desde un liberalismo moderado, actual y apegado a la realidad, no el liberalismo de laboratorio, libertarismo o liberalismo economicista, que no atiende a la realidad de los comportamientos humanos, ni a la imposibilidad de alcanzar una verdadera igualdad en libertad, apostando todo a un individualismo moral radical. El liberalismo igualitario planteado por John Rawls nos permite aceptar la intervención del Estado con el argumento de que las desigualdades sociales y económicas son justas,

únicamente, cuando producen beneficios que compensan a todos y, particularmente, a los más desfavorecidos.

Pero la solución no es poner en riesgo la libertad conseguida, sino atender a los valores éticos que impregnán el liberalismo, atender a los valores morales que impregnán la idea de libertad, que necesariamente debe perseguir la igualdad de todos los ciudadanos a través de la redistribución de la riqueza. La redistribución de la riqueza, que es uno de los fundamentos de la teoría de Walzer, es compatible dentro del ideario liberal, es una intervención justa del Estado. El Estado tiene como objetivo, no solo defender los muros de separación liberales, sino dotar a todos los individuos de capacidad de acción individual y, en la sociedad actual, tal capacidad no existe desde la pobreza, de ahí que la riqueza se deba redistribuir en cierta medida, aunque sin caer en la confiscación ni poner en riesgo la iniciativa privada.

En definitiva, un liberal no puede considerarse tal siendo libre él en exclusiva, un liberal debe pretender la libertad de todos los individuos, y ésta no se puede alcanzar existiendo individuos de distintas castas, de distintas clases, unos con capacidad para actuar en el mercado a cualquier precio y otros siendo excluidos del mismo.

En este sentido, Walzer trata la idea de la igualdad de oportunidades que maneja el liberalismo. El autor acusa a los liberales de creer en la exclusión justa para las personas que no hayan aprovechado las oportunidades que ofrece la sociedad liberal. No tengo claro que desde cualquier liberalismo se acepte esta idea, de hecho no creo que un liberalismo que tenga algún aprecio por la realidad la pueda aceptar, puesto que, como bien apunta Walzer, la igualdad de oportunidades en muchos casos es meramente formal.

251

Estoy de acuerdo con el autor, como lo debería estar cualquier teórico que no viviera en el mundo platónico de las ideas, en que en nuestras sociedades hay determinados grupos que se ven más afectados por la exclusión, al no tener las mismas oportunidades de acceder a una formación de calidad o una carrera profesional, o simplemente no tener ninguna opción de promoción social.

Algunos ejemplos de lo anterior que se nos vienen a la mente son la población afroamericana en Estados Unidos que, aun habiendo obtenido grandes avances, sigue sufriendo cierta exclusión social, empezando por la creación de verdaderos guetos de población. Otros ejemplos son la población gitana en España, que sólo recientemente ha comenzado a integrarse en el ámbito educativo, o el problema de la inmigración desde Europa del Este en Italia, Estado que ha llegado a deportar masivamente a ciudadanos búlgaros y rumano.

La exclusión de estos grupos es siempre injusta, la igualdad formal de oportunidades de la sociedad liberal no puede amparar la idea de que han sido los individuos que pertenecen a estos colectivos los que no han querido aprovechar esas oportunidades de igualdad. Un breve vistazo a la realidad social de estas comunidades nos muestra que no han tenido acceso a esas oportunidades, que en realidad no existe tal igualdad. En estos casos, el Estado no puede abstenerse de su obligación de ofrecer a sus ciudadanos la ayuda necesaria para su éxito social, porque la libertad no puede ser una aspiración abstracta, sino una realidad palpable, sobre todo para un Estado Liberal.

Dicho esto, no creo que en todos los casos en los que un individuo esté excluido de la sociedad, el Estado tenga la obligación de poner remedio a esa situación. Cuando estamos hablando de colectivos o personas individuales que, o



bien no han podido acceder a las oportunidades a las que tienen derecho para integrarse exitosamente en la sociedad, o habiéndolas tenido y habiendo intentado aprovecharlas han fracasado, el Estado debe auxiliarles.

Pero si en esa situación de exclusión se encuentran voluntariamente los individuos, o estos no han aprovechado las oportunidades que se les han ofrecido, el Estado no es ni responsable, ni mucho menos está obligado a perseguirles para integrarles. Un ejemplo claro es la mal llamada “generación NI-NI” en España, un alto porcentaje de jóvenes que no hacen absolutamente nada. El Estado no es responsable de su situación, si en algún momento decidieran ser productivos se les debería dar la oportunidad, pero el Estado no tiene por qué mantener a estos individuos.

Ahora bien, en este ámbito de críticas al liberalismo, Walzer se ocupa con detenimiento de estudiar la crítica que, desde el comunitarismo, se viene realizando periódicamente a esta corriente de pensamiento. El autor rechaza las dos críticas tradicionales por ser contradictorias entre sí, al decir la primera que la teoría liberal alcanza su cenit en la sociedad liberal, siendo ésta perversa por crear individuos aislados y egoístas, mientras que la segunda crítica niega la posibilidad de la existencia de esta sociedad liberal.

Walzer cree, y estoy de acuerdo en ello, que el liberalismo hoy no se puede entender como una teoría que pretende la separación absoluta de los individuos, que la vida de estos se desarrolle en total aislamiento, sino que es una teoría que separa instituciones, que separó la iglesia del Estado o la universidad de la iglesia al conseguir la libertad de cátedra.

El liberalismo debe entenderse como la teoría que defiende la construcción de estos muros de separación y al Estado como guardador de los mismos, pero sobre todo, como la teoría en la que lo fundamental no es la individualización de cada persona, sino el hecho de que los individuos tengan la capacidad de asociarse voluntariamente y de ser ciudadanos críticos.

La teoría liberal, para Walzer, es la teoría de la asociación voluntaria de los individuos. Es a partir de esta idea desde donde construye la crítica comunitarista al liberalismo. Para Walzer, la asociación en una sociedad moderna no es voluntaria por completo, existe un poso, un residuo social, de grupo, de comunidad en las asociaciones formadas por los ciudadanos libres. La crítica comunitarista no debe ir encaminada a poner en solfa la separación total del individuo, porque tal cosa no la pretende el liberalismo, sino la idea de que la asociación sea estrictamente voluntaria.

Es difícil contestar a la crítica que realiza Walzer puesto que no es posible negar que, si bien no estamos determinados en la pertenencia a uno u otro grupo, la existencia de asociaciones, de comunidades, de grupos en una sociedad liberal moderna tiene, necesariamente, un origen social; no nos agrupamos de forma completamente voluntaria, sino que nos sentimos impulsados a ello por la sensación previa de pertenencia a un grupo, a una comunidad.

Siendo esto cierto, creo que lo que realmente determina a la sociedad y al individuo liberal, no es el abandono de sus raíces, sino la capacidad de negarse a pertenecer a una comunidad, lo que Kant llamo la autodeterminación de la moral, es decir, lo que ya anunciaba el mismo Walzer: la capacidad crítica del individuo.

RINCON

Es evidente que no estamos determinados a pertenecer a una comunidad y que la pertenencia a una no es siempre completamente voluntaria, pero el individuo liberal puede, no sólo reflexionar, sino decidir si se siente o no identificado e integrado en una determinada comunidad y actuar consecuentemente.

Esto es lo que debe defender el liberalismo; ni ciudadanos aislados, ni asociaciones completamente voluntarias, una sociedad liberal debe estar integrada por ciudadanos con la suficiente capacidad crítica para auto-determinarse moralmente y decidir si se aceptan los postulados de una comunidad libremente. Ciudadanos críticos que hagan avanzar la moral de sus sociedades hacia puntos comunes compartidos por ellos. Es más, el Estado Liberal no solo debe integrarse con estos individuos, sino que debe fomentarlos, es una intervención necesaria, que se debe realizar a través de una oferta educativa universal.

La teoría de la guerra justa

La teoría de la guerra justa se basa en una idea clave. Ante la violación grave de una serie de derechos humanos, principalmente la vida y la libertad de las personas, por parte de un Estado, el resto de Estados están legitimados para intervenir, de forma armada, con el objetivo de poner fin a la violación de tales derechos. Hasta aquí considero el argumento de Walzer inapelable. Sin embargo, le han criticado que defiende excesivamente los derechos del Estado por encima del de los ciudadanos.

Walzer asegura que es necesaria una violación masiva de los derechos humanos para que una guerra sea justa, que no se puede iniciar una guerra contra otro Estado por el mero hecho de tener un sistema de gobierno tiránico, o por cometer ciertas violaciones de los derechos humanos, pero que no puedan considerarse como masivas, independientemente de la indeterminación de este concepto. Hasta aquí puedo suscribir las ideas de Walzer, pero no por los motivos que él aporta, sino porque de no limitar la justificación de la guerra de este modo, podríamos entrar en una tendencia belicista de imprevisibles consecuencias.

Sin embargo, el autor intenta construir una justificación basada en los derechos de los ciudadanos. Dice que no puede intervenir un tercer Estado porque, en ese caso, estaríamos vulnerando el derecho de los ciudadanos a iniciar una revolución, a auto-determinarse o mantenerse bajo el yugo de un gobierno tiránico. Este argumento que ya es difícil de asumir, pero es consistente con la negativa del autor, que comparto, a aceptar la justificación de una guerra que tenga como objetivo la imposición de una determinada forma de gobierno, se hace insostenible cuando lo lleva al extremo de las guerras civiles.

Walzer estima que ningún Estado puede intervenir apoyando a un bando en un conflicto civil, a no ser que otro Estado haya intervenido ya en favor de alguna de las partes en conflicto. El autor llega a decir que si el bando que nosotros consideramos "bueno" -es decir, el que se haya levantado contra el gobierno tiránico que viola los derechos de los ciudadanos, pero que no lo hiciera masivamente- necesitara de apoyo exterior, implicaría que no tiene el apoyo social suficiente y, por tanto, intervenir violaría los derechos de los partidarios del otro bando.

Sucesos como la reciente guerra de Libia, sin ánimo de entrar a valorar las consecuencias de la intervención internacional, ni su ajuste al Derecho, ni los derroteros por los que discurrirá el futuro gobierno, demuestran que este argumento está por completo desapegado de la realidad. No se puede sostener que, en el tiempo actual, donde la guerra no se libra cuerpo a cuerpo y el número no es lo más

importante, el apoyo social determine un seguro vencedor, ni que el necesitar ayuda del extranjero implique que la mayoría de los ciudadanos no apoyan la causa de ese bando, aunque su causa sea justa.

Es cierto que las salvaguardias que realiza Walzer para impedir la intervención en conflictos civiles y para limitar las causas de la justificación de una guerra son imprescindibles, pero no comparto ni su razonamiento ni su conclusión sobre el apoyo, o no, a un bando en un conflicto civil.

La discusión de la justificación de este tipo de intervenciones no debe desarrollarse sobre el apoyo social que tiene cada bando, sino sobre las causas que inspiran a cada bando y si estas causas son, o no, justas. Cuando parte de la población de un Estado se rebela contra un poder tiránico que violaba, o lo hace ahora durante el conflicto, los derechos humanos de la población, no debe asumirse ya este conflicto como una guerra civil y, por tanto, no debe considerarse la limitación impuesta por Walzer de no intervención, sino como una intervención humanitaria, necesaria y obligatoria para el conjunto de la comunidad internacional. Al amparo de las ideas de Walzer la comunidad internacional debería abstenerse de intervenir en Siria, aún cuando la intervención humanitaria se descubre absolutamente imprescindible.

El problema del razonamiento de Walzer es que separa taxativamente las guerras civiles de las situaciones en las que es necesaria una intervención humanitaria. Aunque en el pasado se ha podido diferenciar con más o menos claridad estas dos situaciones, muestra de ello son ejemplos como el de Camboya o Uganda que cita Walzer, en el último año hemos visto cómo la intervención humanitaria puede considerarse también dentro de un conflicto armado interior, puesto que aún durante estos conflictos, como estipula abundante jurisprudencia internacional, rigen los derechos humanos y el Derecho Humanitario.

254

También existe la posibilidad de que en el marco de un conflicto interno en un país, con bandos claramente diferenciados, cometiendo ambos violaciones de los derechos humanos de forma indiscriminada, o dirigidas hacia la población que apoya al bando contrario, la exigencia de Walzer de no intervención para no violar el derecho de los ciudadanos a rebelarse y determinarse en la forma que quieran, devendría inaplicable y, sin duda alguna, surgiría una obligación moral y política de la comunidad internacional y, más concretamente, de cualquier Estado que pudiera, de poner fin a dichas violaciones, no apoyando a uno u otro bando, sino protegiendo de forma efectiva a la población civil.

En definitiva, las salvaguardias de Walzer para limitar el elenco de guerras justas no pueden ampararse como pretende en los derechos de los individuos, porque en realidad no los está protegiendo, al existir éstos, dada la condición de sumisión e incapacidad de acción en la que se encuentran ese tipo de poblaciones sometidas a Estados autoritarios, sólo en el plano formal. Tampoco creo que Walzer pretenda defender la soberanía absoluta de los Estados y los derechos que de ella se derivan, aunque con su argumentación teórica se acerca peligrosamente a este resultado. Considero más adecuado justificar las limitaciones que impone Walzer, aunque reducidas en los términos que he expresado, en la necesaria prudencia que deben tener los Estados intervenientes en la comunidad internacional para no desestabilizarla.

RINCON

En las cuestiones puramente técnicas de cómo se deben realizar estas intervenciones, una vez aceptada la necesidad de la intervención humanitaria, no puedo más que estar por completo de acuerdo con Walzer. Sobre las preguntas referentes a cuándo se debe intervenir, Walzer acierta al contestar que se debe intervenir en cuanto se tenga noticia de la violación de los derechos humanos para evitar su continuación; y cuándo se debe poner fin a la intervención, en cuanto sea posible.

El problema surge respecto a esta última respuesta cuando es en el marco de la represión estatal organizada que se violan los derechos humanos. Suscribo la idea de Walzer de que en este caso está justificado que, una vez paralizada la violación, sea una causa justa de la intervención derrocar al gobierno para impedir que la reedite. Ahora bien, yo sí creo que hay que apoyar sin duda que un objetivo primero y justo de la intervención deba ser que los dirigentes sean juzgados por sus crímenes, aún cuando este objetivo imponga una ocupación más larga.

Respecto a la pregunta de cómo se debe intervenir, Walzer se aleja de las concepciones de los Estados actuales de hacerlo sin poner en riesgo a sus hombres, lo que suele concluir en una intervención ineficaz, como la de la Guerra de Bosnia en la que el escaso compromiso de la comunidad internacional al no desplegar efectivos suficientes permitió que se perpetrara la masacre de Srebrenica. Considero especialmente acertado el rechazo de Walzer a las intervenciones aéreas, por ser estas imprecisas en muchos casos, y completamente inútiles cuando lo que se pretende es poner fin a violaciones masivas de los derechos humanos, dado que estas se suelen cometer casa por casa, no con cazabombarderos que derribar. La forma de intervenir debe ser rápida, contundente y, preferiblemente, con tropas en el terreno para alcanzar los objetivos en el menor tiempo posible.

255

Y sobre la última pregunta Walzer hace una interesante reflexión. La respuesta a quién debe intervenir es uno de los conflictos existentes en la comunidad internacional, conflicto estrechamente relacionado con la autorización de las Naciones Unidas exigida por el Derecho Internacional. Considero que una de las mayores aportaciones de Walzer a esta materia es la respuesta que da a esta pregunta. Walzer considera que debe intervenir quien pueda, preferiblemente los Estados vecinos, por ser las intervenciones que mejores resultados han dado, las más rápidas y, por tanto, las más efectivas para poner fin a la violación.

Cualquier Estado está legitimado para intervenir, la justicia o la injusticia de la guerra, de la intervención, no se mide según la autorización legal por parte de las Naciones Unidas, sino que se observa la justicia de la intervención en la medida en que está encaminada a la paralización de una violación masiva de los derechos humanos en curso.

Hoy vivimos una época dorada de las Naciones Unidas, debido principalmente a los medios de comunicación, se tiene a la autorización de este órgano político como la causa de justificación de una guerra. Esta conclusión es, por completo, errónea. La justicia no se puede medir por el número de votos que obtiene una resolución en el Consejo de Seguridad, la justicia no se debe buscar en una decisión política, la justicia la debemos buscar en el objetivo de la intervención, en lo que pretende evitar. No podemos considerar injusta la intervención de Vietnam en Camboya, sin autorización de las Naciones Unidas, porque los derechos de los camboyanos eran entonces, y son hoy, moralmente superiores a los intereses políticos de Estados Unidos y la URSS. En el sentido opuesto, la no intervención, cuando era necesaria, de terceros Estados en Ruanda, porque las Naciones Unidas no lo autorizo, fue moralmente injusta.

Las Naciones Unidas deben trazar una meta del futuro, debe dotársele del poder suficiente para que sea esta organización la que intervenga y, sobre todo, que pueda decidir en temas de intervenciones armadas, con referencia a criterios de justicia, que son sin duda los derechos humanos, y no que decida con referencia a las preferencias o intereses políticos de sus miembros. Mientras no se consiga este objetivo, o aunque se alcance, la intervención será justa por las causas que la motiven y la deberá realizar cualquier Estado que tenga la capacidad para llevarla a cabo, en cuanto tenga conocimiento de la situación que la legitima.

Por último, y brevemente, quisiera tratar el tema del terrorismo. Walzer acierta por completo en este asunto. Su definición del terrorismo como la actividad armada que ataca indiscriminadamente a objetivos civiles, es del todo correcta, como también es acertado indicar que los Estados tienen no sólo el deber sino la obligación de defenderse de estos ataques, de defender a su población. Esta es una obligación moral del Estado, en palabras del profesor Peces-Barba, “*La primera función del poder es defender la vida de los ciudadanos*”.

En el marco del cumplimiento de esta obligación por parte del Estado, éste debe ser cuidadoso, no puede incurrir en las mismas tácticas que los terroristas; debe perseguirlos, aplicar la ley y, cuando no estén al alcance de su jurisdicción, puede y debe aplicar la fuerza armada para defenderse, siendo justa esta actuación. Ahora bien, no puede atacar indiscriminadamente a la población civil, porque esto sería terrorismo desde el Estado y descartaría toda justificación de su actividad.

El ejemplo de Walzer es sencillamente perfecto y lamentablemente actual. Israel no puede contestar a un ataque terrorista derribando el bloque de apartamentos en donde ha localizado al autor, sin considerar a las víctimas civiles que residen en ese edificio. Estaría actuando de forma terrorista. Esta es una respuesta injusta, aparte de ilegal. Y por poner un ejemplo más actual, la justificación moral de la intervención en Libia, no vino determinada por ser un régimen tiránico, sino porque mientras Gadhafi lanzaba falsas acusaciones de terrorismo contra los rebeldes, les bombardeaba con su aviación, siendo esta una verdadera actividad terrorista que constituyó una violación masiva de los Derechos Humanos, junto con otras actividades.

El Estado debe ser justo en su actividad, otro problema sería el del respeto a los principios morales en la vida política, el de las manos sucias...