



eunomia
Revista en Cultura de la Legalidad

Número 25

octubre 2023 – marzo 2024

www.uc3m.es/eunomia

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

www.uc3m.es/eunomia

2253-6655

Director

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

Secretaría de Redacción

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo de Redacción

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

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

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, CSIC, España

CONCHA ROLDÁN PANADERO, CSIC, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

ISABEL WENCES SIMON, Universidad Carlos III de Madrid, España

Consejo Científico

ADELA ASÚA BATARRITA, (Emérita) Universidad del País Vasco, España.

Exvicepresidenta del Tribunal Constitucional.

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

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

VICTORIA CAMPS CERVERA, (Emérita) Universitat Autònoma de Barcelona, España

MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE, (Emérita) Universidad Complutense de
Madrid, España. Expresidenta del Tribunal Constitucional.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, (Catedrático jubilado) Johannes Gutenberg Universität,
Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, (Emérito) Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, CSIC, España †

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

SUSAN ROSE-ACKERMAN, (Emérita) Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, (Emérito) Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVERDE, (Catedrática jubilada) Universidad Complutense de
Madrid, España.

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España †

Consejo de Edición

GERMAN JAIR ARENAS ARIAS, Universidad de Alcalá de Henares, España
DELIA BUDÉANU, Universidad Carlos III de Madrid, España
MAITE CARRETERO SANJUAN, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España
LUIS ANTONIO CORONA MACIAS, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España
MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España
ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELAEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
RUBÉN GARCÍA HIGUERA (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España
XANDRA GARZÓN COSTUMERO, CSIC, España
RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad de Alcalá de Henares, España
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España
DOLY JURADO CERRÓN, Universidad Carlos III de Madrid, España
BELÉN LIEDO FERNÁNDEZ, CSIC, España
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid,
España
DIGNO MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España
MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España
CLARA NAVARRO RUIZ, Universidad Complutense de Madrid, España
ARIANA GUEVARA GÓMEZ, Universidad Autónoma de Madrid, España
M. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ, Universidad de Cádiz, España
ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Universidad Complutense de Madrid, España
NOEL VILLALBA LÓPEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca Cano

7

Estudios

Acerca del fundamento del derecho a la educación en las sociedades abiertas 12
Francisco J. Laporta San Miguel

Poder atemperado. Cómo pensar, y no pensar, sobre el Estado de Derecho 22
Martin Krygier

La reacción contra la cuarta ola feminista. La (re)legitimación de la violencia sexual en los tiempos post «Me Too». Claves filosóficas para comprender lo incomprensible 58
Ana de Miguel Álvarez

Sobre el uso de imágenes fotográficas como prueba en casos de violencia sexual 78
Pablo R. Bonorino

Una propuesta de construcción judicial del derecho a la individualidad 107
Javier Sánchez Sánchez

Foro y ágora

El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones 131
Tomás-Ramón Fernández Rodríguez

Poderes excepcionales. Suspender y limitar derechos fundamentales. A propósito de la STC 148/2021, de 14 de julio 146
Ángeles Ródenas Calatayud y Juan Ruiz Manero

El orden público en tiempos de crisis. Un análisis crítico del empleo de la categoría de orden público en la respuesta del Tribunal Constitucional a la pandemia de la Covid-19 161
Adrián García Ortiz

Repensando un debate (todavía) vigente sobre la pandemia de la Covid-19. La retirada del uso obligatorio de la mascarilla en el transporte público 184
Manuel Ortiz Fernández

La pandemia de la Covid-19 como (des)acontecimiento jurídico constitucional 207
José Ángel Camisón Yagüe

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Poder Constituyente</i> Jorge Baquerizo Minuche	220
<i>Meritocracia</i> Carmelo Moreno del Río	242
<i>Seguridad jurídica</i> Giorgio Pino	262
<i>Canales de denuncia</i> Óscar Capdeferro Villagrasa	285
<i>Planificación estratégica de ciudades</i> Moneyba González Medina	310

Releyendo a...

<i>La costumbre de construir pirámides para derribarlas. Releyendo a Jorge Bacqué a propósito de Hans Kelsen</i> Piero Mattei-Gentili	327
<i>Una pirámide aplanada</i> Jorge A. Bacqué	340

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>El valor transformador del paradigma Iusfeminista en las universidades españolas</i> Juana María Gil Ruiz	346
<i>La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. Fundamentos y límites</i> Ana de la Puebla	362
<i>Perspectiva de género en el ámbito del derecho civil</i> Pilar Álvarez Olalla	375
<i>El proceso in fieri de integración efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la cultura judicial conforme a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible</i> Ana Isabel Melado Lirola	386

BOOK FORUM

María José Villaverde Rico (2022). *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*.
Madrid: Marcial Pons.

<i>Tocqueville y Argelia, 1828-1849. Comentario a María José Villaverde Rico,</i> <i>Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo</i> Jean-Louis Benoît	398
<i>La ley y el morabito. Elogios y leves puntualizaciones al último libro de María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo</i> Julián Sauquillo González	415
<i>Ser liberal en la era de los Imperios. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo</i> Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado	431
<i>Alexis de Tocqueville, luces y sombras de un autor ambivalente. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo</i> Elisa Usategui Basozabal	436
<i>Respuestas a los comentarios a María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo</i> María José Villaverde Rico	467

NOTAS Y RECENSIONES

<i>Laudatio académica para Roberto Gargarella</i> C. Ignacio Giuffré	477
<i>Joaquim Bosch, La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España</i> Germán J. Arenas Arias	483
<i>Carlos Pereda, Pensar a México. Entre otros reclamos</i> Concepción Delgado Parra	488
<i>Óscar Celador Angón, Entidades locales y libertad religiosa</i> Yolanda Gómez Lugo	492
<i>Adoración Guamán, Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión</i> Daniel Iglesias Márquez	496
<i>Delia Manzanero, Concepción Arenal. Claves de emancipación de la mujer que se halla encarcelada</i> Mª de los Ángeles Pérez del Amo	503

Presentación

Foreword

José María Sauca Cano
Universidad Carlos III de Madrid
Director de la revista

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.7987>

Once. Escribo estas líneas de presentación del último número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* el 11 de septiembre. Es una fecha significativa. El número presenta el discreto encanto de superar nuestro horizonte de cómputo ordinario comprimido del uno al diez –siempre me llamó la atención que, en vascuence, *hamaika* no sólo signifique once sino también infinidad; es el primer primo de dos dígitos; el primero con forma de siamés; el primer romano que parece escrito en chino y en chino se presenta como algo ecléctico o intermedio: 十一 [Shíyī] y, más grave aún, en griego se formula con una dicción, *enteka*, que apuntaría a una cifra raquítica, flaca o enfermiza en lo que, según la RAE, constituye un americanismo, calificación que, por cierto, todavía no acabo de entender qué significa.

Con todo, este once no es un once normal: es el de septiembre y se me antoja que pocas fechas concitan tantas coincidencias relevantes para una revista como la nuestra. Basta hojear la primera página de cualquier periódico de la fecha, o escuchar o ver cualquier noticiario o, simplemente, atender a las noticias que gotean las redes. Entre ellas se ven desde el quincuagésimo aniversario del infame golpe de Estado en Chile o el vigésimo de los crueles atentados terroristas en Nueva York, Arlington y Washington; hasta la reivindicativa *Diada* catalana, las más recientes noticias del terremoto en Marruecos o las inundaciones en Libia o, finalmente, las del nunca tan globalmente difundido *affaire Rubiales*. Sin embargo, lo que quisiera destacar es que estos son los temas relevantes para una Cultura de la Legalidad. La defensa de la legalidad democrática y la consecución de justicia de transición, en el primer caso, y la paz y la legalidad internacional, en el segundo, así como la defensa de los derechos civiles en ambos, abundarían en estas dimensiones político-jurídicas básicas de la materia. La tercera supone la cuestión del tratamiento político de la identidad colectiva en el entramado constitucional de las contemporáneas democracias plurinacionales y, de últimas, de la justicia como reconocimiento. La cuarta, pone nuevamente sobre la mesa la clásica distinción de Garzón Valdés (2004, p. 12) entre calamidades y catástrofes. Las primeras son evitables y contemplan la responsabilidad moral y jurídica mientras que las segundas no lo son. El terremoto que ha asolado algunas de las regiones más empobrecidas de Marruecos, o las inundaciones en Libia, parecieran integrarse en esta segunda categoría. Sin embargo, es necesario subrayar que se trata de países que padecen niveles bajos de renta y soportan una de las brechas de renta más agudas del planeta (baste señalar, por ejemplo, el reciente dato del Banco Mundial que contrapone los 3.527,9 dólares de PIB per cápita de Marruecos

o, incluso, los 6.716,1 de Libia, con los 29.350,2 de España en datos de 2022 [Banco Mundial, 2022]). Esta pobreza constituye una de las razones explicativas centrales de las devastadoras consecuencias del seísmo. Solo la enorme cantidad de construcciones deficientes, la ausencia de sistemas eficientes de prevención y gestión del riesgo y la insuficiencia de estructuras económicas y administrativas explican la dimensión del daño. Las catástrofes lo son menos si las calamidades están controladas y son reducidas. El cambio climático aparece hoy como un potencial de riesgo extremo y fuente inagotable de catástrofes. No lo son: los efectos de la crisis ecológica son expresión de una calamidad de la que los humanos y nuestras estructuras sociales, económicas, técnicas y, de últimas, políticas, son plenamente responsables, así como de sus consecuencias. Finalmente, es llamativo que la mayor atención que se ha prestado a España en los *media* internacionales, desde que la selección femenina de fútbol ganase el campeonato mundial, ha sido el «*affaire Rubiales*», causando una significativa reacción ciudadana en torno a la idea del «se acabó». Así, a un fondo de sospechas de corrupción en la Real Federación Española de Fútbol –que tuvo como resultado el procesamiento de Villar, el anterior presidente durante casi 30 años– y que ahora se percibe en las investigaciones de la Fiscalía Anticorrupción por los casos de las comisiones obtenidas por llevar la Supercopa a Arabia Saudí; sus injustificadas remuneraciones dinerarias y en especie; las fiestas privadas pagadas con dinero público o la falta de investigación en casos de presunta corrupción arbitral; así como el caso abierto por la jueza natural de la Federación por un polémico viaje suyo a Nueva York cuya relevancia pública quedó en entredicho; se ha constituido como objeto de debate social el discurso sobre presunto «falso feminismo» del que hablaba Rubiales. Ocación inmejorable, pues, de captar la existencia de un debate social sobre las fronteras de la igualdad de género en sociedades avanzadas.

En definitiva, la conclusión que pretendo sostener es que una revista académica como *Eunomía* puede parecer alejada de las cuestiones sociales relevantes y de actualidad, generando esa perplejidad que se cristaliza cuando los expedientes administrativos cuestionan la relevancia de la transferencia e innovación que estas aproximaciones teóricas pudieran tener. Pues bien, la respuesta es que tienen una relevancia fundamental para la transferencia de resultados y la innovación. Alasdair MacIntyre, en su *Historia de la ética*, refiere la anécdota de que

circula el relato –posiblemente apócrifo– de que Thomas Carlyle cenaba una vez con un hombre de negocios, que se cansó de la locuacidad de Carlyle y se dirigió a él para reprocharle: “¡Ideas, señor Carlyle, nada más que ideas!” A lo que Carlyle replicó: “Hubo una vez un hombre llamado Rousseau que escribió un libro que no contenía nada más que ideas. La segunda edición fue encuadrada con la piel de los que se rieron de la primera” (MacIntyre, 1991, p. 179).

No pretendemos plantear que *Eunomía* tenga la trascendencia del *Contrato Social*, pero sí la de constituir un eslabón más en la larga cadena de contribuciones por las que el Derecho puede servir a la consecución de esos ideales de la paz, la justicia social, la distributiva y redistributiva, como reconocimiento, restaurativa, comunitativa, ecológica, transicional, etc.

En la contribución a esta cadena por parte de *Eunomía*, se ha de subrayar que la revista cumple ahora un hito especialmente entrañable. Empezó su publicación también en torno a un once de septiembre de 2011 y ahora entrega al lector, con cierto simbolismo, su número 25. Es una ocasión propicia para manifestar cierta satisfacción del equipo que constituye la revista y para agradecer la atención y reconocimiento que va recibiendo por parte de los autores, investigadores y de las agencias de evaluación de la calidad editorial. Esta satisfacción y alegría se ha visto,

sin embargo, empañada por dos hechos luctuosos que nos han afectado amargamente. El primero se refiere al fallecimiento del profesor Mario Sánchez Dafauce, profesor de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del *Grupo de Investigación sobre Problemas Actuales del Derecho Penal* que, en calidad de miembro de Programa en Cultura de la Legalidad, ha contribuido desde la fundación de la revista a su desarrollo. Lamentable pérdida de un penalista en plenitud de su capacidad investigadora. El segundo se refiere al Dr. Javier Sánchez Sánchez, jurista, profesor, investigador, literato; fue letrado jefe del parlamento madrileño, abogado defensor de causas nobles –destacaría ahora su trabajo en la proposición de ley sobre bebés robados en el Estado español o las campañas de solidaridad con el pueblo Saharaui– y miembro fundador del Grupo de Investigación sobre *El Derecho y la Justicia* de la Universidad Carlos III de Madrid que ha desarrollado un importante protagonismo en la promoción de nuestra revista y en la que ya había publicado una contribución en 2014. Pérdida irreparable de un colega y compañero de sesenta y pocos años que produce una profunda amargura. Manifiesto en nombre de todos los que formamos el equipo de *Eunomía* nuestras más sentidas condolencias a las familias y amigos más cercanos de ambos compañeros. En definitiva, 25 números ya y, con estos tristes reveses del destino, seguimos...

En este número, mantenemos la estructura ordinaria de la revista. Abrimos con la sección *Estudios* que se inaugura con un trabajo del profesor Francisco Laporta en el que se recoge la versión revisada de una conferencia sobre el derecho a la educación. Incorporar a la nómina de *Eunomía* la pluma de uno de los referentes de la filosofía del Derecho en lengua española es motivo de honda satisfacción. Le acompaña, en segundo lugar, Martin Krygier con una reflexión largamente madurada sobre el Estado de Derecho. El *Gordon Samuels Professor of Law and Social Theory*, de la *University of New South Wales de Sydney* y *Senior Research Fellow*, del *CEU Democracy Institute* de Budapest expone, prácticamente por primera vez en español (y espero que la traducción de fe de la iconoclasta pluma del autor), sus tesis sobre el valor del Estado de Derecho y, además, ofrece orientaciones de amplia relevancia para guiar los estudios en la cuestión. La tercera entrega viene de la mano de una autora con largo recorrido en los estudios feministas y de género. Se trata de Ana de Miguel, que abunda en la problemática antes apuntada. El cuarto trabajo corresponde a Pablo Bonorino quien profundiza, desde una perspectiva jurídica, en la misma cuestión. Finalmente, el quinto trabajo es de nuestro querido Javier Sánchez. En el marco de las actividades del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia antes citado, se ejecuta un proyecto de investigación titulado *Construcción de derechos emergentes* que concita también la tarea de un *interest group* de ICON-S internacional. Javier contribuía a los mismos con la temática de un derecho a la individualidad y esperaba, después de haber superado todos los controles y evaluaciones, la oportunidad de su publicación. Nos apena profundamente que no haya podido vivir la alegría que, a buen seguro, le habría suscitado esta y deseamos que constituya ahora un pequeño homenaje a su labor como jurista, como académico y como defensor de diversas causas de la justicia.

La sección de *Foro y Ágora* adopta un carácter monográfico e incorpora las contribuciones de algunos autores de indiscutible prestigio. La temática es el tratamiento que el Tribunal Constitucional español ha otorgado a la regulación jurídica que se adoptó durante la Pandemia de la Covid-19 y las afectaciones que supuso para los derechos fundamentales. Se abre con la contribución de uno de los más ilustres administrativistas de la academia española, Tomás Ramón Fernández y se acompaña de los trabajos de los filósofos del Derecho, Ángeles Ródenas –quien además ha desempeñado las tareas de coordinación del monográfico– y Juan Ruiz Manero. Las aportaciones de Adrián García, Manuel Ortiz y José Ángel Camisón completan el apartado.

En la sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* se publican cinco contribuciones sustantivas. En primer lugar, el profesor ecuatoriano Jorge Baquerizo desarrolla el concepto *Poder constituyente*. El profesor del País Vasco, Carmelo Moreno, el de *Meritocracia*. El italiano Giorgio Pino el de *Seguridad jurídica*. El catalán Óscar Capdeferro la voz de *Buzones de denuncia* y, finalmente, la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, Moneyba González Medina, la de *Planificación estratégica de las ciudades*. Todas ellas, por demás, se incorporan al *Léxico Culturleg* que reúne ya 225 entradas diferentes.

La sección de *Releyendo a...* publica un breve trabajo inédito de Jorge A. Bacqué sobre Hans Kelsen que el profesor argentino defendió y publicó hace casi 60 años. La tarea de presentación ha corrido a cargo del profesor de la UNAM, Piero Mattei-Gentili.

Finalmente, la sección del *Rincón de lecturas* mantiene su estructura tripartita acostumbrada. En primer lugar, el *Debatiendo* se inserta en la serie dedicada a la *Formación del Jurista mediados del siglo XXI*, ocupándose, con un cierto ánimo monográfico, de la relevancia de la perspectiva de género en la misma. La primera aportación viene de la mano la iusfilósofa de la Universidad de Granada, Juana María Gil, que se acompaña de las perspectivas de la dogmática laboralista con Ana de la Puebla, civilista con Pilar Álvarez Olalla y constitucionalista con Ana Isabel Melado. En segundo lugar, el *Book Fórum* se dedica al reciente e importante libro publicado por María José Villaverde. En esta obra se recoge un trabajo de larga factura sobre Alexis de Tocqueville y la cuestión colonial que supone una revisión crítica de la tradición liberal. Intervienen en el comentario una excelente nómina de tocquevilleanos: Jean-Louis Benoît, uno de los de mayor proyección internacional en la actualidad; Julián Sauquillo, catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid; Paloma de la Nuez, profesora de Historia del Pensamiento Político y secretaria académica de la revista; y, por último, Elisa Usategui, profesora de sociología de la Universidad del País Vasco. Todas estas observaciones son contestadas por la jubilada catedrática de la Universidad Complutense de Madrid.

Finalmente, la subsección de *Notas y Recensiones* se abre con la publicación de la *laudatio* presentada por C. Ignacio Giuffré al doctorado *honoris causa* que recibió la pasada primavera el profesor Roberto Gargarella. Germán Arenas comenta la monografía del magistrado Joaquim Bosch sobre la corrupción en España. Concepción Delgado el último libro del filósofo de la UNAM, Carlos Pereda. Yolanda Gómez el trabajo del canonista Óscar Celador sobre algunas dimensiones de la libertad religiosa. Daniel Iglesias la monografía de Adoración Guamán en torno a la diligencia debida en materia de derechos humanos. Finalmente, Delia Manzanero comenta la reciente edición del trabajo de Concepción Arenal. En definitiva, un conjunto de quince aportaciones en el conjunto de la sección.

Este es el contenido de esta vigésimo quinta entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Creo que hemos tenido la fortuna de concitar las contribuciones de profesores y profesoras de relevancia internacional con las de un profesorado consolidado y la de jóvenes, pero brillantes, investigadores/as. Ojalá podamos mantener esa articulación intergeneracional en la extracción de los autores y autoras, así como conservar y mejorar la calidad e impacto de los trabajos seleccionados. Les agradecemos sinceramente a todos ellos sus contribuciones y a todos aquellos que colaboran en calidad de coordinadores, gestores, editores, asesores, evaluadores, traductores, programadores, etc. Todas ellas aportan un trabajo discreto y reservado sin el cual la revista no podría seguir funcionando. De esta forma, debe reconocerse –y es un deber de grato cumplimiento– su inestimable

contribución. En definitiva, he aquí el número de plata de *Eunomía*. Confiamos en que resulte de interés para investigadores, profesionales y lectores en general.

Bibliografía

- Banco Mundial (2022). *PIB per cápita (US\$ a precios actuales) – Morocco*.
https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?end=2022&locations=MA&name_desc=false&start=1960.
- Garzón Valdés, E. (2004). *Calamidades*. Gedisa.
- MacIntyre, A. (1991). *Historia de la Ética*. Paidós.
- Programa en Cultura de la Legalidad. (2023). *Léxico Culturleg*.
<https://culturadelalegalidad.net/es/content/léxico-culturleg>.

Acerca del fundamento del derecho a la educación en las sociedades abiertas*

On the Foundations of the Right to Education in Open Societies

Francisco J. Laporta San Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-4344-6152

francisco.laporta@uam.es

Cita recomendada:

Laporta San Miguel, F. J. (2023). Acerca del fundamento del derecho a la educación en las sociedades abiertas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 12-21

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7988>

Recibido / received: 19/06/2023

Aceptado / accepted: 28/08/2023

Resumen

A partir de una confusión posible entre los conceptos de educación y escolarización, el texto examina los diferentes estratos del proceso educativo (alfabetización, instrucción y educación), sus dimensiones y problemas, ofreciendo con ello una propuesta plausible sobre el significado profundo de los enunciados constitucionales en materias de educación.

Palabras clave

Derechos educativos, escolarización, alfabetización, instrucción, educación, indoctrinación.

Abstract

Starting from a possible confusion between education and mere schooling, the text examines different layers of the educational process (literacy, instruction, and education), their scope and problems, offering a plausible account of the deep meaning of constitutional provisions in educational matters.

Keywords

Educational rights, schooling, literacy, instruction, education, indoctrination.

SUMARIO. 1. La escolarización y los estratos del proceso de enseñanza. 2. La alfabetización como derecho fundamental. 3. La instrucción y sus dimensiones científicas, jurídicas y éticas. 4. Alcance y fundamento de la educación. 5. Conclusión: educar y respetar.

* Catedrático emérito de la Universidad Autónoma de Madrid. Del Patronato de la Fundación Francisco Giner de los Ríos - Institución Libre de Enseñanza.

Les agradezco su presencia. Necesito contrastar algunas de mis ideas con quienes están más en contacto con la realidad del proceso educativo¹. Como buen filósofo, tiendo más bien hacia los principios abstractos, y siempre viene bien un baño de realidad. También es verdad que a quienes están demasiado urgidos por la realidad, y en particular por la realidad educativa, tan dura e implacable a veces, no les viene quizás mal un baño de principios e ideales. En ese terreno quisiera yo situar este escrito. Debo decir que lo escribo estimulado por una afirmación de Carlos Wert hace unas semanas en una reunión del Patronato de la Fundación. Dijo que había detectado que se confundía con frecuencia el derecho a la educación con la mera escolarización, es decir, con el derecho a una plaza escolar. Creo que tiene toda la razón, y lo que voy a hacer es indagar un poco más en esa idea y aducir en su favor algunos argumentos ulteriores. Me parece que hablar de ello puede aclarar algunas cuestiones relevantes. Más allá de los tópicos, a veces cínicos o elitistas, sobre la deseducación en la escuela, es necesario insistir en que educar y escolarizar no son la misma cosa². Ello me permitirá, además, proponer una lectura nueva del artículo 27 de la Constitución. Como se recordará, este artículo fue uno de los más conflictivos del proceso de elaboración de la Constitución por consenso, hasta tal punto que estuvo a punto de romper ese consenso. ¿Por qué? Pues porque por debajo de su lectura superficial apareció una suerte de gramática profunda que no trataba de establecer qué educación tenían derecho los ciudadanos a recibir, sino cómo se repartían el dinero y el poder. Se suponía, no sé con qué fundamento, que si alguien controlaba el proceso educativo tendría un acceso más claro al ejercicio del poder. Esto se concentró entonces en la cuestión religiosa. Y así las iglesias y confesiones, que no son en último término sino organizaciones de poder, pasaron al primer plano, mientras que los postulados de una educación abierta se desvanecían en el debate. Pero tampoco debemos limitar ese fenómeno a cuestiones de iglesia: hemos visto surgir el mismo síndrome de lucha por el reparto del dinero y el poder en las posiciones de ciertas fuerzas políticas nacionalistas respecto de la cuestión de la lengua vehicular en el proceso educativo. Tampoco aquí parece importar demasiado si la educación de los chicos es más o menos satisfactoria, sino más bien quién y cómo se administran y gestionan los recursos educativos...y las mentes.

1. La escolarización y los estratos del proceso de enseñanza

Empecemos por aquella confusión que me sirvió de estímulo. En realidad, escolarización y educación son categorías que juegan en diferentes planos de la enseñanza. Se puede educar sin escolarizar y escolarizar sin educar. A lo largo de la historia, lo primero es obvio: recuerden a los famosos «preceptores». Pero también se da hoy en día: piensen en el llamado *homeschooling* o en algunas resonantes propuestas actuales de desescolarización (Iván Illich). Y se puede estar escolarizado, pero no educado. En ciertas escuelas coránicas (las «madrasas») existe al parecer un curso que consiste simplemente en la memorización del libro sagrado mediante técnicas basadas en la repetición ritual y rítmica, en forma de salmodia, de las «aleyas» o versos de El Corán. Pareciera que no hace falta saber siquiera leer y escribir para participar con éxito en actividades como esa. Ni que se entienda lo que

¹ Una versión abreviada de este texto se expuso oralmente en el seminario dirigido por Carlos Magro, *La escuela como comunidad de aprendizaje y de cuidado*, celebrado el 27 de marzo de 2023 en la sede de la Fundación Francisco Giner de los Ríos – Institución Libre de Enseñanza. En junio de 2023 contrasté estas mismas ideas en el Máster de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, con colegas y estudiosos de derecho. Vaya mi agradecimiento a los participantes en ambos seminarios.

² Me refiero a tópicos como los tan conocidos de Winston Churchill: «El único tiempo en que mi educación fue interrumpida fue cuando estaba en el colegio», o Mark Twain: «Nunca dejé que mi escolarización interfiriera con mi educación». El menosprecio de la escuela y la escolarización es, en demasiados casos, una pose impostada y estúpida de espaldas a los problemas reales de la sociedad.

se canturrea. Quienes tenemos unos años recordamos cosas parecidas en nuestra educación: el recurso a cánticos y salmodias para imprimir creencias religiosas o políticas que no entendíamos.

La escolarización trata principalmente de cómo se organiza externamente el proceso de enseñar, es decir, cómo se disponen y articulan los medios, los responsables y las instituciones dedicadas a la enseñanza, pero no dice casi nada acerca de su contenido. Se puede «escolarizar» sólo porque necesitamos, por así decirlo, «aparcar» al niño como aparcamos el automóvil para ir a trabajar. Esto no es una frivolidad mía: es algo que, aunque no sé si deseable, se va haciendo cada día más indispensable y perentorio en la sociedad urbana que vivimos: por ejemplo, para consolidar las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral y hacer con ello posible la emancipación femenina.

La educación es algo distinto, y más importante. Es el estrato más profundo del proceso general de enseñanza o de aprendizaje. Los estratos de ese proceso podrían definirse así: alfabetización, instrucción y educación³. Esto es sólo una diferenciación conceptual para entendernos. Lo que me interesa es una cierta connotación que esas tres actividades llevan consigo y de la que enseguida hablaré. Tampoco la metáfora geológica de los «estratos» y su «profundidad» pretende que haya en el proceso educativo una suerte de capas definidas que aparecen unas sobre las otras. En realidad, son actividades que suelen presentarse unidas en cualquier momento de ese proceso. Mientras se está alfabetizando se suele estar también instruyendo y educando. Y en la mayoría de los casos esas actividades presuponen a las otras: la instrucción necesita de la alfabetización, y es posible que la educación, tal y como yo la entiendo, no pueda perfeccionarse sin un cierto grado de instrucción.

Tal y como la concebimos hoy, como una red organizada de establecimientos dedicados en su origen a la mera alfabetización, la escolarización es fruto de la Revolución Francesa. En el título I de la Constitución Francesa de 1791 se formula así: «Se creará y organizará una Instrucción pública común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres, y cuyos establecimientos serán distribuidos gradualmente en consonancia con la división del reino». La obligación de escolarizar, y el correlativo derecho a un puesto escolar provienen de ahí, y se expanden lentamente durante el siglo XIX⁴. Su fundamento entonces es el reconocimiento de los «hombres» (todavía no las «mujeres») como ciudadanos que han de participar en la conformación de la «voluntad general» a través de procesos electorales (más o menos angostos). Esa conexión tácita entre escolarización y ciudadanía se manifiesta también en el mandato que figura a continuación en el texto constitucional francés citado. Dice así: «Se establecerán fiestas nacionales para conmemorar la Revolución francesa, mantener la fraternidad entre los ciudadanos y vincularlos a la Constitución, la Patria y las leyes». (Varela 1998, p. 102)⁵. La escuela es, pues, un modo de hacer ciudadanos y como todos

³ Quizás una de las causas de la identificación apresurada entre escolarización y educación, y la nula diferenciación que suele hacerse entre alfabetizar, instruir y educar, provenga de que el propio artículo 27 de nuestra Constitución, aunque menciona casi todo ello, lo hace de manera desordenada y confusa. Las partes en el conflicto de poder pugnaron por conseguir párrafos del precepto, y eso explica hasta la estructura de este. Pero se desentendieron de su sustancia más profunda.

⁴ Un libro muy del movimiento krausista (inspirador de la ILE) que enfatiza eso con gran información, relativa sobre todo a las dificultades de ese proceso en Bélgica, Guillermo Tiberghien (1874).

⁵ El texto completo en francés dice así: *Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume. - Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux lois.*

tienen derecho a la ciudadanía, todos deben poder acceder a esa «instrucción pública común».

La alfabetización es condición de ciudadanía, y por ello constituye el primer estrato del proceso general de enseñanza, lo «indispensable para todos los hombres» en tanto que ciudadanos. Las ideas francesas tienen un correlato claro en la Constitución española de 1812. En su artículo 366, la escolarización se refleja así: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles». Ya antes, el artículo 25, apartado sexto, había prevenido con tiempo la exigencia de alfabetización para el ciudadano: «Desde el año de mil ochocientos treinta [es decir, dieciocho años después de la entrada en vigor de la Constitución] deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio (*sic*) de los derechos de ciudadano».

2. La alfabetización como derecho fundamental

Esto parece, repito, una condición necesaria para ejercer la ciudadanía en una sociedad libre. Pero no podemos quedarnos ahí. Hay que ir un poco más abajo para encontrar su verdadero fundamento, que es algo obvio pero que, como tantas cosas obvias, la presuponemos sin examinarla: la alfabetización pone a disposición de los miembros de la sociedad las herramientas necesarias para recibir y transmitir información mediante la lectura y la escritura. Digo que esta obviedad es importante, y no sólo en términos de ciudadanía, porque en una sociedad cuyo flujo de información es letrado e impreso, como lo es la sociedad moderna, el analfabeto es un ser esencialmente «dependiente». Y eso pugna directamente, no sólo con el estatus que se confiere al ciudadano, sino también con el sentido que ha de tener el proceso completo de enseñanza en el diseño de esas sociedades abiertas y libres. Es esa dependencia trágica lo que hace imprescindible la mera alfabetización. En un mundo dominado por la cultura impresa (cualquiera que sea su «soporte»), el analfabeto no posee las competencias necesarias para recibir información, reflexionar sobre ella y tomar decisiones a partir de esas reflexiones. Eso afecta decisivamente a su peripecia individual como persona en las circunstancias más inmediatas de la vida, casi a su condición misma de persona como ser libre. Y es, por supuesto, incompatible con la democracia porque el analfabeto depende siempre de otro, alguien alfabetizado, para obtener la información exigida por su papel en la deliberación pública. Esta condición de dependencia es, pues, inconciliable con uno de los fundamentos normativos de la sociedad abierta: la idea del ciudadano como un agente libre e independiente. No es posible pensar en el proceso político como un procedimiento de discusión y decisión de las cuestiones fundamentales de la comunidad política si una parte sustancial del *demos* está compuesta por gente analfabeta, incapaz de recibir y procesar la información requerida para esas actividades. Aquí encontramos, pues, por primera vez esa connotación que antes me interesaba: en este caso «alfabetización» connota necesariamente «independencia» para obtener información y comunicarla con la vista puesta en la toma de decisiones tanto políticas como personales. Es, desde mi punto de vista, el fundamento del primer estrato del proceso general de la enseñanza. Y aquí surge también el primer *derecho* educativo: el que llamaré «derecho a la alfabetización», cuyo correlato es desde hace ya dos siglos, la llamada «enseñanza obligatoria» en ese su primer nivel. Si los niños tienen un «derecho» moral a ser alfabetizados para ser personas independientes y libres en una sociedad abierta, sus padres, sus tutores, o el Estado tienen el correlativo deber moral de hacerlo. Ese es el fundamento del derecho constitucional a la alfabetización y del consiguiente deber constitucional de organizarla. Y haríamos mal en relegarlo como tema resuelto. El analfabetismo es en sí mismo una violación de un derecho fundamental: allí donde hay una persona sin las capacidades letradas

mínimas, estamos en presencia de una situación inconstitucional. Y, contra lo que pueda suponerse en nuestras sociedades, no son tan escasas esas situaciones⁶.

3. La instrucción y sus dimensiones científicas, jurídicas y éticas

El segundo estrato del proceso es la «instrucción». La instrucción es sencillamente la transmisión organizada y deliberada del conocimiento. Así como el anterior estrato era la puesta a disposición de los niños de las herramientas indispensables para la inmediata independencia personal en la sociedad letrada, en este segundo estrato nos encontramos con la dimensión científica inherente a la organización de la sociedad contemporánea. En efecto, a lo largo del siglo XIX, si no antes, la transmisión de conocimiento se ha hecho equivalente a la transmisión de la ciencia moderna, porque no hay más conocimiento admisible como tal que el conocimiento científico. Y la instrucción es la transmisión de los niveles iniciales del conocimiento científico que nutre a una sociedad abierta. Para examinar minuciosamente este estrato sería necesario explorar cuestiones como el grado básico de instrucción preciso para la inserción activa en nuestras complejas sociedades, y, con ello, cosas como el diseño del currículum o los métodos de enseñanza y aprendizaje, sobre las que se discute incesantemente⁷. Pero lo que me interesa es el contenido inspirador del estrato. Su connotación. Y está presidido por la noción de autoridad científica. Lo que aquí no cabe son cosas como la astrología, el terraplanismo, el creacionismo, el racismo, la homeopatía, la superstición, la afirmación de la inferioridad natural de la mujer, la fundación legendaria de la patria, o cualquier otra de esas creencias extravagantes que tanto abundan. Todas ellas han de quedar fuera del contenido de la instrucción. Cuando hablo de conocimiento científico aludo a creencias que, por su grado de objetividad y su capacidad para superar un test metódico serio, pueden ser mantenidas como ciertas y veraces. Para suministrar un fundamento firme a los derechos que aparecen en este estrato es preciso asumir puntos de partida que se originan fuera del contexto escolar, en el seno de la comunidad científica. Lo que los científicos llaman «criterios de demarcación» entre la ciencia y la pseudociencia ha de ser incorporado a la noción de instrucción. Algunas veces, tales criterios también pueden ser necesarios en las discusiones públicas o se presentan inopinadamente en el marco de conflictos jurídicos. Por ejemplo, en 1982 en el caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (529 F. Supp. 1255 [E.D. Ark. 1982]), el juez William Overton tuvo que decidir si la ley 590 del parlamento de Arkansas, que exigía de los profesores dar un «“tratamiento equilibrado” (*balanced treatment*) a la teoría evolucionista y al creacionismo en las clases de biología enseñadas en las escuelas públicas», violaba el principio de separación Iglesia/Estado, y en particular la contundente cláusula de la Primera Enmienda de la Constitución, la llamada *Establishment Clause*, que podría traducirse así: «El Congreso no hará ley alguna relativa al reconocimiento oficial (*establishment*) de una religión o que prohíba su libre práctica... »⁸. El juez llamó como perito a un reputado científico, filósofo de la biología (Michel Ruse), para que informara de si el creacionismo era ciencia o religión, y trató de reformular el test de constitucionalidad de la ley que había ido elaborando en esta materia la Corte Suprema, que resumió en tres principios: «Primero, la ley ha de tener un propósito secular; segundo, su efecto principal o primario ha de ser tal que ni

⁶ Reenvío como puerta para más información, al artículo de Jacobo García Rosario *o cómo sobrevivir al analfabetismo en el siglo XXI*, *El País*, 30 de abril de 2023, en el que se habla de más de medio millón de personas en esa situación en España.

⁷ Para darse una idea de su importancia baste con mencionar cuestiones como la tendencia actual a elevar la obligatoriedad de esta instrucción hasta los 18 años (me informó de esta tendencia actual Carmen Pellicer), la naturaleza, más global o más especializada, del *curriculum* o los métodos activos o pasivos de enseñanza.

⁸ Este es el texto inglés: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof...*».

promueva ni inhiba la religión...»; finalmente, la ley no debe alimentar «una excesiva implicación (*entanglement*) gubernamental con la religión».º De acuerdo con esos criterios el juez determinó que la ley de Arkansas no era compatible con la Constitución porque el creacionismo no era ciencia, no era ajeno a algunas creencias y confesiones religiosas y suponía una mezcolanza del gobierno con credos religiosos¹⁰.

La verdad y la autoridad teórica presiden, pues, esta etapa. Una verdad abierta a la discusión y la crítica por medio de la argumentación racional, y una autoridad que lo es sólo por su competencia, pero que puede ser cuestionada también con arreglo a esos parámetros. En todo caso, en este contexto, «conocimiento» es el proceso de adquisición de creencias verdaderas racionalmente justificadas (Winch e Ingell, 2008, p. 110). ¿Cuál es la connotación que encuentro en la instrucción pensada así? Que su propósito es instilar en el estudiante la convicción de que ha de conformar y desarrollar sus creencias con arreglo a cánones de evidencia y racionalidad, y en ese sentido ha de aprender a emanciparse paulatinamente de la dependencia de mitos, lugares comunes, tradiciones heredadas y prejuicios vigentes en su contexto social, es decir, ha de tratar de formar por sí mismo sus propias convicciones; lo que pudiéramos llamar «independencia epistémica». Y ello vale tanto para las ciencias naturales como para las ciencias humanas o sociales¹¹. Para las primeras, porque no caben explicaciones para-racionales de la realidad natural. Para las segundas porque no son admisibles invenciones o mixtificaciones de la realidad humana. El camino de Santiago puede tener mucho interés turístico o místico, pero desde el punto de vista de la instrucción es claramente un falso positivo sin fundamento alguno. La superchería pseudocientífica y la manipulación interesada de la realidad, que tanto abundan, no pueden tener cabida en este estrato del proceso de enseñanza.

Ese estadio de independencia reflexiva o epistémica constituye quizás el propósito fundamental de este segundo estrato: exige que el estudiante se desarrolle intelectualmente en la formación de sus propias creencias. No se puede ser autónomo si simplemente se comparten por ósmosis los valores y las convicciones del medio social. La instrucción suministra al estudiante las herramientas necesarias para realizar un corte decisivo: el corte con las creencias de su mundo entorno y la aceptación crítica de sus propias creencias. No se puede ser independiente en este sentido si se limita uno a reproducir pasivamente los conocimientos del propio contexto social sin someterlos a la propia racionalidad crítica. Y esa independencia epistémica es lo que sirve de fundamento a un nuevo «derecho» moral a la instrucción contrastada, una suerte de derecho a la verdad, que tiene su correlato en el deber u obligación de articular un proceso de enseñanza presidido por esas exigencias científicas.

Aquí nos sale al paso un tema muy controvertido, el de la ubicación de la enseñanza religiosa en el proceso educativo. Y, por lo que a nosotros respecta, naturalmente, la enseñanza de la religión católica y sus notorios privilegios en nuestro país. Porque, tal y como lo he planteado, la enseñanza religiosa entendida como catequesis o proselitismo no cabe en este estrato de la instrucción, como no cabía en el programa educativo de la Institución Libre de Enseñanza. Mucho menos, naturalmente, financiada con el presupuesto público y «en condiciones equiparables

⁹ Esta doctrina se va decantando a partir de *Everson v. Board of Education* (330 U.S. 1, 1947), *McCollum v. Board of Education* (333 U.S. 203, 1948), y adquiere un perfil definido en *School District v. Schempp* (374 U.S. 203, 1963). Cfr. para ello, Lockhart, Kamisar y Choper (1981, pp. 786 y ss.)

¹⁰ Extraigo estos datos de Curd y Cover (1998, pp. 1-83)

¹¹ Que no han de ser, por cierto, escindidas en ningún momento en dos mundos incomunicados entre sí. Un tema de máximo interés en la discusión y el diseño del currículum.

a las demás disciplinas fundamentales» (como establecen los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede). Y ello por dos razones de diferente naturaleza: una de ética pública, que es concluyente pero ahora no interesa tanto examinar: porque los contribuyentes laicos o de otras convicciones se ven obligados a financiar con sus impuestos aquellas creencias religiosas que no comparten, lo que constituye una discriminación o una exacción injusta. Y la segunda, que sí viene aquí al caso, porque la catequesis religiosa es la transmisión acrítica de dogmas, lo que viola los principios en que han de basarse las actividades de instrucción: la evidencia científica y la racionalidad argumentativa. Los dogmas religiosos son afirmaciones que no se sujetan al escrutinio racional. Por tanto, no pueden promover la autonomía «epistémica» que fundamenta esta etapa de la enseñanza.

4. Alcance y fundamento de la educación

Y llegamos ahora al estrato que, en sentido más estricto, propongo llamar «educación». Distinguir entre educación e instrucción es algo muy de la Institución Libre de Enseñanza. Pero es también algo sutil y controvertible. Trataré de transmitírselo con un texto de Francisco Giner de los Ríos sobre Menéndez Pelayo:

Si se necesitase probar la falta de carácter educativo, en todos los sentidos, de nuestra enseñanza y de nuestro sistema entero de estudios, ahí está el autor de la referida *Historia [de los heterodoxos españoles]* para mostrar cómo es posible consagrarse tan superiores condiciones mentales al más asiduo comercio con los grandes maestros del buen gusto y tenerlo pésimo, sin embargo. Es un fenómeno de los más desagradables el de este profundo abismo entre la instrucción y la educación (Giner de los Ríos, 1927, p. 79).

Marcelino Menéndez y Pelayo pudo haberse pasado años y años estudiando, por ejemplo, a los maestros de la estética y, tener, sin embargo, un pésimo gusto, es decir, pudo haber sido alguien muy instruido pero muy poco educado.

La educación va, pues, más allá de la instrucción. En ese estrato anterior, el de la instrucción, vivimos quizás todavía en la lógica de valores más instrumentales: se instruye con la vista puesta en un objetivo exterior al proceso mismo de instrucción: el conocimiento y dominio de la naturaleza, el acceso a herramientas intelectuales sólidas, el desarrollo de la economía industrial y postindustrial, la promoción social, el mercado de trabajo, la dimensión profesional de la vida, etc. Para todas esas cosas, los ciudadanos de las sociedades abiertas tienen que estar en posesión de un grado básico de instrucción en el sentido que hemos visto. Pero cuando buceamos hasta este otro estrato de la educación encontramos que descansa sobre algo que es valioso en sí mismo y no por ser un instrumento o un medio para otra cosa. Es más difícil de definir, pero tiene que ver con lo que, en una sociedad abierta, concebimos y expresamos como «ser persona». Al lado de la connotación de la alfabetización como «independencia comunicacional», y de la instrucción como «independencia epistémica», la sociedad abierta busca en la educación la «independencia personal». En efecto, su justificación como el estrato más profundo de todo proceso de enseñanza es el principio de autonomía personal plena, de aquello que, con una u otra formulación, se ha designado en la modernidad como «dignidad de la persona»: que, como seres humanos, todos y cada uno somos fines en nosotros mismos y nunca debemos ser tratados sólo como un puro medio. Que nuestra vida y nuestras decisiones han de brotar de nosotros mismos, que no hemos de ser empujados por fuerzas externas, ni sometidos a la voluntad arbitraria de otros. Seres capaces de obrar por sus propias razones, y de establecer independientemente sus propósitos y perseguirlos por sí mismos. Seres, en fin, que son responsables de sus decisiones y

pueden dar cuenta de ellas apelando a sus ideas y propósitos¹². La educación ha de generar una actitud muy especial también respecto del conocimiento mismo: que seamos capaces de considerarlo no sólo instrumentalmente, sino como una manera global de comprender y valorar el mundo y de concebir nuestro papel en él, y de encontrar una satisfacción y un sentido en ese conocimiento. Y tiene también, por supuesto, una dimensión social y una referencia obligada al marco de las relaciones con los demás. La educación consiste sobre todo en enseñar al individuo a actuar en libertad, a tener conciencia de su propia responsabilidad, a respetar al otro y a las reglas que hacen posible la convivencia con él, a razonar las propias posiciones y negociar los desacuerdos, a reconocer la autoridad, a practicar la tolerancia, a configurar desde sí mismo el propio código de conducta moral; esas cosas son parte de lo que queremos decir cuando hablamos de una persona educada. Y no sólo es un mero diseño funcional respecto al medio que hayamos de producir de una forma instrumental y mecánica, si es que pudiéramos hacerlo; es sobre todo una presuposición antropológica, un ideal de ser humano que tenemos que ayudar a generarse por sí mismo, porque esa es la tarea fundamental que subyace a ese complejo proceso que llamamos educación.

Este es el fundamento del derecho a la educación en una sociedad abierta. No es que piense sólo que ser educado así sea una buena cosa, sino que creo que todo ser humano tiene derecho a ser educado así. Porque esa «independencia personal» que connota es una condición necesaria para desarrollarse como ser humano en el sentido más íntegro que cabe suponer, y, por supuesto, para que nuestras sociedades sean sociedades abiertas y libres. Es un ideal regulativo que debe presidir todo el proceso de la enseñanza. Y es, naturalmente, lo que hace del papel del educador una pieza ineludible de la condición y el destino de esas sociedades.

5. Conclusión: educar y respetar

Ese ideal es lo que, en mi opinión, trata de establecer la Constitución en el mencionado artículo 27, en su párrafo segundo: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Y tanto en lo que respecta al «derecho a la instrucción» y su vinculación con la ciencia, como en lo que atañe a este más profundo «derecho a la educación» y su inspiración en la autonomía personal, deben hacerse algunas reflexiones para establecer con cierta precisión lo que significa esa noción de «respeto a los derechos» recogida en el precepto constitucional. En la noción de respeto deben distinguirse con cierta claridad dos cosas distintas: el respeto a las personas y el respeto a las ideas de esas personas, como en la noción de respeto a los derechos fundamentales cabe distinguir entre el respeto al derecho y el respeto a lo que se hace en el ejercicio de un derecho. Y aún más. Permitanme que reproduzca una reflexión mía de hace años:

Cuando un ser humano tiene unas ciertas convicciones o creencias cualesquiera – escribía yo entonces (Laporta, 2001)– pueden distinguirse en ese hecho tan cotidiano y universal al menos tres cosas diferenciadas: el individuo que las tiene, el hecho psicológico de que las tenga, y el contenido proposicional de esas creencias o convicciones. Y si se nos pide que respetemos eso, se nos puede, por tanto, estar pidiendo que respetemos al individuo que tiene las creencias, que respetemos el hecho de que las tenga o que respetemos el contenido de esas creencias. Pues bien, yo mantengo que respetar a alguien es sobre todo respetarle como individuo capaz de tener unas creencias y de diseñar un proyecto vital para sí mismo a partir de ellas. También puedo aceptar que debemos respetar el hecho psicológico de que tenga esas

¹² El lector habrá advertido que resuenan aquí ideas muy conocidas de Berlin (1974, pp. 145-146).

creencias determinadas: no debemos suponer, por ejemplo, que ese hecho es producto de la mera ignorancia, de un prejuicio, de una estrategia, de un defecto cognitivo o de una falla psicológica, ni deberíamos por tanto despreciar ese hecho, reírnos de él, ignorarlo, etc. Pero no estoy dispuesto a aceptar que respetar a otro sea respetar el contenido de sus convicciones o creencias, porque aceptar semejante cosa choca directamente con todos los presupuestos epistemológicos de los que tenemos que partir para desarrollar nuestra racionalidad, nuestro conocimiento y nuestra ética. Las creencias no tienen por qué respetarse; más bien han de someterse constantemente a pruebas de validez y control para determinar su grado de fundamento.

Por consiguiente, respetar a la persona es algo muy distinto de respetar sus convicciones, y respetar los derechos de los demás, es decir, respetar que sean titulares de esos derechos y que debamos esforzarnos porque lo sean, es algo muy diferente de respetar las acciones o iniciativas concretas que realicen en el ejercicio de esos derechos. Si alguien, en el ejercicio de un derecho, obra mal o incorrectamente, no tenemos que respetar ese obrar mal o esa falta de rectitud, aunque podamos defender que tiene derecho a hacerlo (esto es, defender que tiene derecho a obrar mal (*a right to do wrong*)).

Viene esto al caso porque cuando hablamos del derecho a la educación en el sentido profundo que aquí le he tratado de dar, hablamos también de los primeros estadios de una relación de respeto hacia quienes estamos educando. Y ello excluye que en ese estrato del proceso educativo pueda decirse que estemos «indoctrinando». Porque puede, en efecto, salirnos aquí al paso una objeción importante que es necesario rechazar. La objeción de «indoctrinamiento». Ese ideal de educación, el ideal del sujeto que imaginamos como resultado del proceso completo de educación, es, por supuesto, una visión, no de lo que sea ese sujeto, sino de lo que deba ser. Al colaborar entonces a su alumbramiento, ¿estamos prestando nuestra profesión al indoctrinamiento? Habíamos excluido a la religión como catequesis del estrato «alfabetizador» y del estrato «instructivo» del proceso por su carencia de sustentación racional y científica; ¿tendría derecho a figurar ahora en este estrato educador? ¿Estaríamos tratando de conformar una personalidad con arreglo a un canon moral impuesto desde fuera? ¿Sería esta, una vez más, una tentativa de resolver el viejo problema de la enseñanza de las virtudes y actitudes morales?¹³ Para responder a esta objeción decisiva debemos tener claro qué es eso que se llama «indoctrinamiento». Ha sido algo muy discutido y que se ha manipulado mucho en las discusiones de política educativa. Seguro que todos recuerdan cómo se acusaban unos a otros de indoctrinar en los episodios que rodearon aquel desplorable espectáculo de la tentativa de introducir la «educación para la ciudadanía» en nuestro currículo en la primera década del siglo. En el Reino Unido ha habido un debate más serio y razonado. Un esquema claro para presentarlo podría ser el siguiente: Indoctrinar depende: a) de la intención del enseñante, b) de la materia que se enseña, c) del método que se usa, y d) del resultado que se obtiene¹⁴. Si alguien tiene la intención de que las creencias que transmite sean inmunes a la crítica racional, está indoctrinando. Si enseña algo que está más allá de los cánones de la racionalidad científica, está indoctrinando. Si utiliza métodos memorísticos y pasivos de estampación, está indoctrinando. Si su objetivo es cerrar con ello la mente del educando, está indoctrinando. Pues bien, basta con estos rasgos para concluir que cuando se educa en el desarrollo y estímulo del carácter y la personalidad con el fin

¹³ No hacen falta grandes argumentos para justificar el calificativo de «viejo» para este problema. Basta con remitir al *Menón* de Platón y las últimas palabras de Sócrates en él: «si en todo nuestro razonamiento hemos indagado bien, la virtud no se daría ni por naturaleza, ni sería enseñable, sino que resultaría de un don divino, sin que aquellos que la reciban lo sepan...».

¹⁴ Traslado aquí, por razones de espacio, un esquema del resumen que se contiene en el término *Indoctrination* en Winch e Gingell, (2008). Puede verse también White (1967) y Peters (1967).

de que se conforme a los parámetros científicos y éticos de un sujeto autónomo teórica y moralmente, es decir, cuando se está «educando» en el sentido preciso que aquí le estoy dando al término, es difícil afirmar que se esté indoctrinando. La educación así entendida está en las antípodas del adoctrinamiento. Y articulados entre sí, el derecho a la alfabetización, el derecho a la instrucción y el derecho a la educación, constituyen en sí mismos una expresión clara del respeto al educando y un antídoto contra su indoctrinación. Y precisamente por ello configuran una panoplia de exigencias éticas básicas que están en la base de la legitimación de las sociedades abiertas, y componen un importante segmento de las aspiraciones de la justicia en esas sociedades.

Bibliografía

- Berlin, I. (1974). *Libertad y necesidad en la historia*. Revista de Occidente.
- Curd, M. y Cover, J. A. (1998). *Philosophy of Science. The Central Issues*. W.W. Norton & Company.
- García, J. (29 de abril, 2023). Rosario o cómo sobrevivir al analfabetismo en el siglo XXI. *El País*. <https://elpais.com/espana/madrid/2023-04-30/rosario-sobrevivir-al-analfabetismo.html>
- Giner de los Ríos, F. (1927). *Obras Completas* (tomo XVII). Espasa-Calpe S.A.
- Laporta, F. (2001). Inmigración y respeto. *Claves de Razón Práctica*, 114, 64-68.
- Lockhart, W.B., Kamisar, Y. y J.H. Choper. (1981). *Constitutional Rights and Liberties. Cases and Materials*. St. Paul (Minn.) West Publishing Co.
- Peters, R. S. (1967). *The Concept of Education*. Routledge and Kegan Paul.
- Tiberghien, G. (1874). *La enseñanza obligatoria*. Librería de Anillo y Rodríguez.
- Varela Suances, J. (1988). *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- White, J. P. (1967), *Indoctrination*. En R.S. Peters (1967), *The Concept of Education* (pp. 177-191). Routledge and Kegan Paul.
- Winch C. y Gingell, J. (2008) *Philosophy of Education: The Key Concepts*. Routledge.

Poder atemperado. Cómo pensar, y no pensar, sobre el Estado de Derecho*

Tempering Power. How to think, and not to think, about the Rule of Law

Martin Krygier**

*University of New South Wales Sydney
Central European University Democracy Institute
ORCID ID 0000-0003-3724-0801
m.krygier@unsw.edu.au*

Cita recomendada:

Krygier, M. (2023). Poder atemperado. Cómo pensar, y no pensar, sobre el Estado de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 22-57

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7989>

Recibido / received: 12/07/2023
Aceptado / accepted: 07/08/2023

Resumen

El Estado de Derecho ha sido objeto de muchas más palabras rancias que de pensamientos frescos y hoy en día su aura dorada se ha atenuado. Con todo, es enormemente importante reflexionar correctamente sobre el mismo y creo que hay formas con las que esto se puede hacer mejor. El punto de partida crítico del argumento es una evaluación de los enfoques legalistas convencionales que, a pesar de las muchas diferencias que parecen importantes para sus autores, tienen en común que empiezan con la pregunta equivocada; siguen por una vía equivocada; y terminan en el lugar equivocado, con una respuesta estrecha y gremial de juristas a un problema social y político (además de jurídico) universal. No es de extrañar que, como se ha dicho de una buena persona, el Estado de Derecho es difícil de encontrar. Yo sostengo que, si empezamos y proseguimos de otra manera, acabaremos más cerca de un destino que merezca la pena visitar. Eso no hará que la búsqueda del Estado de Derecho sea un paseo de rosas, pero podría ayudarnos a evitar ser, una y otra vez, asaltados por la realidad. En lugar de empezar tratando de estipular qué es el Estado de Derecho, deberíamos preguntarnos para qué sirve: cuál es el objetivo, por qué es importante ese objetivo y qué se necesita para conseguirlo; sólo entonces cabe preguntarse qué podría hacer falta para

* Este documento recoge una síntesis de argumentos que estoy desarrollando para un libro que, en estos momentos, se titulará *Well-tempered power. Thinking around and about the rule of law*. Tuvo su origen en mi inédita intervención en la Dennis Leslie Mahoney Prize Lecture, *Re-Imagining the Rule of Law delivered to the Julius Stone Institute of Jurisprudence*, University of Sydney Law School, el 7 de septiembre de 2017, y ha sido revisado y ampliado en «What's the Point of the Rule of Law», (2019) 67 Buffalo Law Review, pp. 743-91, y en conferencias en *The National Endowment for Democracy*, Washington D. C. y la *American Bar Foundation*, Chicago, en 2019; la Universidad de Trento, en 2022, y el *Institut für die Wissenschaften vom Menschen* de Viena y en la Universidad de Viena en 2022.

** Traducción de José María Sauca Cano.

lograrlo. Las respuestas variarán según el contexto, la época y las circunstancias y, por lo general, tendrán que ir más allá de las preocupaciones habituales. Así que hay que empezar por el problema y partir de ahí. El problema específico que debe resolver el Estado de Derecho, sostengo sin pretensión de originalidad, es el poder arbitrario. El carácter de cualquier solución debe ser atemperar (no sólo limitar) el ejercicio del poder para contener la arbitrariedad al mínimo. Entonces, la cuestión (la tercera cuestión, no la primera) es cómo hacerlo. Esto, casi con toda seguridad y en todas partes, dependerá de muchas más cosas de lo que sugiere el discurso convencional sobre el Estado de Derecho. El ideal del Estado de Derecho nunca es puramente jurídico, sino también social y político. Las soluciones serán diferentes, muchas no estarán implicadas, o irán más allá o permanecerán subyacentes o se situarán junto a la ley, y es mucho lo que está en juego.

Palabras clave

Estado de Derecho, Poder arbitrario, Poder atemperado, Enfoques anatómico y teleológico.

Abstract

The rule of law has been the beneficiary of many more stale words than fresh thoughts. And today its aura has dimmed. Yet it is hugely important to think well about, and I believe there are better ways. The critical jumping-off point of the argument is a critique of conventional legalistic approaches which, notwithstanding many differences that seem important to their authors, all have in common that they start with the wrong question; go on in the wrong way; and end in the wrong place, with a narrow, parochial lawyers' answer to a universal social and political (as well as legal) problem. No wonder, as has been said of a good man, the rule of law is hard to find. I argue that if we start and go on differently, we will end closer to a destination worth visiting. That still won't make the search for the rule of law a walk in the park. However, it might help us avoid being, time and again, mugged by reality. Rather than begin by trying to stipulate what the rule of law is, we should ask what it is for: what's the point, why that point matters, and what would need to be achieved to make it. Only then can one ask what might be needed to do so. Answers will differ with contexts, times and circumstances. Typically, they will have to go beyond the usual suspects. So, start with the problem and move from there. The specific problem for the rule of law to solve, I contend with no pretence of originality, is arbitrary power. The character of any solution must be to temper (not just limit) power's exercise to keep arbitrariness to a minimum. Then the question (the third question, not the first) is how to do that. That, almost certainly and everywhere, will depend on a lot more than conventional rule of law talk suggests. For the ideal of the rule of law is never a purely legal one, but always social and political as well. Solutions will differ, many will not involve, or will go beyond or underlie or stand beside law, and the stakes are high.

Keywords

Rule of Law, arbitrary power, tempering power, anatomical and teleological approaches.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Recetas de los juristas. 3. Contra las recetas. 4. Empezar de nuevo. 5. ¿Cuál es el problema? 6. ¿Qué se consideraría una solución? 7. Las complejas virtudes de la templanza. 8. El Derecho en la sociedad. 9. Y no olvides la política. 10. Conclusiones.

1. Introducción

El Estado de Derecho es demasiado importante como para ignorarlo; sin embargo, tal y como se maneja en los debates contemporáneos, el concepto resulta demasiado confuso y confundente como para servir de guía. En este artículo sugeriré que necesita ser re-imaginado. Esta re-imaginación comienza con una estipulación básica de la que se deriva el resto del argumento y de la que depende su validez. La estipulación es que para pensar con claridad sobre el Estado de Derecho –¿qué es,

para qué sirve, para qué no, cuáles son sus costes y cuáles sus beneficios?—tenemos que empezar no intentando enumerar sus componentes canónicos, lo que yo llamo un enfoque anatómico, sino preguntándonos por su razón de ser, por qué alguien debería preocuparse por él, lamentar su ausencia, pedir incluso desesperadamente que esté presente, intentar desarrollarlo allí donde nunca existió o es débil, defenderlo allí donde se enfrenta a la subversión o el sabotaje o, simplemente, donde parezca inconcebible en la actualidad. Para expresarlo en términos más sofisticados, el punto de partida para pensar en el Estado de Derecho debería ser teleológico y no anatómico. Comienza preguntando por el *telos*, el propósito o fin inmanente del Estado de Derecho, antes de tratar de estipular lo que podría ser necesario para alcanzar o acercarse a ese fin.

Si se empieza por el fin, por así decirlo, un segundo paso, que sólo debe darse una vez que se sabe adónde se quiere ir, es preguntarse cómo llegar hasta allí. La respuesta a esa pregunta debe ser contingente y depender de los hechos y las circunstancias, y una implicación de esta forma de proceder no es que, simplemente, la anatomía viene en segundo lugar, sino que no se puede suponer que siempre adopte la forma de las normas convencionales que los juristas asumen o que, incluso, se encuentre donde estos suelen buscar. Más allá de algunas obviedades sobre la condición humana, entre ellas que los tiempos cambian, las circunstancias difieren y otras perogrulladas por el estilo —igualmente obvias para todos e igualmente ignoradas a menudo—, en principio es poco probable que estas normas encuentren una única y detallada forma jurídica/institucional universal, con sus productos listos para ser individualizados y empaquetados para su exportación e implementación exitosa, su aplicación, incluso su emulación. Es plausible suponer que a menudo necesitaremos otros productos que los que proporciona la industria del Estado de Derecho, o de los que proporciona el Derecho y que, a menudo, no tenemos ni idea de qué productos funcionarán. Sin embargo, el Estado de Derecho se ha considerado frecuentemente como un producto jurídico-institucional y se ha exportado a muchas partes del mundo. A menudo, los resultados no han sido gloriosos y eso no debería sorprendernos ya que la clave de muchos de estos problemas es que no hemos pensado en ellos de manera correcta.

Llevo mucho tiempo defendiendo este argumento y volveré a hacerlo más abajo, pero creo que, a medida que han cambiado los contextos mundiales, también lo ha hecho el carácter de lo que está en juego. A finales de los todavía triunfales años 90, llegué a pensar que había motivos teóricos para disentir de los planteamientos predominantes sobre el Estado de Derecho y enfocarlos de otra manera. En parte, se trataba de una simple cuestión de higiene intelectual, de aclarar las cosas, pero también sospechaba que tenía implicaciones prácticas. Si nuestra comprensión del Estado de Derecho era inadecuada, también lo serían nuestros esfuerzos por generarlo y mantenerlo. Se trataba de una discusión con amigos, instándoles a pensar más claramente sobre lo que todos estimábamos positivamente.

Todavía sigo manteniendo ese argumento por razones analíticas, pero en el contexto actual añadiría una razón, basada en la moral política, y es la oportunidad de una disputa con los enemigos. Cuando el Estado de Derecho es objeto de crecientes abusos por parte de poderes que se proclaman partidarios del mismo, hay que estar preparado y ser capaz de defender los valores que lo hacen valioso. Empezar con este punto es clave aquí. Los enfoques convencionales pueden inducir a error ya que empiezan en el lugar equivocado y a menudo se mueven en direcciones equivocadas. Quiero sugerir algunas formas de pensar sobre el Estado de Derecho que me parecen útiles tanto para comprenderlo y ver lo que puede requerir, como para defender y promover sus virtudes.

2. Recetas de los juristas

Es un viejo tópico (incluso tiene un nombre: la ley de Miles) que la posición de las personas depende de dónde se sientan. Con el Estado de Derecho, parece que los juristas siguen una regla similar. Los abogados se sientan en los despachos, los profesores en las facultades de Derecho, los jueces en los tribunales y los filósofos del Derecho pasan su tiempo sentados leyendo a abogados, juristas, jueces y otros filósofos del Derecho. Así es como debe ser: es su trabajo, pero sus efectos sobre cómo el Estado de Derecho ha llegado a ser entendido por nuevos y más amplios auditórios no siempre son saludables.

Para los juristas, sentados donde están, el Estado de Derecho es una virtud del Derecho. La virtud –en la medida en que es manifiesta– es inherente al ordenamiento jurídico de un Estado, con sus organismos oficiales, normas, procedimientos, prácticas y resultados. Normalmente, es ahí donde empiezan los juristas y casi con la misma frecuencia es ahí donde se quedan. Y si se mueven de ahí, lo hacen desde ahí. El ordenamiento jurídico estatal es fundamental allá donde vayan.

Además, el Derecho es una disciplina técnica, y los juristas tienden a tratar el Estado de Derecho como un logro técnico-jurídico, una cuestión de forma, de procedimientos e instituciones. Así que, en el caso del Estado de Derecho, aunque los juristas, los filósofos del Derecho, los promotores del Estado de Derecho y otros por el estilo difieran enormemente en cuanto a los aspectos específicos, subyacen a sus diferencias dos supuestos tan compartidos, tan incontrovertiblemente asumidos, que huelga decirlos. Uno es que estamos en condiciones de estipular, en términos generales y a menudo detallados, qué instituciones, normas y procedimientos constituyen o garantizarán el Estado de Derecho. El otro es que éstos se encuentran en las actividades y los resultados de las instituciones jurídicas formales de los Estados. Desde este punto de vista, el Estado de Derecho es una cuestión de virtudes internas al aparato jurídico del Estado y a su forma de hacer las cosas. Tiene que ver, por encima de todo, con el carácter de las instituciones, normas y prácticas jurídicas oficiales, características que se consideran necesarias para que un ordenamiento jurídico funcione adecuadamente de conformidad con Estado de Derecho. Hay muchas interpretaciones de este tipo, pero todas tienen en común que se concentran en el estado de las instituciones centrales, oficiales, legislativas y judiciales, el carácter de las normas que elaboran y aplican, el comportamiento de los organismos legalmente autorizados que las hacen cumplir. Las diferencias entre las interpretaciones de los juristas estriban en qué subcategorías de ese complejo jurídico oficial son clave.

Así, el relato más influyente de los juristas anglosajones, el de A.V. Dicey, se centra en el papel distintivo de los tribunales (y también de los funcionarios) en los ordenamientos jurídicos de los países del *Common Law*, los únicos a los que concede haber sido bendecidos con este bien. Diferente en los detalles pero igual en el fondo, una de las interpretaciones filosófico contemporáneas más influyentes, la propuesta por Lon Fuller de Harvard y desarrollada por Joseph Raz de Oxford (y antes que ellos, por Jeremy Bentham¹), se centra principalmente en el carácter formal de las normas jurídicas, sobre aspectos de la manufactura jurídica –leyes que sean públicas, claras, no contradictorias, prospectivas, coherentes entre sí, etc.– que puedan hacer que el Derecho sea predecible y permitir que las normas jurídicas sean predecibles –que puedan hacer que la ley sea predecible y que permitan que las leyes guíen a los

¹ Jeremy Bentham, *Principles of the Civil Code*, Ch. XVII (citado en Endicott, 2014, p. 52). [NT]. Hay versión en castellano con el título *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Valletta Ediciones, 2005.

ciudadanos y los trate con respeto [un punto llevado más lejos por Jeremy Waldron (2011), que se centra en los procedimientos que los tribunales deberían ofrecer a cualquiera que comparezca ante ellos]. Moralmente ambiciosas, las teorías «gruesas», como las de Ronald Dworkin o Lord Bingham, difieren de las teorías «finas» que sólo hablan de instituciones y normas en su preocupación por el contenido moral de las normas jurídicas y las sentencias, pero no en dónde esperan que se encuentre el Estado de Derecho, dónde están sus fuentes, ni en su convicción de que es competencia de un jurista debidamente formado encontrarlo.

Hay muchas subvariantes de estas interpretaciones, y también alternativas entre las que elegir, pero todas parten de los supuestos compartidos que se han señalado anteriormente. De hecho, como observa irónicamente Jeremy Waldron, «existe una tradición de intentar captar la esencia del Estado de Derecho en una lista de principios: Dicey tenía tres, John Rawls cuatro, Cass Sunstein llegó a siete, Lon Fuller tenía ocho, Joseph Raz ocho, John Finnis ocho, Lord Bingham ocho en su excelente libro sobre el Estado de Derecho. (No sé por qué ocho es el número mágico: pero es un ocho ligeramente diferente en cada caso); Robert Summers (2011, p. 3) tiene el récord, creo, con dieciocho «principios del Estado de Derecho» (Bentham tenía siete, muy similares a los ocho de Fuller y Raz). Impertérito, Waldron añade otra lista (diez principios) que, aunque difiere en detalles importantes y en su fundamento moral, comparte, como he argumentado en otro lugar, exactamente el mismo supuesto subyacente (Waldron, 2011a; Krygier, 2017a).

No sólo los juristas piensan así. Por razones obvias, sus opiniones e interpretaciones tienen una influencia desproporcionada. Al fin y al cabo, estamos hablando del Estado de Derecho, por lo que mucha gente considera obvio que el Derecho debe tomar la iniciativa, que el Estado de Derecho tiene que ver con las características de las instituciones jurídicas oficiales, etc., y que los juristas, como expertos en ese ámbito, son aquellos de los quienes los legos deben tomar ejemplo. Además, una vez que el Estado de Derecho se ha convertido en algo que hay que «construir» mediante los esfuerzos deliberados y concentrados de una industria de promotores del Estado de Derecho, en países que nunca lo han tenido o a los que se les ha negado o en los que se considera que está en mal estado, la fuente obvia de información parecen ser los expertos. Y ellos engendran la nueva industria de promotores-expertos.

No me propongo enriquecer estas listas. Hay tantas disponibles —«el Estado de Derecho es a, b, c; o x,y,z»— que no pueden estar todas en lo cierto. Y lo que es más importante, si lo que se quiere es saber cuál de ellas, si es que hay alguna, hay que preferir en última instancia, entonces, al margen de los detalles de cualquiera de ellas en particular, me parece un grave error empezar, como hacen todas, especificando los supuestos componentes jurídico-institucionales o, incluso, algunos resultados sustantivos concretos de sus actividades. Mis razones para esta creencia son tanto prácticas como conceptuales. Comienzo con la práctica en la sección 3, y en la sección 4 paso a la conceptual.

3. Contra las recetas

A pesar de sus muchas diferencias, las diversas interpretaciones que he mencionado y las muchas influidas por ellas y que se comprometen con ellas, comparten un supuesto común subyacente: para pensar correctamente sobre el Estado de Derecho hay que empezar por identificar lo que en otro lugar he llamado su anatomía o morfología. O, para cambiar la metáfora, los escritores sobre el Estado de Derecho comienzan por identificar sus ingredientes putativos y parten de ahí. «Ingredientes» es una palabra adecuada en este caso, ya que estas interpretaciones se leen a

menudo como recetas de fórmulas institucionales para un festín un tanto difícil de alcanzar.

Creo que ésta es la forma equivocada de abordar el Estado de Derecho, y más aún de promoverlo, por razones que vengo exponiendo con recurrencia. En este artículo, sugiero siete fuentes de vulnerabilidad compartida en tales enfoques, a pesar de sus muchas diferencias aparentes. En trabajos posteriores, sugeriré razones más generales, subyacentes, para creer por qué estas vulnerabilidades son tan comunes.

En primer lugar, los problemas cambian. En segundo lugar, también lo hacen las circunstancias en las que se producen. Tercero, también deben hacerlo las respuestas que se les dan. En cuarto lugar, las respuestas convencionales prestan muy poca atención a la compleja naturaleza de la causalidad social. En quinto lugar, en parte debido a la falta de correspondencia entre las respuestas, los problemas y las circunstancias y, en parte, debido a la complejidad social, muchos esfuerzos por cocinar el Estado de Derecho siguiendo recetas formalistas establecidas, son previsiblemente ineficaces. En sexto lugar, las propias formas jurídicas elegidas y elaboradas para generar el Estado de Derecho pueden ser cómplices e incluso contribuir a su abuso. Y, en séptimo lugar, si se quiere explicar a quienes no son juristas por qué es importante todo esto, es poco probable que sigan las explicaciones de los detalles institucionales, las controversias sobre la legalidad y la constitucionalidad, etc., o, al menos, es poco probable que te sigan muy lejos sin preguntar: «vale, vale, pero ¿qué sentido tiene?» Esta me parece una muy buena pregunta.

Ahora planteo estos desafíos a la estrategia de recopilar «listas de la lavandería» jurídica (o de «recetas»; elija la que prefiera ya que se supone que deben mantenerle limpio o bien alimentado, ¿verdad? En cualquier caso, se quedan cortas) y vamos por partes:

En primer lugar, los problemas. El Estado de Derecho es una respuesta a los problemas del mundo. Las formas que adoptan los problemas, incluso los mismos tipos de problemas, por ejemplo, los del poder arbitrario, son enormemente variables y, además, cambian continuamente, con las variaciones de tiempo, lugar y circunstancias. Esto siempre ha sido cierto y podría decirse que nunca lo ha sido más que hoy en día, cuando tantas cosas que afectan a enormes poblaciones cambian tan rápidamente y de tantas formas impredecibles que cualquier respuesta institucional particular probablemente sólo capte partes limitadas de la acción y sólo durante un tiempo limitado. Menciono dos ejemplos que apenas entiendo: la AI [Inteligencia Artificial] y el bitcoin. Sólo he llegado a la «b» y uno puede saltar rápidamente a Facebook y Google. El resto del alfabeto no llevaría mucho tiempo seguirlo. Así que la búsqueda de un paquete de kit de identificación de instituciones y prácticas identificadas como «Estado de Derecho» no suele llevarnos muy lejos. Y si lo hace hoy, es poco probable que lo haga mañana.

En segundo lugar, las circunstancias. Aristóteles, que valoraba el imperio de la ley, vivía en un mundo diferente al nuestro. Y yo vivo en una sociedad en muchos aspectos diferente de la suya. Lo que puede funcionar en el Norte Global y en Occidente, puede hacerlo peor en el Sur Global y en Oriente (Lacey, 2008, pp. 1072-1078). Las diferencias entre sociedades, y las diferencias dentro de ellas y a lo largo del tiempo –ecológicas, sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, demográficas, tecnológicas– son múltiples, cambiantes y acumulativas. Y puesto que cualquier sociedad en particular llega a desarrollar y compartir cada vez más patrones de actuación, pensamiento y sentimiento que se funden en formas (a su vez en continuo cambio) de «hacer las cosas aquí», las respuestas desarrolladas en otros

tiempos, lugares y circunstancias están a menudo destinadas a errar sus objetivos definidos y a golpear y vulnerar a otros que nadie tenía en mente.

En tercer lugar, las instituciones. Éstas también cambian y difieren. Lo hacen a lo largo del tiempo y de un lugar a otro. Las instituciones que se le ocurrieron a Aristóteles en la antigua Grecia, para distinguir «el imperio de la ley» del «de cualquier individuo», no eran las que se especificaban en la Carta Magna del siglo XIII en Inglaterra; aquéllas tenían poco en común con las que atrajeron a Montesquieu en la Francia del siglo XVIII; lo que éste alumbró era diferente de la selección local de Dicey en el siglo XIX; éstas de las de Fuller en la América del siglo XX; las de éste (aunque no tanto) de las de Joseph Raz; y así sucesivamente.

Dichas instituciones y prácticas no sólo difieren, sino que están obligadas a hacerlo, ya que, como hemos visto, las circunstancias en las que operan, las formas en las que se presentan los problemas, las capacidades, las prácticas institucionales, las convenciones, las tradiciones y las opciones de las que se nutren, difieren enormemente a lo largo del tiempo y del lugar. El Estado moderno, por ejemplo, se plantea los problemas de forma diferente, hace cosas diferentes y de maneras diferentes a otras formas de organización política². Los Estados pueden pensar y hacer cosas diferentes, para bien y para mal, que nunca antes se habían hecho o nunca antes hubieran sido realizables. Así que, incluso si su preocupación es un problema muy antiguo, por ejemplo, el poder arbitrario, es poco probable que las formas específicas de abordarlo sean las recomendadas por Aristóteles.

En cuarto lugar, la causalidad: social, perentoria y complicada. No debería sorprendernos que la promoción del Estado de Derecho resulte a menudo decepcionante. Es intrínsecamente difícil. Sin embargo, no ayuda el hecho de que a menudo nos fijemos en las cosas equivocadas. Los efectos de la ley en el mundo son una cuestión de «causalidad social», una frase que tomo de la antropóloga jurídica Sally Falk Moore. Moore señala que «el Derecho se basa en nociones culturales de causalidad social, en ideas sobre cómo hacer que las cosas sucedan mediante el uso del poder del gobierno» (Moore, 2001, p. 6). Lo que dice del Derecho no es menos cierto en lo que se refiere a las ideas de los juristas sobre el Estado de Derecho pues, aunque los juristas suelen dejar el análisis sistemático de la causalidad social a otros, entre ellos a los científicos sociales, no soslayan el tema. De hecho, gran parte de lo que dicen sobre lo que el Derecho es y hace, y lo que debería ser y hacer, depende y debe depender de las nociones de causalidad social, a pesar de que, como la mayoría de las nociones culturales, éstas suelen estar implícitas y no son consideradas en profundidad. Además, la cultura tanto de legisladores como de juristas no es la del pueblo en general, sino que es la de la cultura jurídica. No es de extrañar que, cuando piensan en el Derecho y la causalidad social, se suponga que el Derecho estatal ocupa un lugar destacado. Pero no es necesariamente así.

Ya he mencionado la banal verdad de que los juristas consideran que el Estado de Derecho es sobre todo Derecho. En varios escritos (Krygier, 2017a; 2019a), he intentado también recordar lo que, también, debería considerarse banal, pero que no suele ser objeto de reflexión en los trabajos sobre el Estado de Derecho: lo que podría denominarse el aspecto social o dimensión social del Estado de Derecho.

A menudo, los cuestionamientos habituales de los juristas no son el lugar donde se producen muchos de los problemas que se espera que alivie el Estado de Derecho, ni los ingredientes jurídicos convencionales son siempre soluciones adecuadas o apropiadas. Incluso cuando lo son, dependen de realidades y fuerzas

² Véase la brillante, aunque controvertida, obra de Scott (1988).

sociales que los organismos jurídicos oficiales sólo controlan parcialmente. Muchas de las principales amenazas a los valores del Estado de Derecho proceden de fuera del Estado –pensemos en Facebook y Al Q'aida–; muchas respuestas a tales amenazas también tendrán que encontrarse fuera del Estado y sus leyes –pensemos en los medios de comunicación y la sociedad civil–; e incluso cuando el Estado y la Derecho son importantes o relevantes, su significado depende de complejas cadenas de causalidad social que incluyen la presencia, la ausencia, el poder o el carácter, de agencias y corrientes sociales que el Derecho nunca puede controlar por completo. En algunas circunstancias, dichos agentes y medios de causalidad social apoyan los esfuerzos del Derecho estatal; en otras, lo socavan; en muchos lugares se producen tanto el apoyo como el socavamiento. La visión de túnel del legalismo del Estado de Derecho no es muy esclarecedora en este caso. Y lo que es cierto de las amenazas es igualmente cierto de las apelaciones promisorias.

En quinto lugar, la promoción ineficaz. Repletos como están de esfuerzos costosos, prolongados y laboriosos para trasplantar características particulares del Derecho, Estado, instituciones, formas, convenciones, prácticas –que se supone que garantizan lo que consideramos el Estado de Derecho en los países del Primer Mundo que se cree que lo tienen, y que luego se «instalan» en países, normalmente de otro-mundo, que se cree que lo necesitan–, los pensadores y promotores del Estado de Derecho a menudo pasan por alto estas verdades elementales. Y así, los esfuerzos de los promotores han sido acusados con razón de –disculpen el lenguaje rebuscado– «mimetismo isomórfico... adoptar el camuflaje de formas organizativas que tienen éxito en otros lugares para ocultar su disfunción real» (Pritchett y Wollcock, 2010, p. 1). Como señalan estos autores sobre gran parte de la ayuda al desarrollo en general, la promoción del Estado de Derecho confunde «forma y función... uno de los errores más omnipresentes pero perniciosos de la política de desarrollo de los últimos sesenta años, y que se manifiesta más claramente en el fracaso generalizado de su aplicación» (Pritchett y Wollcock, 2010, p. 4). Se envían o copian instituciones y normas, pero no se obtienen los resultados esperados. ¿Se tiene entonces el Estado de Derecho porque las instituciones parecen estar en su sitio, o se carece de él porque nada funciona como debería?

¿Debemos decir que hemos logrado el Estado de Derecho cuando hemos construido tribunales, instalado ordenadores, formado jueces y acuñado leyes imbuidas de pies a cabeza de la moral interna de Fuller, pero nadie las visita y, lo que es más importante, apenas tienen efecto sobre lo que ocurre en la sociedad en general? (Mason, 2011). ¿O qué debemos concluir cuando los esfuerzos de los llamados reformadores del Estado de Derecho o focalizados en los derechos humanos, para formar a jueces y construir juzgados en Sudán o para revisar y reformar la ley al servicio de los pobres, resultan no servir para mucho, sino más bien para legitimar el poder de una dictadura que «ya está acostumbrada a utilizar todas las herramientas y recursos legales disponibles para obtener beneficios políticos?» (Massoud, 2013, p. 206). ¿Han instaurado el Estado de Derecho, o simplemente han formulado sus mejores conjeturas sobre qué instituciones están asociadas al Estado de Derecho y que resultan que no aportan gran cosa? ¿O es que lo que han hecho no tiene nada que ver con el Estado de Derecho? Estos ejemplos pueden multiplicarse fácilmente.

Cuando los retoques jurídico-institucionales no consiguen evitar los estragos, cuando la gente que cuenta ignora la ley y la que no cuenta simplemente la sufre, el Estado de Derecho, si es que existe, está en muy mal estado, sean cuales sean las leyes, y, evidentemente, esto no debería ser una sorpresa. Por sí solas, las características jurídico-institucionales que tan a menudo se identifican con el Estado de Derecho no están a la altura de la tarea. De hecho, por sí solas nunca lo están,

sino que siempre necesitan circunstancias de apoyo, estructuras sociales y políticas y apoyos culturales, que no siempre están disponibles y son difíciles de diseñar.

Sexto, la complicidad institucional. Los cinco primeros problemas suelen plantearse a personas con las mejores intenciones. Sin embargo, no todos las tienen. En los últimos años, nuevos conceptos han entrado en el léxico de los observadores de la política constitucional, entre ellos «constitucionalismo abusivo», «constitucionalismo furtivo», «golpes de Estado constitucionales» (Landau, 2013; Varol, 2015; Lane Scheppel, 2017 y 2018; Skapska, 2018). El léxico se desarrolla para intentar captar algunas formas distintivas en las que muchos regímenes autoritarios modernos utilizan la ley para socavar los valores del Estado de Derecho. Así, el académico estadounidense David Landau analizó con clarividencia lo que denominó «constitucionalismo abusivo». Los autoritarios de antaño solían dar golpes de Estado, pero estos han devenido mucho menos de moda y, en su lugar, han sido frecuentemente sustituidos en:

una serie de episodios recientes, en un grupo de diversos de países como Hungría, Egipto y Venezuela, [que han] demostrado que los autócratas potenciales pueden utilizar las herramientas de la reforma y sustitución constitucional para socavar la democracia con relativa facilidad. Dado que los golpes militares y otras rupturas flagrantes del orden constitucional han caído en desuso, los actores reelaboran en su lugar el orden constitucional con cambios sutiles para dificultar su desalojo e inutilizar o embotellar a los tribunales y otras instituciones de rendición de cuentas. Los regímenes resultantes siguen teniendo elecciones y no son totalmente autoritarios, pero son significativamente menos democráticos que antes (Landau, 2013, p. 189).

El artículo de Landau apareció en 2013 y la erupción no ha dejado de extenderse desde entonces. Añádase a la lista Turquía, Polonia, México, India, Brasil, Filipinas. Las instituciones jurídicas y otras han sido ocupadas y/o aletargadas por un gobierno autoritario, en deliberada y completa violación del Estado de Derecho, aunque a menudo lo hayan hecho con el respeto –incluso escrupuloso respeto– a la ley vigente. Al fin y al cabo, ciertos delincuentes tienen un interés vocacional en tomarse la ley en serio.

No es la primera vez que hay que recordar la distinción, y a menudo la distancia, entre la existencia de determinadas instituciones jurídicas, por un lado, y la cercanía al ideal del Estado de Derecho, por otro.

La meticulosidad jurídica es llamativamente evidente en las actividades de los populistas modernos en el poder (Krygier, Czarnota y Sadurski, 2022). Sin embargo, el problema de doblegar instituciones, a menudo, bienintencionadas a intereses malintencionados va más allá de los políticos populistas. Como ha demostrado el notable teórico de la regulación John Braithwaite, los intereses poderosos, ya sean políticos, económicos, militares o sociales, a menudo tienen los recursos y pueden contratar las habilidades para «jugar» con los sistemas de normas, especialmente en circunstancias complejas en las que la inestabilidad es habitual y hay mucho en juego, si el ordenamiento jurídico insiste en la meticulosidad legalista y no permite la exploración de los propósitos y principios que subyacen a las normas (Braithwaite, 2017; 2020). De hecho, una implicación de su argumento es que es posible que, en circunstancias de complejidad, estabilidad y mucho en juego, las normas jurídicas se parezcan más a las formales listas de lavandería de moda y estén especialmente expuestas a ser manipuladas.

En séptimo lugar, la inutilidad. Es fácil que los profesionales de cualquier ámbito se vean tan atrapados en sus complejidades internas que olviden, o fracasen en comunicar a los legos, lo que está en juego en sus discusiones técnicas. Por no

decir que, a menudo, no saben lo que está en juego. Esto es cierto a nivel de análisis: uno siempre debería estar en condiciones de saber por qué algo que está haciendo, presumiblemente por alguna razón, es importante. También es cierto a un nivel muy práctico, por lo que se puede evitar esa tendencia enfermiza de la que se acusa comúnmente, y a menudo con razón, a los burócratas: el desplazamiento de objetivos. Pueden decirte lo que exigen las normas, pero no por qué. Con el tiempo, a menudo, ellos mismos olvidan por qué; ¡aunque no olvidan las normas!

No se trata simplemente de que a los académicos les cueste expresar sus profundos y arcanos misterios en un lenguaje lo bastante sencillo como para que lo entiendan los profanos. Va más allá. Muchas de las personas que viven más alejadas del ideal del Estado de Derecho tienen buenas razones para pensar que estamos saliendo y parando en el lugar equivocado si limitamos nuestra atención a las cuestiones habituales de los entusiastas del Estado de Derecho: el funcionamiento interno de las instituciones jurídicas, los atributos formales de las normas, las configuraciones procesales de los altos tribunales penales. Para la mayoría de las personas en la mayoría de las ocasiones, es probable que no sean esas cuestiones donde se ven las fortalezas y las debilidades del Estado de Derecho. No obstante, hay otras muchas ocasiones en las que podrían valorar lo primero y lamentar lo segundo.

Muchas de las poblaciones del mundo soportan órdenes (y desórdenes) políticos en los que las instituciones centrales del Derecho distan mucho de ser centrales en la sociedad. Otras fuerzas importan más. En el otro extremo de la escala –hay muchos puntos intermedios y, a menudo, con el paso del tiempo, los extremos llegan a encontrarse–, el Estado realmente importa, tanto que nada –y mucho menos la ley, por muy bien configurada y nombrada que esté– se interpone en su camino. Miles de millones de personas viven cerca de uno u otro de estos extremos; a menudo, una sola vida humana tendrá que soportar ambos. Cuando esto es así, si los ciudadanos exigen el Estado de Derecho, como a menudo hacen (Cheesman, 2012), supongo que es probable que sus peticiones tengan menos que ver con el carácter formal de las normas jurídicas o el funcionamiento interno de las instituciones y las prácticas (aunque a menudo no son irrelevantes para los relativamente pocos que llegan a ellas) de lo que los juristas de los países ricos con Estado de Derecho pueden estar acostumbrados. Si se les pregunta por sus ideas sobre el Estado de Derecho, supongo de nuevo, que las preocupaciones de esos ciudadanos sólo coincidirán ocasionalmente con lo que preocupaba a Lord Bingham en su exitoso volumen de ese título³: una admirable –aunque totalmente convencional– caracterización interna de un jurista de lo que supone el Estado de Derecho (en el Reino Unido y otros países igualmente privilegiados) y que es recomendada para todo el mundo (Bingham, 2011). En las sociedades donde el Estado de Derecho está ausente (Mason, 2011) y/o se da la presencia de ambiciones de poder antitéticas a aquellas que lo impulsan (Cheesman, 2012), y he aquí una tercera suposición, es probable que las preocupaciones fundamentales se dirijan a ver si hay, y en qué forma, agentes con un poder potencialmente dañino que hacen lo que quieren y lo hacen de forma claramente rechazable. En la medida en que los ciudadanos/súbditos consideren el Derecho en tales sociedades, podrían quedar satisfechos, pero lo probable es que se sorprendan si los que ejercen el poder lo toman efectivamente en cuenta ya que no es esa ni su experiencia ni su expectativa. Aunque se piense que el Derecho es relevante, lo más natural es considerarlo como parte de un conjunto de recursos que, según los casos, los gobernantes pueden utilizar o no para hacer aquello que son capaces de hacer o considerarlo relevante o irrelevante para su

³ [NT]. Hay versión española a cargo de Eduardo Medina Mora Icaza y Marco Tulio Martínez Cosío con el título *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, 2018.

acción. En esos lugares, es decir, en gran parte del mundo, no está claro que el poderoso necesite contar con el Derecho mientras que aquel que carece de poder sí necesitaría hacerlo. Y lo que podría ser necesario para satisfacer los anhelos de estos últimos sobre que las cosas puedan ser, en sus sociedades y en este momento, de otra manera es poco probable que se encuentre en el libro de Lord Bingham o en la mayor parte de la literatura de los juristas del primer mundo que pretende caracterizar la naturaleza fundamental y los ingredientes del Estado de Derecho.

4. Empezar de nuevo

Consideraciones como éstas me han llevado, desde hace tiempo, a sostener que, aparte de las dificultades para identificar el Estado de Derecho en el mundo –y tal vez contribuir a ellas–, a menudo nos vemos obstaculizados por la forma en que nosotros, y especialmente el jurista de Estado (*lawyer defenders of the realm*), solemos aproximarnos al Estado de Derecho. Las formas jurídica/operativa/tecnocrática de pensar el tema suelen bloquear tres aproximaciones al mismo: una es como cuestión de moralidad política; una segunda como cuestión que requiere imaginación sociológica, y la tercera como logro fundamentalmente político (Mason, 2011). Las trataré sucesivamente: la primera en esta sección y en las tres siguientes; la segunda en la sección 8 y la tercera en la sección 9.

En primer lugar, la moral política. El Estado de Derecho no es algo del tipo de una piedra con la que podamos tropezar, sino que es un ideal práctico complejo. Es complejo, porque requiere de muchos elementos simplemente para aproximarse a él y esos elementos cambian; es práctico porque no es ni un hecho natural ni una fantasía utópica, sino un objetivo que se pretende conseguir (aunque sólo sea parcialmente) en el mundo real, y es un ideal más que una simple descripción. El concepto es normativo, se considera que es una condición de algo supuestamente valioso. Necesitamos recursos para conseguirlo, pero seguramente lo que necesitemos dependerá de lo que queramos conseguir, así como de las condiciones y circunstancias en las que pretendamos conseguirlo.

El Estado de Derecho es un concepto de un tipo particular, lo que Jeremy Waldron ha denominado un «concepto-solución». Waldron comenta: «Tal vez no exista un ejemplo de Estado de Derecho, sino un problema que nos ha preocupado durante 2.500 años: ¿cómo podemos hacer que gobiernen las leyes? Desde este punto de vista, el Estado de Derecho es un concepto-solución más que un concepto de logro; es el concepto de una solución a un problema que no estamos seguros de cómo resolver; y las concepciones alternativas son propuestas alternativas de solución o propuestas alternativas para hacerlo del mejor que podamos en el entendido de que el problema es insoluble (Waldron, 2002, p. 158).

Cuestionaré la interpretación de Waldron de la naturaleza del problema dentro de un momento, pero creo que la noción de Estado de Derecho como concepto-solución es acertada. Y si lo es, la primera pregunta que debemos hacernos, antes de intentar identificar la solución, es ¿cuál es el problema? Incluso si usted rechaza mi respuesta particular a esa pregunta, yo seguiría insistiendo en que esa debe ser la pregunta por la que hay que empezar. Empezar con listas de control de instituciones jurídicas limita el pensamiento y bloquea la imaginación. Las conocidas características de las normas o instituciones jurídicas contemporáneas, a menudo aquellas que encarnan el Estado de Derecho en nuestro propio tiempo y lugar, llegan a ser consideradas como parámetros por defecto para su consecución, incluso como parámetros necesarios. Esto puede atarnos a lo que sabemos, en lugar de permitirnos explorar si hay otras formas de llegar a donde queremos ir. Esto hace que sea difícil pensar que el Estado de Derecho pueda ser útil en ausencia del *hardware* jurídico al

que estamos habituados, o incluso que no sea útil como ajustes necesarios en el hardware. Y a menudo conduce, como he mencionado anteriormente, al desplazamiento de objetivos. Se vislumbra un problema que tan acertadamente se ha señalado por toda la industria de promoción del Estado de Derecho: «sabemos cómo hacer muchas cosas, pero en el fondo no sabemos realmente lo que estamos haciendo» (Carothers, 2006, p. 15). Así que recomiendo que empecemos por considerar el punto o fin de la empresa, no los medios, el por qué antes que el qué.

5. ¿Cuál es el problema?

¿Por qué? ¿Cuál es el problema del Estado de Derecho? Como vimos, Waldron sugiere que «el problema que nos ha preocupado durante los últimos 2.500 años [es] cómo podemos hacer que gobiernen las leyes», pero seguramente eso no impulsa la cuestión lo suficientemente lejos. Sólo nos haríamos esa pregunta si pensáramos que hacer que la ley rija sirve para algo. Si no, ¿para qué molestarse? ¿Por qué queríramos que la ley rigiera? ¿Sólo por su propio bien? ¿Para qué? Como respuesta a qué problema hemos buscado una solución-concepto; una respuesta que de hecho nos ha preocupado, o al menos a algunos de nosotros, durante esos últimos 2.500 años.

En estas cuestiones es imposible dictar lo que significa el término dada su relevancia y la confusión en las posiciones o el carácter confuso de la disputa. Sólo cabe proponer y recomendar. Mi propuesta es la siguiente: en el núcleo del Estado de Derecho, entendido como un concepto singular, hay y ha habido, con frecuencia y durante mucho tiempo, una preocupación particular, a saber: las formas en que se ejerce el poder; y responde a una antipatía específica, a saber: el ejercicio arbitrario del poder. Probablemente, la antipatía es incluso más amplia –al abuso de poder–, pero se trata de una categoría tan amplia, tan vacía de contenido particular y tan difícil de definir, que la arbitrariedad es una especie suficientemente grande del género (que tampoco es nada fácil de definir)⁴ con la que empezar. La propuesta no es original (lo que en este caso considero una virtud). No conozco a nadie que piense que la arbitrariedad no tiene nada que ver con el Estado de Derecho. Sin embargo, no todo el mundo cree que oponerse a ella nos lleve lo suficientemente lejos. Aquí no soy especialmente ambicioso: creo en la importancia capital de reducir la arbitrariedad en el ejercicio del poder, una importancia que no debería descuidarse sólo porque otros objetivos, por ejemplo, la justicia, la imparcialidad, la igualdad, puedan también desearse en el Derecho. Pero yo también quiero más de la vida que eso. Simplemente, no estoy seguro de que sirva de ayuda ampliar mucho más las connotaciones del Estado de Derecho, no sea que despojemos al concepto de cualquier característica conceptual distintiva y perdamos de vista la importancia distintiva de regular las formas en que se ejerce el poder, aparte de los fines para los que se ejerce. En cualquier caso, me basta con identificar una preocupación central. Si otros ofrecen razones para complementarla, escucharé con atención; si pretenden descartarla, escucharé, si acaso, con escepticismo.

Érase una vez, antes de que el *World Justice Project* [Proyecto de Justicia Global] se gastara millones «midiendo» el Estado de Derecho y antes de que nadie soñara siquiera con relacionarlo con los derechos humanos o el desarrollo económico, que había personas de muchas épocas y de muchos lugares que sabían que existía un fenómeno común en el mundo, que podía dar lugar a grandes disgustos: el poder arbitrario, a menudo –y durante siglos en el *Common Law* inglés– llamado precisamente así (Reid, 2004). No todo el mundo comparte la hostilidad declarada del *Common Law* hacia el poder arbitrario –a quienes lo ejercen suele gustarles hasta

⁴ Véase, por ejemplo, Endicott (2014, p. 52); Lovett (2012); Sharon (2016); Arnold y Harris (2017).

que lo pierden–, pero dejando a un lado a los masoquistas ocasionales, casi todo el que lo ha sentido en su piel ha pensado que apesta, y que estaría bien poder hacer algo al respecto. Aunque rara vez indiscutible, ese ha sido un tema central –y el poder arbitrario el antihéroe central– de innumerables escritos en las tradiciones del Estado de Derecho a lo largo de milenios. Es un tema precioso.

Mi tesis, por tanto, es que un ámbito distintivo que ha estado estrechamente asociado durante mucho tiempo con el ideal del Estado de Derecho es el ejercicio del poder, y que se trata de un ámbito que merece la pena reconocer en sí mismo. No es más importante que otros, pero tiene una importancia específica no reducible a otras cosas, y a menudo no se considera por separado. Hay muchas formas de ejercer el poder y deben evitarse las formas arbitrarias.

El Derecho es específica y característicamente –en su esencia– un vehículo para el ejercicio del poder; eso es lo que hace. En determinadas configuraciones y circunstancias, o así lo espera el Estado de Derecho, también es un potente medio por el que el poder –estatal y no estatal– puede canalizarse, dirigirse, contenerse, limitarse, atemperarse. Una cuestión, quizá la central para el Estado de Derecho, es qué diferencia puede marcar el Derecho en las formas de ejercer el poder. Las formas de ejercer el poder, incluidas las formas no arbitrarias y no dominantes, están, en otras palabras, ligadas al concepto de Estado de Derecho, son inmanentes, son una característica del instrumento, no una función, o una consecuencia (y ciertamente no un error). Otros bienes, por ejemplo, el desarrollo económico o incluso la democracia, que podría pensarse que se derivan de él [y que son las únicas razones por las que muchas personas se interesan hoy en día en él (Krygier, 2017b)] simplemente no son inmanentes de esta manera. Son, si lo son, consecuencias, beneficios externos y contingentes que se dice que fluyen de él, aunque no por ello carezcan de importancia.

Pero, ¿cuándo es arbitrario el poder? La palabra es bastante común, tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico especializado, pero se puede recorrer la literatura académica y encontrar poco consenso sobre lo que significa. Una forma habitual de manejarlo es aclararse la garganta confesando que está «infrateorizado», con la esperanza de que el reconocimiento pueda paliar, o al menos mantener a raya, a los pedantes conceptuales. Entonces se puede respirar hondo y seguir utilizándolo en plan «lo reconozco cuando lo veo». Eso es exactamente lo que hice durante algún tiempo. Más recientemente, he tratado de extraer cuatro tipos de ejercicio del poder que las tradiciones más importantes del Estado de Derecho han tratado como arbitrarios y, por esa razón, objetables (Krygier, 2016; 2017a). Estos cuatro no agotan el campo, pero son un comienzo y cubren mucho terreno. Aquí me limito a resumirlas. El poder se ejerce arbitrariamente cuando es

1. Incontrolado. Quienes ejercen el poder no están sujetos a un control o límite regular, ni rinden cuentas a nada que no sea su propia voluntad o placer. La tradición del *Common Law*, desde la época medieval hasta el siglo XVIII, advertía repetidamente contra el poder arbitrario en este sentido: nadie, ni siquiera el Rey, debería tener un poder incontrolado.

2. Impredecible. El poder se ejerce de forma impredecible –o quizá, más exactamente, no calculable– cuando aquellos a quienes afecta no pueden conocer, prever, comprender o acatar las formas en que el poder llega a ejercerse. Puede caer como un rayo. Este es el tipo de abuso de poder que se suele recoger en las diversas listas de características formales de la legalidad o el Estado de Derecho –claro, prospectivo, público, etc.– recopiladas por los filósofos analíticos contemporáneos del Derecho, como Fuller y Raz, mencionados anteriormente.

3. Irrespetuoso. Limitado y/o calculable o no, el poder se ejerce en circunstancias que niegan o no ofrecen espacio o medios para que sus destinatarios se hagan oír, cuestionen, informen o afecten al ejercicio del poder sobre ellos. No se exige, y a menudo ni siquiera se piensa, que sus voces e intereses deban/necesiten ser tenidos en cuenta en el ejercicio del poder. Se les trata como si fueran, en la acertada frase de Jeremy Waldron, «un animal rabioso o una casa en ruinas» (Waldron, 2011a, p. 16). La base moral de la objeción al poder ejercido de tales maneras, subrayada por Waldron entre otros, es que las personas siempre deben ser tratadas como personas con intereses propios y una voz que necesita ser escuchada. Se trata de una preocupación amplia, no necesariamente limitada al Derecho. Así, Simone Weil condenó de forma similar las circunstancias en las que aquellos que tenían poder actuaban con indiferencia sobre las personas a las que afectaban, personas que podrían ser agentes con sus propios intereses y su propia perspectiva del mundo.

4. Infundado. Un cuarto modo de ejercicio arbitrario del poder podría ser una subespecie del tercero, pero es lo suficientemente distintivo y destacado como para tratarlo por separado. Se produce cuando el poder se ejerce de un modo que no puede fundamentarse razonablemente, relacionarse o derivarse de ningún propósito justificable. El filósofo Joseph Raz, al tratar de identificar la arbitrariedad en general, al menos capta esta forma: «¿Qué es la acción arbitraria en general? Es una acción indiferente a las razones a favor o en contra de llevarla a cabo. El gobierno arbitrario es el uso del poder que es indiferente a las razones apropiadas por las que debería usarse el poder» (Raz, 2019, p. 5).

Por supuesto, el fin en sí mismo puede ser injustificable, pero eso es cuestión de un compromiso político o moral sustantivo, no directamente de la arbitrariedad de los medios para alcanzarlo. Sin embargo, incluso cuando la finalidad puede justificarse, el poder se ejerce de forma arbitraria cuando su forma de ejercicio no guarda relación o se ejerce de forma justificadamente proporcional a su consecución.

Diferentes pensadores se han ocupado, más o menos, de una u otra de las formas mencionadas y a menudo las han eludido. Sin embargo, pueden distinguirse, al menos analíticamente, y lo que se hace con cada una de ellas puede ser diferente. El poder incontrolado puede no ser impredecible, irrespetuoso o infundado, aunque existe un riesgo constante de que lo sea y no hay forma de hacer nada al respecto. El poder impredecible puede estar controlado, ser respetuoso (con otros intereses que no sean el derecho a estar informado) y ajustarse a su finalidad. Los burócratas irrespetuosos a menudo se atienen a las normas, están bajo el control de sus superiores, siguen con precisión las reglas y no actúan más allá de lo autorizado, pero pueden ignorarte y tratarte como a una basura o un perro, como discernió K de Kafka. Los usos irrelevantes o desproporcionados del poder pueden tener un fundamento formal impecable, pueden estar autorizados por normas claras, seguir competencias y procedimientos legalmente establecidos y, aun así, no tener nada que ver con tu caso, o no guardar proporción con ninguna forma de tratarlo justificadamente.

Puede haber razones por las que los poderosos decidan no actuar arbitrariamente en uno o varios de estos casos, pero conservan el poder de actuar arbitrariamente en otros. Por ejemplo, un régimen que aplique normas estables y comprensibles puede obtener todo tipo de ventajas ya que los actos de sus servidores pueden ser más predecibles y controlables por ellos, pero si las normas excluyen a los afectados por su acción, los sujetos –más exactamente los objetos– del poder son vulnerables a su ejercicio arbitrario, al igual que en aquellos casos en los que se observan rigurosamente normas que no tienen una relación justificable o proporcional con ningún propósito adecuado. Por eso no debería haber carta blanca para los entes

de poder por el mero hecho de que puntúen bien (bajo) en una dimensión de la arbitrariedad, pero no en otra (como, por ejemplo, Singapur podría hacerlo en previsibilidad, pero no en control y, al menos en lo que respecta a los oponentes políticos, no en respeto o en el tipo o proporcionalidad de los medios elegidos para perseguirlos). Es preferible que lo hagan bien en todas.

Además, aunque estas cuatro formas son distinguibles, con frecuencia cazan en manada. El poder suele ejercerse de varias de estas formas a la vez, y a menudo están interrelacionadas. Como vio Locke, quien ejerce el poder sin control puede tener incentivos para mantener a sus súbditos desorientados y ansiosos, a la carrera y fuera de onda. Una vez más, a falta de medios institucionalizados para pedir cuentas a las personas o instituciones poderosas, éstas podrían sucumbir a la tentación de ejercer sus poderes de cualquiera de las otras formas arbitrarias mencionadas. Y es muy posible que haya otras; la lista no está cerrada y es poco probable que sea corta.

La organización de las fuerzas y los recursos de modo que el poder no esté habitualmente disponible para su ejercicio arbitrario, especialmente cuando el poder de unos sobre otros es considerable, ni es una tarea sencilla ni es el estado natural de las cosas. A menos que se haga algo para evitarlo, cuando el poder se concentra en las manos de un pequeño número de personas es probable que haya arbitrariedad. Muchos autores clásicos temían que, donde existe arbitrariedad, el despotismo no está lejos; de hecho, un contraste habitual que se ha hecho y repetido clásicamente ha sido entre el despotismo arbitrario, o tiranía, por un lado, y el gobierno según el imperio de la ley, por otro. Se trata de términos políticos, y tradicionalmente el Estado de Derecho se ha debatido principalmente en relación con el poder político. Pero esta cuestión de si hay alguna razón en principio para limitar la discusión de esa manera será tratada más adelante –y en otras partes (Krygier, 2017a; Sempill, 2018)– y mi respuesta es que no.

Pero, ¿por qué es objetable la arbitrariedad, incluso el despotismo? Un déspota ilustrado podría preguntárselo; muchos déspotas no ilustrados –demasiados para mencionarlos– también. Los déspotas en ciernes contemporáneos, como Viktor Orbán en Hungría o Jarosław Kaczyński en Polonia, preguntan precisamente eso. Hoy se habla de «democracia iliberal», pero aparte de las elecciones, que no son poca cosa, pero no suficiente, la ambición es destruir todas las restricciones al poder, como el Estado de Derecho, y así dominar las propias elecciones. Kaczyński se queja del «imposibilismo» del Estado que ahora dirige y promete transformar una «incapacidad estatal programada para dar muchos de los pasos necesarios para la defensa de sus propios intereses y el bien de los ciudadanos»⁵. El Estado simplemente no puede imponer su voluntad. Su objetivo es cambiarlo, entre otras cosas, eliminando todas las instituciones, leyes y prácticas intermedias que puedan interponerse en su camino. Hay varias razones, o eso dicen muchas largas tradiciones de pensamiento sobre el Estado de Derecho, por las que ésta no es una gran idea.

Quizá la fundamental, explorada por Sempill y Waldron, sea de carácter general y deontológico: el ejercicio arbitrario del poder es una forma inmoral de tratar a las personas. Otras son más particulares y empíricas/consecuenciales. La más sencilla es que no se puede confiar en que los déspotas o los manipuladores de la democracia iliberal sean ilustrados o, incluso si empiezan siéndolo, sigan siéndolo. No es una verdad necesaria, pero es una verdad empírica muy comúnmente confirmada. Una respuesta más sutil, mencionada anteriormente, viene dada por la

⁵ Tomado del Programa PiS 2011 r. Nowoczesna, Solidarna, Bezpieczna Polska, Varsovia 2011, 17, citado en Muszynski, K. (2011). *Sociologia prawa a kryzys konstytucyjny w Polsce*, documento inédito, copia en los archivos del autor, p. 5.

tradición cívica republicana: siempre que alguien tiene poder para tratarte arbitrariamente, aunque decida no hacerlo, estás en su poder, sujeto a su dominación, decida lo que decida hacer con su arbitrariedad. Y eso, como han aprendido los esclavos de incluso los amos más benignos, es una condición profundamente degradante para una persona (Pettit, 1997). Si a esto añadimos las advertencias liberales de que el poder arbitrario es una fuente constante de miedo, una amenaza constante para la libertad y la dignidad, y una amenaza para el tipo de coordinación entre multitud de personas de la que depende una sociedad compleja, tenemos poderosos argumentos en contra (Krygier, 2011, pp. 79-81).

Además, una respuesta frecuentemente pasada por alto, pero no menos importante que estas cuatro, habla directamente de la determinación del gobernante polaco, Jarosław Kaczyński, de superar el «imposibilismo» estatal que tanto le frustra. Es tanto pragmática como moral. Como empieza a ilustrar su Gobierno, la arbitrariedad puede ser una poderosa fuente de estupidez, incluso de locura, en el ejercicio del poder. Aún está lejos del apogeo de esta trayectoria, pues no hay más que visitar Nay Pyi Taw, la extraña capital de Disneylandia de Myanmar, construida en secreto y en gran parte vacía. O caminar por el enorme bulevar principal de Bucarest hasta el grotesco, pero enorme palacio presidencial construido para, y ocupado en su día por, los estrechos gobernantes del «socialismo en una sola familia», construido por «el genio de Bucarest», la «fuente de nuestra luz», «el tesoro de sabiduría y carisma». Se arrasaron calles, carreteras y casas, y unos 40.000 residentes fueron expulsados de sus hogares con 24 horas de preaviso y una indemnización mínima, por este absurdo (Danta, 1993). Por desgracia, no es difícil encontrar pruebas de lo que el poder arbitrario, que nunca tiene que responder a un cuestionamiento o ajustarse a un requisito institucional, puede encarnar. Y ni siquiera he mencionado a Mao Tse Tung o a un tal Kim, que efectivamente fueron modelos para el genio de Bucarest.

Como podría haber dicho Confucio, los gobiernos que actúan en la oscuridad pierden demasiado a menudo el rumbo. Hacen las cosas mal, atrapan y acosan a las personas equivocadas, dejan en la estacada a las correctas. A menudo meten la pata, y si están mal motivados hacen cosas peores que meter la pata, sobre todo porque pueden hacer todo lo malo en la oscuridad.

6. ¿Qué se consideraría una solución?⁶

La arbitrariedad es, pues, un vicio específico y odioso cuando se añade al poder. Hay muchos otros vicios que dependen de propósitos sustantivos particulares y de los resultados de su ejercicio, pero el poder arbitrario es decididamente vicioso incluso aunque se ejerce con las mejores intenciones e, incluso, aunque algunos de sus resultados resultan ser saludables. Es un vicio autónomo y tóxico que tiene que ver con las formas en que se ejerce el poder. La apelación al Estado de Derecho significa la esperanza de que pueda haber maneras de disminuir los tipos y niveles de arbitrariedad de que disponen quienes ejercen el poder y que el Derecho puede contribuir a ello. ¿Qué carácter cabe esperar de tales medidas?

La forma más común de enmarcar la esperada contribución del Estado de Derecho a la reducción de la arbitrariedad es entenderlo de una manera negativa, defensiva, para caracterizarlo como bueno menos por lo que permite y crea, que por lo que podría prevenir; para identificar su propósito con lo que excluye en lugar de lo

⁶ Partes de esta sección y de la siguiente están extraídas y adaptadas de mi «*Tempering Power*» en Krygier (2017c, pp. 34-59).

que regula; lo que logra prevenir, frenar, restringir, en lugar de lo que podría generar y fomentar para florecer.

El razonamiento es familiar. El mundo es un lugar difícil en el que «los fuertes hacen lo que pueden mientras que los débiles hacen lo que deben» (Thucydides, 1910)⁷. La significativa contribución de las restricciones al poder es intentar ayudar al débil estableciendo límites a lo que pueda hacer el fuerte. Según esta interpretación, de lo que se trata es de limitar y bloquear la posibilidad de un poder desbocado, de frenar y refrenar el ejercicio del poder. Este punto de vista no es nuevo y sigue siendo popular entre los liberales, más aún entre los neoliberales. Así, Friedrich Hayek afirma que «el poder en sí mismo siempre ha sido el arquetipo» (Hayek, 1994, p. 159)⁸, e insiste en otra parte: «la limitación efectiva del poder es el problema más importante del orden social»⁹ (Hayek, 1979, p. 128). Es tarea del constitucionalismo y del Estado de Derecho imponer los límites: «Constitucionalismo significa gobierno limitado. (...) de hecho, ¿qué función cumple una constitución que hace posible un gobierno omnipotente? ¿Su función es simplemente que los gobiernos funcionen sin problemas y con eficacia, sean cuales sean sus objetivos?» (Hayek, 1979, p. 1).

Y no sólo los «neos» piensan así. Así, Judith Shklar, una profunda analista y exponente del liberalismo, lee a Montesquieu para argumentar que el Estado de Derecho:

realmente sólo tiene un objetivo, proteger a los gobernados contra la agresión de los que gobiernan. Aunque abarca a todas las personas, sólo cumple un objetivo fundamental, la libertad frente al miedo, que, sin duda, era para Montesquieu sumamente importante. ... [t]odo este esquema se basa en última instancia en una dicotomía muy básica. La última lucha espiritual y política es siempre entre la guerra y el Derecho ... Las instituciones de protección judicial de los ciudadanos pueden crear derechos, pero existen para evitar lo que Montesquieu consideraba el mayor de los males humanos, el miedo constante creado por las amenazas de violencia y las crueidades reales de los detentadores del poder militar en la sociedad (Shklar, 1998a, pp. 24-25).

La propia elección de Shklar entre estos dos puntos de vista es clara: «Si se empieza por el miedo a la violencia, la inseguridad de un gobierno arbitrario y las discriminaciones de la injusticia se puede llegar a encontrar un lugar significativo para el Estado de Derecho y para los límites que históricamente ha puesto a los más duraderos de nuestros problemas políticos» (Shklar, 1998a, p. 36). Desde este punto de vista, la prevención del mal, más que la búsqueda del bien, es la virtud distintiva del Estado de Derecho; su objetivo, sumamente importante pero negativo, es el «control de daños»¹⁰ (Shklar, 1998b, p. 9).

Para estos pensadores, y hay muchos de ellos entre los que me incluyo, este aspecto negativo, restrictivo y controlador del Estado de Derecho es fundamental, ya

⁷ [NT]. Hay versión española de «El diálogo de Meliano», en Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponés*, traducción de Francisco Rodríguez Adrados. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁸ [NT]. Hay versión española con el título, *El camino de servidumbre*, traducción de José Vergara Doncel, Alianza, 2011.

⁹ [NT]. Hay versión española con el título *Estado, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, 2014.

¹⁰ [NT]. Hay versión española con prólogo de Axel Honneth y traducción de Ricardo García Pérez titulada *El liberalismo del miedo*, Herder Editorial, 2018.

que responde a «*las circunstancias de la política*» (Waldron, 1999)¹¹, tal y como se ha comprobado a menudo que son ellas. El ejercicio del poder conlleva riesgos terribles. Es prudente ser consciente y precavido ante ellos y pensar en lo que se puede hacer para minimizarlos, tanto porque son directamente amenazadores en sí mismos, como porque cuando tales amenazas se materializan, nada bueno ocurrirá. Es evidente que los partidarios del Estado de Derecho están profundamente inspirados por este tipo de pensamiento, que es una forma de «realismo moral» en el sentido identificado por Philip Selznick, según el cual

no basta con pensar en males concretos como problemas que hay que resolver o como obstáculos que hay que superar. Más bien, la perspectiva del realismo moral trata algunas transgresiones como dinámicas e ineludibles. Se puede contar con que surjan, de una forma u otra, a pesar de nuestros mejores esfuerzos por sofocarlas (Selznick, 1999, p. 175).

Y no sólo el «realismo moral», sino específicamente el realismo político es necesario en el caso del constitucionalismo y el Estado de Derecho, ya que pensar en estas cosas no es, como han subrayado Bernard Williams y Jeremy Waldron en contra de la imprudencia académica convencional, «sólo filosofía moral aplicada» (Waldron, 2013). La política y el ejercicio del poder en general no son, después de todo, sólo una cuestión de los fines ideales que deberíamos buscar, sino de conflicto, violencia, opresión, dominación, sus consecuencias y lo que podría ser necesario y factible para evitarlos (Williams, 2005). El liberalismo del miedo articulado por Shklar y otros es una sobria y sombría respuesta a estas realidades.

Durante mucho tiempo, mi punto de vista sobre los fundamentos y la justificación del Estado de Derecho se detuvo aquí. Los despotismos sin complejos promovidos por bases ideológicas y sin ningún tipo de restricciones me parecían el centro de las mayores tragedias provocadas por el hombre durante el siglo XX. De todo ello extraje la lección fundamental de que el poder debe limitarse, frenarse, de forma fiable y segura. Y cuando llegué al Estado de Derecho, consideré que su promesa era, sobre todo, que podría proporcionar esa limitación.

Sigo pensando que hay mucho que decir sobre las virtudes de la limitación institucionalizada que promete el Estado de Derecho. Sin embargo, una interpretación puramente negativa, defensiva, del liberalismo del miedo también puede reducir y distorsionar nuestra comprensión de la política, del poder y del Estado de Derecho. La violencia y la opresión no son la suma de lo que la política y el poder bien ejercidos pueden y suelen ofrecer, y la limitación del poder no es la suma de lo que el Estado de Derecho puede aportar a un orden público bien ordenado.

Un artículo de mi amigo Stephen Holmes, que a menudo me ha sorprendido, me ha sacudido en esta nueva (para mí) comprensión. Holmes ha argumentado con frecuencia que los liberales modernos, a diferencia de algunos de sus antepasados clásicos, simplemente no han entendido cómo los valores liberales dependen de la fortaleza del Estado y se ven amenazados por la debilidad del Estado. Holmes ha tratado estos temas en muchos contextos, desde la historia del pensamiento liberal hasta los argumentos de muchos gobiernos tras el 11-S de que en tales situaciones de emergencia necesitaban ser capaces de «deshacerse de los grilletes» del Estado de Derecho. Hubo un contexto que me tocó especialmente de cerca y me hizo reflexionar. Se basaba en las debilidades generalizadas y patológicas del Estado ruso postsoviético de Yeltsin. Había sido tan evidente para los liberales del Estado de Derecho como yo que el poder elefantiásico del Estado soviético era una fuente

¹¹ [NT]. Hay versión española con el título *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga en Marcial Pons, 2005.

importante de miseria para sus ciudadanos que cuando leí el artículo de Holmes, «Lo que Rusia nos enseña ahora. Cómo los Estados débiles amenazan la libertad» (Holmes, 1997), me pilló desprevenido su argumento de que la experiencia rusa poscomunista enseñaba eso:

Durante la Guerra Fría, cuando todos los males políticos parecían provenir de un “exceso de gobierno”, la amenaza que suponía un gobierno demasiado débil jugaba un escaso papel en la autocomprensión liberal. ... La Rusia de hoy deja terriblemente claro que los valores liberales se ven amenazados tanto por la incapacidad del Estado como por el poder despótico (Holmes, 1997, p. 32).

En ese artículo y en muchos otros, Holmes deja claro hasta qué punto las sociedades modernas dependen de Estados que funcionen bien, capaces de hacer muchas cosas que requieren una fuerza organizada y unos recursos que puedan recaudarse rutinariamente de manera no coercitiva. Una vez planteada la cuestión, y expuestos ejemplos de las patologías de las instituciones públicas insuficientemente fuertes, no conozco ninguna forma de evitarla. Así que lo he asumido y creo que cualquier interpretación adecuada del Estado de Derecho debe tenerlo en cuenta.

El poder tiene una inmerecida mala fama y es una lástima, ya que no se va a ninguna parte sin él y, si no estuviese, lo echaríamos de menos. Necesitamos el poder, y no sólo como un mal necesario, sino como un bien positivo. Sin él, no podríamos hacer, y desde luego no podríamos hacer bien, en muchos temas y para muchos fines. No deberíamos querer negar la necesidad o esterilizar la capacidad del poder para mantener la paz, defender a las poblaciones, hacer cumplir las sentencias legales, recaudar impuestos, equilibrar otros poderes, etcétera. Y tampoco queremos que los ciudadanos de a pie sean impotentes. Las personas que han visto alguna vez, o peor aún, que han vivido en los llamados «Estados fallidos», han sido testigos o han sufrido una experiencia terrible, no porque el Estado sea demasiado fuerte, sino porque es demasiado débil para hacer lo que necesitamos que hagan los Estados. Otros Estados, por el contrario, pueden ser demasiado fuertes o fuertes de forma equivocada, y estos son también problemas para los que el Estado de Derecho es relevante. En cualquier caso, el poder no va a desaparecer. Como ha señalado mi colega Theunis Roux, una de las razones por las que necesitamos un poder público eficaz, de origen democrático, es para protegernos del poder privado. Por el contrario, como demostró de forma tan dramática la historia del comunismo, una razón fundamental de la devastación que los regímenes comunistas causaron a sus ciudadanos fue que habían empezado por eliminar las fuentes independientes de recursos y poder que pudieran interponerse en su camino.

Holmes lleva mucho tiempo insistiendo en las consecuencias empoderadoras del constitucionalismo y del Estado de Derecho; lo que, en contraste con la concepción negativa más común, denomina «constitucionalismo positivo» (Holmes, 1995). Desde este punto de vista, las leyes configuradas adecuadamente proporcionan «restricciones habilitadoras». La «visión paradójica» (Stark y Bruszt, 1998, cap.6; Elster, 2000; Loughlin, 2003), tal y como la describe Holmes, es la siguiente:

El gobierno limitado es, o puede ser, más poderoso que el gobierno ilimitado. ... que las restricciones pueden ser habilitantes, lo que está lejos de ser una contradicción, se encuentra en el corazón del constitucionalismo liberal... Al restringir los poderes arbitrarios de los agentes gubernamentales, una constitución liberal puede, en las condiciones adecuadas, aumentar la capacidad del Estado para centrarse en problemas específicos y movilizar recursos colectivos para fines comunes (Holmes, 1995, p. 11).

Jeremy Waldron ha criticado de forma similar la tendencia de los constitucionalistas a «pensar de forma simplista [en los dispositivos constitucionales]... sólo como frenos al proceso legislativo, formas de ralentizar las cosas, puntos de posible resistencia contra la legislación opresiva. Del mismo modo, existe una tendencia a pensar en la separación formal de poderes entre (digamos) el legislativo, el ejecutivo y el judicial simplemente como una forma de diluir el poder y dificultar su ejercicio» (Waldron, 2010, p. 25). Ha insistido en el papel positivo y el potencial de las disposiciones constitucionales. Al fin y al cabo, las constituciones constituyen los elementos de un sistema de gobierno y otorgan poderes a determinadas instituciones. Distribuyen el poder entre algunas instituciones y actores y no entre otros, establecen foros de debate y decisión, «para que la deliberación pública se convierta en una empresa estructurada» (Waldron, 2010, p. 26). Todo este trabajo crucial queda relegado a un segundo plano por una perspectiva en la que «todo se ve a través de las lentes de la restricción y la limitación» (Waldron, 2010, p. 25).

Ahora veo que no hay contradicción aquí. El poder arrogante y despótico es horrible, pero también lo es la falta del poder que se necesita donde se necesita. El poder es necesario, pero no sirve cualquier forma o manera de ejercerlo. Si Yeltsin ilustró el primer punto, Putin ilustra el segundo. El poder debe ser del tipo adecuado al lugar adecuado para poder hacer lo que no se puede hacer sin él. Si es del tipo equivocado, pero también si no es lo suficientemente poderoso, estamos en problemas. No se trata, pues, de deshacerse del poder, sino de reducir las posibilidades de su ejercicio nocivo.

No se trata de descubrimientos nuevos. Así, Holmes remonta la preocupación por el establecimiento de las limitaciones a Bodino en el siglo XVI. Montesquieu también era plenamente consciente de ellas. Todo *El espíritu de las leyes* estaba dedicado a investigar las fuentes de la moderación del gobierno y a recomendar formas institucionales de garantizarla. Observa que, a pesar de los horrores del despotismo y los atractivos de la moderación, el mundo ha visto muchos más gobiernos despóticos que moderados y bien ordenados. Lo lamenta, pero no le sorprende, porque un gobierno moderado es un logro mucho más complicado.

A pesar del amor de los hombres por la libertad, a pesar de su odio a la violencia, la mayoría de los pueblos están sometidos a este tipo de gobierno [el despotismo]. Esto es fácil de comprender. Para formar un gobierno moderado es necesario combinar las diversas fuerzas; regularlas, templarlas y ponerlas en acción; darles, por así decirlo, un contrapeso, un lastre que las equilibre para ponerlas en estado de resistir una a otras. Esta es una obra maestra de la legislación; raramente producida por el azar y rara vez alcanzada por la prudencia. Por el contrario, un gobierno despótico, salta a la vista, es simple; es uniforme en todas partes; como sólo se necesitan pasiones para establecerlo, cualquiera puede hacerlo¹² (Montesquieu, 1992, p. 63).

¹² Véase, Craiutu (2012, pp. 31-32) sobre «la fuerte conexión entre moderación y complejidad institucional, una idea que resonaría [...] con Montesquieu, Mounier, Necker, Mme. de Staël y Constant [...] los autores clásicos elogiaban el marco institucional del gobierno mixto, no sólo porque éste mezclaba diversos intereses y elementos sociales, permitiéndoles coexistir armoniosamente, sino también porque hacía extremadamente difícil que cualquier grupo impusiera su voluntad sobre los demás y ejerciera un poder arbitrario». [NT]. Son múltiples las versiones españolas de esa obra de Montesquieu. La cita corresponde al final del Capítulo XIV del Libro V. Pueden seguirse las traducciones de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega –Anaya, 2015– o Demetrio Castro– Istmo, 2002).

El lenguaje con el que establece el contraste es sugestivo, pues no es un lenguaje de impedimentos brutos¹³, sino de difícil y complejo equilibrio, templado, regulatorio; no de cadenas y grilletes ni, mucho menos, de debilitamiento.

Pero, ¿qué tipo de fuerza se necesita? Aquí resulta útil una distinción del sociólogo historicista Michael Mann que distingue entre lo que él denomina poder despótico –«la gama de acciones que la élite está facultada a emprender sin negociaciones rutinarias e institucionalizadas con la sociedad civil»– y el poder infraestructural –«la capacidad del Estado para penetrar realmente en la sociedad y aplicar logísticamente las decisiones políticas en todo el reino»– (Mann, 1988, p. 32)¹⁴. Para la liberación y el desarrollo de las energías sociales y económicas, así como para la decencia política, es crucial el poder infraestructural. Los Estados despóticos combinan la arbitrariedad y la falta de límites políticos o jurídicos con una incapacidad crónica para movilizar las energías sociales y aprovechar el potencial social. Como dice un antiguo colega de Mann, John Hall (1985), se asientan como piedras angulares sobre las sociedades que dominan; no penetran orgánica y eficazmente en la estructura social. Dominan desde arriba, pero contribuyen poco desde dentro.

La conexión entre la fuerza despótica y la debilidad social no es accidental. Aunque los déspotas pueden reprimir eficazmente durante un tiempo y movilizarse para especializados fines concretos, como la guerra, han demostrado ser muy débiles en la capacidad de penetrar, movilizar y facilitar fuerzas sociales enérgicas y resistentes. Al contrario, normalmente intentan bloquearlas y frenan su desarrollo. En otras palabras, los Estados despóticamente fuertes van de la mano de sociedades débiles. Y esto se debe principalmente a la arbitrariedad e imprevisibilidad con la que ejercen el poder. Estos Estados son depredadores y sus sociedades son presas. No son productivos, como tampoco lo son sus sociedades. Esa es otra razón por la que los intentos de líderes populistas como Kaczyński y Orbán de destruir las restricciones institucionales a su poder son tan peligrosos: alimentan exactamente el tipo de poder estatal que amenaza a una sociedad fuerte, al privarla del tipo de infraestructural poder moderado que se necesita.

Una prueba de la utilidad de esta distinción fue el colapso del castillo de naipes de la Unión Soviética y sus dominios. Se trataba de uno de los imperios más despóticos que el mundo ha conocido, pero no era la primera ocasión en la que despotismos aparentemente abrumadoramente poderosos se han marchitado ante fuerzas que apenas parecían estar a la altura de la tarea. Como el colapso del comunismo, las revoluciones francesa y rusa, el fin del régimen de Marcos, la caída del Sha [de Persia], todos parecían sobredeterminados a posteriori. Pero revelaron esa extraordinaria fragilidad de los despotismos que sigue cogiéndonos por sorpresa. No debería¹⁵. Los Estados despóticamente poderosos pueden ser extraordinariamente frágiles.

Por el contrario, aunque las dificultades contemporáneas de la democracia liberal podrían llevar a un cambio en las perspectivas de futuro de esta valoración (pero podrían no hacerlo; el jurado aún está deliberando), hay mucho que decir sobre la fortaleza de los poderes atemperados de las democracias liberales. Al menos en el

¹³ Véase, con detalle, el párrafo citado anteriormente (Montesquieu, 1992, p. 63).

¹⁴ Véase también Mann (1984, p. 477), donde, de forma más nítida, Mann contrasta «el poder sobre la sociedad civil, es decir, el despotismo» y «el poder de coordinar la sociedad civil, es decir, el poder infraestructural».

¹⁵ Los últimos párrafos están extraídos de mis conferencias radiofónicas de la Australian Broadcasting Commission (las conferencias Boyer), *Between Fear and Hope. Hybrid Thoughts on Public Values*, (Sydney, ABC Books, 1997), pp. 112-113.

transcurso del siglo XX, los regímenes liberales moderados –despreciados y menospreciados durante gran parte de ese tiempo– mostraron, a su prosaica manera, aparentemente caótica e ineficaz, un poder de permanencia que muchos –frecuentemente durante ese siglo y con pruebas muy plausibles– habían puesto en duda. Esto puede deberse en parte al hecho de que el constitucionalismo y el Estado de Derecho no sólo se interponen en el camino del poder despótico, sino que también canalizan, dirigen, facilitan e informan la fuerza infraestructural. Tal vez, el momento de las instituciones específicas que han hecho ese trabajo esté pasando y será necesario que surjan nuevos tipos, pero no puedo concebir el final de la necesidad de que ese tipo de trabajo sea hecho de alguna forma.

Por otra parte, el Estado no es el único agente en juego, ni como fuente de problemas, ni como fuente de respuestas a los mismos. El ideal del Estado de Derecho implicará mucho más que la propia ley para poder responder con firmeza y eficacia a los ejercicios arbitrarios del poder, vengan de donde vengan. Una de las patologías más profundas del poder despótico que se encuentra en el extremo de los Estados totalitarios, es la subversión decidida de la fuerza no estatal y también estatal-infraestructural. Otra, que se encuentra en muchos despotismos poscomunistas, se produce cuando ayuda e instiga el poder de «oligarcas», «magnates» y similares de carácter no estatal.

7. Las complejas virtudes de la templanza

¿Cómo se podría captar esta aparente paradoja de restricciones que permiten, límites que empoderan, mezclas y equilibrios que no esterilizan, sino que fortalecen? Un momento de reflexión sobre la experiencia de la vida ordinaria mostrará que no hay ninguna paradoja real aquí. Cualquiera que haya aprendido a nadar habrá descubierto rápidamente que un rendimiento eficaz requiere dominar, y en cierto sentido llegar a ser dominado por, limitaciones técnicas y disciplinas para organizar y canalizar la energía bruta hacia un propósito bueno y eficaz. Nadie se imagina que el poder de un nadador (o de un boxeador) se vea disminuido por las disciplinadas limitaciones dentro de las cuales practican el ejercicio. Del mismo modo, la capacidad de las instituciones para concentrar sus poderes donde y como deben se ve reforzada por tradiciones, prácticas, requisitos, procedimientos e instituciones del Estado de Derecho que, entre otras cosas, redirigen sus movimientos para que no salpiquen o se estrellen en donde y como no deben.

Buscando un lenguaje para expresar esta paradoja nada paradójica, de moderación que fortalece, me vino a la mente el término «poder atemperador». Me entusiasmó y, por un momento, me sentí muy satisfecho de haber acuñado este término con este fin, aunque no tanto cuando descubrí los orígenes del término y de la idea en la antigüedad griega, romana y en el derecho anglosajón. Si fuera un filólogo como Nietzsche (Tongeren, 2001) o una académica especialista en la Grecia y la Roma antiguas como Helen North (1966), podría enriquecer el uso de esta metáfora de muchas formas que, como *homme moyen sensuel* que soy [NT. Sic en el original]. Podría hablarse de *hombre medio* o *hombre de inclinaciones ordinarias*, no están a mi alcance. Pero el término inglés es suficientemente sugestivo por sí solo, e incluso con un poco de escudriñamiento no eruditio, se capta mucho de lo que queremos en relación con el ejercicio del poder. Así que me he quedado con el poder atemperado, y sigo encontrando razones para aplaudir mi plagio ignorante.

Hay al menos tres registros en los que hablamos en inglés de *tempering* o *temperance*. El primero es como dimensión de la virtud personal, el segundo del comportamiento institucional y el tercero como proceso químico. En conjunto, todos ellos son molienda para el molino del Estado de Derecho. Para los griegos, el término

sophrosyne, que Cicerón tradujo al latín e introdujo en la tradición europea como *temperantia*¹⁶, era una de las cuatro virtudes cardinales. Incluía el control, en particular el autocontrol, y era lo contrario de la arrogancia, pero también sugería y suscitaba la moderación y el autoconocimiento. El ejemplo del autoconocimiento es importante. Como comenta Helen North sobre las tradiciones literarias griegas,

De Esquilo y Sófocles, de Heródoto y de los epigramas sepulcrales, aprendemos que para el ateniense de finales y mediados del siglo V, *sôphrosynê* implicaba moderación sensata, conocimiento de sí mismo y esa observancia exacta de los límites divinos y humanos que protege al hombre de peligrosos extremos de todo tipo. En la vida privada se opone a la *hybris*, y en la vida del Estado tanto a la anarquía como a la tiranía (North, 1947, p. 3).

Muchos aspectos del Estado de Derecho pretenden fomentar esas virtudes de moderación y autoconocimiento reflexivo (Waldron, 2010; 2011b).

Institucionalmente, la moderación sugiere una mezcla moderadora de poderes y otros elementos (por ejemplo, el poder con la ley; la justicia con la misericordia; la fuerza con la moderación), un equilibrio, diseñado para disminuir la severidad, la dureza de una intención o poder no rebajado. Así, Henry Bracton, el primer compilador del derecho consuetudinario inglés en el siglo XIII no pretendía debilitar al rey, que «no tiene igual en su reino», cuando le instó a «temperar su poder mediante la ley, que es la brida del poder» (Bracton, 1968, pp. 33, 109-110, 166-167 y 304-306)¹⁷. Otra vez:

El rey tiene un superior, a saber, Dios. También la ley por la que es nombrado rey. También su curia, es decir, los condes y barones, porque si está sin freno, es decir, sin ley, ellos deben ponerle el freno. [Por eso a los condes se les llama socios, por así decirlo, del rey; quien tiene un socio tiene un señor]. Cuando incluso ellos, como el rey, estén sin brida, entonces los súbditos gritarán y dirán “Señor Jesús, ata sus fauces con rienda y brida”.

En las representaciones medievales tempranas, *Temperantia* sostenía un cuenco, «en consonancia con la traducción de *temperamentum* como medida/mezcla adecuada/moderación» (Dohrn-Van Rossum, 1996, p. 5). Pero en la maravillosa Alegoría del Buen Gobierno de Lorenzetti, en el ayuntamiento de Siena, *Temperantia* sostiene un reloj de arena en lugar de un cuenco para mezclar, imagino que para hacer una observación similar. Entre las siete «virtudes del buen gobierno» del fresco, aparece inmediatamente flanqueada por *Justitia*, a un lado, que sostiene la cabeza cortada de algún delincuente (presumiblemente condenado con justicia), y *Magnanimita*, al otro, que distribuye libremente monedas de un gran plato. Es poco probable que la yuxtaposición sea accidental. La justicia y la magnanimidad son buenas, pero la templanza media entre ellas con paciencia mesurada, facilitando circunspecta reflexión. Una buena sociedad necesita las tres virtudes, más otras cuatro. Esta complejidad se echa de menos en gran parte del lenguaje convencional del constitucionalismo y el Estado de Derecho.

De hecho, aunque las concepciones negativas y restrictivas del constitucionalismo hablan a menudo de la separación de poderes, como todo el

¹⁶ En realidad, «Cicerón sugiere cuatro traducciones diferentes de *sophrosyne*, todas ellas con sus propias connotaciones: *moderatio*, que significa moderación en el sentido de control y contención; *constantia*, que significa ser (permanecer) imperturbable o imperturbado; *frugalitas*, que significa frugalidad y ahorro; y la cuarta, que se convirtió en la más influyente: *temperantia*, que significa, por supuesto, templanza. Pero templanza tiene en latín, ciertamente en el latín de Cicerón, la connotación de: “*temperare* significa mezclar diferentes líquidos en la proporción adecuada”» (Tongeren, 2001, p. 133).

¹⁷ Igualmente, en Herny Bracton, «*De legibus Anglie*», fols. 7a, 34a–34b, 55b–56a, 107a–107b.

mundo sabe eso no es suficiente: la mezcla es la clave. Como observa Craiutu «Montesquieu, de hecho, era partidario de una mezcla más que de una separación estricta de poderes y se refería en su libro a *pouvoirs distribués* [NT. distribución de poderes] y no a *pouvoirs séparés*¹⁸» (Craiutu, 2012, p. 69). Esta distribución de poderes no disminuye la capacidad de ejercicio efectivo del poder. Al contrario, podría decirse que es un requisito previo para ello. Este es el peso de las sabias reflexiones de Holmes sobre las tentaciones que han sentido los gobiernos de «quitarse los grilletes» en tiempos de emergencia:

El Estado de Derecho impone al ejecutivo un incómodo grado de transparencia. Exige que las premisas fácticas del recurso del gobierno a la coerción y la fuerza se pongan a prueba en algún tipo de proceso contradictorio, dando a las partes interesadas y bien informadas una oportunidad justa de cuestionar la exactitud y fiabilidad de las pruebas. Así es como el debido proceso sirve al interés público y ayuda a reducir el riesgo de error. Rechazar el Estado de Derecho es temerario porque libera al gobierno de la necesidad de dar razones de sus acciones ante un tribunal que no depende de la desinformación alimentada en el pesebre y es capaz de responder. Un gobierno que no está obligado a dar razones de sus acciones puede pronto no tener razones plausibles para sus acciones (Holmes, 2007, p. 6).

Se pueden hacer observaciones análogas sobre el tercer sentido en el que utilizamos el término: para el proceso químico de templar el acero (y otros compuestos) para hacerlos más aptos para su propósito. Ciertamente, templar no significa debilitar sino, al contrario, endurecer; el compuesto resultante es menos quebradizo que su componente primario por sí solo. Al fin y al cabo, el acero templado es más fuerte que el hierro o el acero sin templar; como nos informa Wikipedia, su objetivo es «lograr una mayor tenacidad disminuyendo la dureza de la aleación». Y lo consigue mediante una mezcla juiciosa. Como si fuese un hábil metalúrgico¹⁹, John Braithwaite nos ha enseñado: «El acero templado es más flexible, pero es más fuerte para lograr sus objetivos: es resistente y reactivo. El acero templado se distingue del hierro por una combinación de aleación con carbono y otros controles y pruebas con calor extremo que lo hacen resistente» (Braithwaite, 2017, p. 25).

Por último, concluyo insistiendo en un cambio más de las implicaciones de esta sonora palabra. En 2020 fui entrevistado por el eminentе periodista polaco Jacek Żakowski. La entrevista se realizó en polaco y apareció bajo el título «Cómo templar el poder» (Żakowski, 2020). A la pregunta de qué era lo que más faltaba en la política polaca, respondí que instituciones que puedan templar el poder de forma rutinaria, y añadí que Kaczyński, el gobernante polaco, «como muchos otros populistas, lo que no entiende es que un Estado limitado puede ser en realidad más fuerte que uno ilimitado, porque puede hacer efectivamente lo que debe hacer y no estropear lo que no le incumbe». Hablo algo de polaco, pero mi vocabulario tiene lagunas. Lo que no sabía hasta esta entrevista es que hay otra dimensión del concepto: la palabra polaca para sacapuntas es «*temperówka*». Así que Żakowski me repitió inmediatamente lo que yo había dicho: «El Estado debe ser como una pluma de ganso: bien templado, para actuar con precisión y no estropearlo todo con errores». Me pareció bien. Aunque no tenía ni idea de cómo exactamente la metáfora le había llevado hasta allí, le respondí «exactamente» (Żakowski, 2020, p. 103). Sólo lo supe cuando el artículo se publicó bajo una viñeta de un hombre con la cabeza metida en un sacapuntas, del que salían virutas del color de la bandera polaca. Ahora que sé lo que quería decir, sigo diciendo «exactamente». Al igual que las plumas templadas, las leyes deben

¹⁸ [N.T]: «separación de poderes».

¹⁹ Es posible: él sabe de todo.

estar afinadas y ser precisas, para que no estropeen las cosas, sino que, por el contrario, faciliten una caligrafía política propositiva y comunicativa.

Así pues, el término omnicomprendido que prefiero para referirme a las aportaciones del Estado de Derecho es «*templar el poder*», en lugar de «*limitar*», o cualquiera de las otras palabras –domeñar, restringir, controlar, etc.– que se invocan habitualmente (Krygier, 2017c). No es que sean simplemente erróneas, pero es que no son suficientes para captar algunas características esenciales del Estado de Derecho, ni un elemento distintivo y positivo de su promesa. El Estado de Derecho no se limita a imponer restricciones, sino que depende también de generar efectivamente los resultados que pretende generar y que, en muchas circunstancias, son difíciles de conseguir de otra manera. Muchos aspectos del Estado de Derecho pretenden generar virtudes de moderación y autoconocimiento reflexivo, que son fomentadas por las prácticas e instituciones constitucionales y del Estado de Derecho, no contenidas o limitadas por ellas. Dichas prácticas e instituciones proporcionan «*restricciones habilitadoras*» que permiten un uso más centrado y eficaz del poder con fines positivos (al tiempo que dificultan algunos usos del poder con fines negativos).

Aplicado al ideal del Estado de Derecho, el atemperamiento puede sugerir una combinación juiciosa de mezcla, equilibrio, moderación, autoconocimiento y reflexión, todo lo cual contribuye a un tipo particular y saludable de fuerza. Estas sugerencias deben tenerse en cuenta, ya que la concepción negativa, el realismo tajante de Shklar u otros escépticos, aunque es la que más inmediatamente viene a la mente, no es la única forma de ver el constitucionalismo y el Estado de Derecho, y no es por sí sola la mejor.

8. El Derecho en la sociedad

No son muchos los que negarán que los ideales del Estado de Derecho son hostiles al poder arbitrario. Tampoco es probable que muchos, al menos entre los que se sienten atraídos por el Estado de Derecho, se opongan a la noción de «*atemperar el poder*», aunque no sea un término que hoy nos venga inmediatamente a la mente. Entonces, ¿qué se gana machacando estas viejas melodías con todo este *heavy metal*? ¿Qué diferencia hay en desenterrar estos términos e insistir en que deben ser lo primero, en que deben enmarcar nuestro pensamiento sobre el Estado de Derecho y no, como es más habitual, al revés? He intentado sugerir una razón en la sección anterior, pero tomárselo en serio sugiere otra. Aquí es importante seguir no sólo el significado sino algunas implicaciones generales de esta forma de hablar.

Como tantas veces, una pista viene de John Braithwaite. Hace algunos años, recibí de él una involuntaria pero poderosa provocación. Después de haber pasado todos esos años machacando con el Estado de Derecho, me sorprendió, en una conferencia que había organizado en 2011 sobre los medios de comunicación, la democracia y el Estado de Derecho, el argumento de una ponencia de John, con el título aparentemente inocente de «*¿Es la separación de poderes una cuestión de Estado de Derecho?* El caso de los medios de comunicación». John señaló que, aunque mucha gente habla del Estado de Derecho como «*algo bueno en sí mismo*», no era el caso. En su opinión, «*es mejor considerarlo como parte de la separación de poderes que al revés*». ¿Por qué debería importar el orden? Según Braithwaite:

Concebir la separación de poderes como una cuestión del Estado de Derecho constríñe la imaginación republicana sobre cómo luchar por nuevos tipos de separaciones de poderes. Conduce el pensamiento político a una jurisprudencia constitucional estéril y estática de una separación tripartita de poderes. Esto ocurre

cuando las condiciones de la modernidad nos obligan a ver las concentraciones privadas de poder, como las agencias de calificación y los ejércitos privados... tanto como peligros como contribuyentes a fértiles equilibrios de poder²⁰.

Simpatizo con la «imaginación republicana» de John, pero incluso si no fuera así, encontraría interesante el argumento que expone aquí, aunque discrepancia con la afirmación de que el objetivo es la «separación de poderes», por razones ya expuestas, y que creo que John aceptaría. Siguiendo a Montesquieu, prefiero «distribución» a «separación», y a su vez «atemperar» como razón subyacente de ambas. La distribución de poderes es una forma fuerte de atemperar el poder, no para ser valorado en sí mismo sino por lo que, en ciertas formas y para ciertos fines, puede prevenir y apoyar. Esto también es cierto de la separación, pero la separación no es suficiente. La distribución implica separación, pero también debe implicar conexión, cooperación y supervisión mutua, mezcla y equilibrios juiciosos, no sea que las fuentes de poder saludable (por ejemplo, para el mantenimiento de la paz, el cumplimiento de los acuerdos, etc.) se desarticulen y debiliten (Holmes, 2004, p. 9). No creo que Braithwaite esté en desacuerdo con nada de esto, de hecho, no es difícil encontrar pasajes en los que expone los mismos puntos, pero me temo que poner la «separación» en primer plano podría inducir a error.

La cuestión de fondo sigue ahí. Efectivamente, el argumento de este trabajo ha sido que ganaríamos mucho si siguiéramos la sugerencia de John de que la ley se considere, no como la pieza central siempre necesaria de la política de atemperamiento del poder, y para la que otras medidas son, en el mejor de los casos, adiciones secundarias o suplementarias, sino como una aplicación entre varias, de importancia potencialmente única en algunos aspectos y circunstancias, pero dependiente para su éxito de muchas otras cosas, y tal vez no más importante que estas últimas cosas para el logro de su propio objetivo. Como ha señalado recientemente John

Para las complejas condiciones del capitalismo contemporáneo, la simple prescripción liberal de redactar leyes y aplicarlas de forma igualitaria y coherente es una botella vacía... La reducción de la dominación requiere una pluralidad de instituciones que moderen el abuso de poder: comisiones anticorrupción; comisiones electorales independientes; comisiones de derechos humanos; defensores del pueblo; auditores generales públicos que interactúen productivamente con los auditores del sector privado; agencias de calificación privadas y públicas; regulación privada de las bolsas de valores; regulación pública de las bolsas de valores y de los títulos; policía antifraude; autoridades de la competencia que pidan cuentas a los monopolios; reguladores prudenciales; etc. Más importante que todos estos elementos, requiere una sociedad civil vigilante... (Braithwaite, 2017, p. 22).

Para concluir, hay dos diferencias fundamentales entre el planteamiento presentado aquí y la mayoría de los planteamientos convencionales. En primer lugar, el ideal no se concibe mejor en términos de limitación, sino de atemperamiento. Este ideal es importante porque el poder no temperado es a menudo detestable. Y si lo es, si el poder arbitrario presenta tales peligros, deberíamos desconfiar de él allí donde pueda ser significativo.

Y esto nos lleva a una segunda observación general: el poder atemperado, el ideal del Estado de Derecho, no se concibe mejor como un ideal autónomo por y para el Derecho y el gobierno. Es también, y en mi opinión principalmente y de forma más significativa, un ideal para la sociedad. Debe estar respaldado y sostenido por recursos sociales, y entendido en relación con, y como un elemento en la solución de,

²⁰ No creo que se haya publicado el discurso. Lo tengo en mis archivos.

los problemas perennes que surgen de las patologías que amenazan con acompañar al ejercicio del poder, dondequiera y en cualesquiera manos que sea lo suficientemente poderoso como para dañar.

Porque si el poder arbitrario es tan detestable y el poder atemperado tan importante como he sugerido, no es obvio por qué deberíamos centrarnos tan sólo en la arbitrariedad estatal o en el atemperamiento legal. Por un lado, tanto en el mundo prewestfaliano como en el mundo globalizado y corporativizado de hoy en día, ha habido muchos, y es probable que vaya a haber más, centros de gran poder susceptibles de arbitrariedad y consecuente abuso, aparte del Estado. Quizá Michael Walzer exagere un poco al afirmar que «los plutócratas y los meritócratas... son tan tiranos como los autócratas» (Walzer, 1994, p. 337)²¹, pero ¿por qué suponer que su potencial tiránico no tiene importancia?

¿Qué pasa con Al Qaeda, la mafia, los bancos, las grandes empresas, los omnívoros colectores de datos como Facebook o Google? Es poco probable que la lista de amasadores y detentadores de poder con potencial para ejercerlo arbitrariamente con un gran coste social sea corta o se quede fija. En todo el mundo, el capital tiene un poder y unas consecuencias enormes, y a menudo no están atemperados; de hecho, suelen resistirse a ser atemperados y con poderosos recursos. La lucha para atemperar el poder debe extenderse también a este tipo de poderes, y a menudo las medidas legales tradicionales son débiles, a veces espectacularmente débiles para hacerles frente. No debemos olvidar ninguna otra fuente de desafío sólo porque una de ellas haya sido tradicionalmente tan importante.

Una vez más, cuando el comunismo dejó de serlo, la promoción del Estado de Derecho se convirtió en una apuesta central. Pero no todos los problemas poscomunistas son problemas de Estado, que a menudo son demasiado débiles, al menos en ámbitos cruciales, sobre todo en dimensión infraestructural, en lugar de peligrosamente fuertes. Con el colapso del monopolio del poder del Partido único, el Estado de Derecho y el atemperamiento del poder no han sido resultados automáticos pues existen otras posibles fuentes externas de amenaza. Este es un punto que los populistas de los Estados poscomunistas explotan sin piedad, pero lo hacen en parte porque allí hay patologías que explotar. Así, poderosos actores económicos o redes de actores y relaciones políticas y político-económicas: «oligarcas» (Rusia), «magnates» (Croacia), «luchadores» (Bulgaria), «biznesmeni» y «banksterzy» (Polonia), mafias (en todas partes), han intentado, de diversas formas y con distintos grados de éxito, capturar, apoyarse o esquivar al Estado. Las redes clientelares particulares, comúnmente arraigadas en las estructuras de poder social, suelen tener relevancia política y, en ocasiones, jurídica. Cuando operan en el sistema jurídico, ejercen presión para anular las restricciones formales con consideraciones informales y antiformalistas, para conseguir exenciones, para paralizar o interrumpir procesos, para minimizar las penas o para obtener decisiones favorables. Y mucho de lo que hacen –emplear, negar empleo, especular, corromper, subvertir– no implica en absoluto al Estado, pero sí al ejercicio arbitrario del poder. Este es el país de las redes. Hay muchas, y su funcionamiento (en red) es a menudo secreto. Los populistas modernos, como los del PiS en Polonia o del Fidesz en Hungría (que, a su vez, hacen muy poco por destruir tales fuerzas y simplemente las sustituyen por sus propias redes), exageran estos aspectos de forma enorme e irresponsable, pero hay una

²¹ [NT]. Los términos señalados tienen connotaciones difícilmente traducibles en español. El uso del término inglés «wrestlers» que recoge del autor se refiere posiblemente a los luchadores que practican lucha libre y participan en espectáculos de ese tipo. Los términos *biznesmeni* y *banksterzy*, aluden, respectivamente, a empresarios y banqueros con una connotación despectiva, en ambos casos, del tipo estafadores, ladrones, piratas, etc.

razón por la que tienen eco: ignorarlas es simplemente hacer el juego a quienes desearían exagerar su importancia.

Sin duda, siempre que el poder sea lo suficientemente importante como para acarrear el tipo de daños que he mencionado, debería suscitar el tipo de preocupaciones que han tenido los partidarios del Estado de Derecho. Si el poder arbitrario es tan detestable como muchos han pensado, es probable que lo sea siempre que alguna persona o grupo o institución disponga del poder suficiente como para utilizarlo con efectos perjudiciales. Philip Selznick escribió un libro maravilloso, *Law, Society, and Industrial Justice*²², sobre cómo se podría pensar en llevar los valores del Estado de Derecho a las relaciones entre las grandes organizaciones y sus miembros. Era un gran libro, pero solitario.

La prueba debería ser el tipo y la cantidad de poder que tiene una entidad y las probables consecuencias del ejercicio arbitrario de ese poder, no su ubicación. Así pues, quienes identifican acertadamente el poder arbitrario como un problema que necesita solución deben ampliar sus miras. A veces los Estados serán objetivos clave, a veces no, y que lo sean o no es una cuestión contingente. Depende.

A la inversa, cualesquiera que sean las fuentes del poder arbitrario, ¿por qué suponer que las instituciones, normas y procedimientos jurídicos fundamentales son probablemente susceptibles de estar de manera uniforme en el centro de la solución de cualquier problema que uno haya postulado para el ideal del Estado de Derecho (a menos que ya se haya resuelto esa cuestión por definición)? ¿Y por qué imaginar que los medios para conseguirlo son siempre y en todas partes una u otra selección particular de instituciones, prácticas o normas jurídicas? Estos medios son elusivos, pueden variar y hay que encontrarlos.

Cuando tratamos de encontrarlos, el discurso y la imaginación de los juristas y los académicos del Derecho convencionales a menudo no nos conducen en la dirección correcta ni nos llevan lo suficientemente lejos. Muchas de las amenazas que se ciernen sobre los valores del Estado de Derecho proceden de fuera del Estado, muchos de los remedios a dichas amenazas también tendrán que encontrarse fuera del Estado y de sus leyes, e incluso cuando el Estado y la ley son relevantes, su importancia depende de organismos y corrientes sociales que no controlan.

El poder no temperado [*untempered*] puede florecer fuera del Estado en formas a las que la ley tiene dificultades, o a veces ningún interés, en llegar. Así pues, el discurso, las sensibilidades y la imaginación de los juristas y académicos del Derecho convencionales a menudo no nos guiarán en la dirección correcta ni nos llevarán lo suficientemente lejos. De hecho, recurriendo una vez más a Braithwaite, «la dominación es resistente porque siempre es capturada por las fuerzas más poderosas de una sociedad, ya sean fuerzas de poder estatal o privado o el complejo militar-industrial. Por lo tanto, el poder debe atemperarse en todos los sentidos» (Braithwaite, 2017, p. 25).

Tomarse en serio el ideal del Estado de Derecho exige reconocer que muchas de sus fuentes potenciales de apoyo más significativas se encuentran a menudo, y de hecho es necesario encontrarlas, en instituciones, prácticas y tradiciones de la sociedad en general, no sólo en los centros institucionales obvios del derecho oficial, o incluso cerca de ellos. Por lo tanto, la importancia de las características de las instituciones jurídicas, las características formales y procesales o lo que sea, que se considera que constituyen el Estado de Derecho y que se recomiendan a los países

²² New Jersey: Transaction Press, 1969.

que lo necesitan, depende del éxito que tengan a la hora de apoyar la consecución de este valor. Esa tiene que ser la prueba.

El reto para cualquiera que pretenda atemperar el poder en cualquier sitio no consiste primordialmente en emular o parodiar prácticas que puedan haber funcionado en algún otro sitio, sino en encontrar la manera de reducir la posibilidad de un ejercicio arbitrario del poder, sea cual sea éste, lo tenga quien lo tenga, dondequiera que se encuentre. Qué papel pueda desempeñar el derecho para ayudar a lograr esa solución, y cuál sea la mejor manera de desempeñar ese papel, son cuestiones con respuestas contingentes y variables, que probablemente se responderán de manera diferente en circunstancias distintas. En conjunto, este ideal expresa una aspiración a un logro social, político y jurídico complejo: el atemperamiento del ejercicio del poder de modo que se reduzcan las posibilidades de arbitrariedad. Los actos del Estado y las formas del Derecho pueden contribuir, en diversos grados, pero nunca por sí solos.

Me gusta una frase acuñada con otro propósito por Gianfranco Poggi. Caracteriza el concepto de sociedad de Durkheim –lo que la distingue de una mera masa de personas– como una realidad contingente; «real en la medida en que ocurren ciertas cosas» (Poggi, 2000, p. 85) como son los comportamientos socialmente pautados, las normas compartidas e interiorizadas, etcétera. Pienso así en el ideal y el sentido del Estado de Derecho. Es un logro relativo y variable, no todo o nada. Pero se puede decir que está en buen funcionamiento o pendiente de reparación en la medida en que existe un cierto tipo de estado de cosas positivamente valorado al que el Derecho contribuye de forma particular y variable. En la concepción que aquí se defiende, el ideal del Estado de Derecho está bien servido en la medida en que el ejercicio del poder político, social y económico en una sociedad está efectivamente temperado, restringido y canalizado en una medida significativa, de modo que los ejercicios no arbitrarios de tales poderes son relativamente frecuentes, mientras que otros tipos, como el ejercicio de poderes desordenados, caprichosos y malintencionados, ocurren con menos frecuencia.

Por supuesto, los Estados se distinguen en muchos aspectos; entre ellos en que disponen de enormes fuentes potenciales de poder que pueden ayudar y perjudicar de forma generalizada. En los contextos de Europa del Este que me trajeron a estas preocupaciones, esto se está poniendo de manifiesto de nuevo por los nuevos populistas que, en muchos sentidos, están retomando lo que hace 30 años parecía haberse abandonado de forma definitiva: las ideologías perniciosas y las prácticas diseñadas para ensalzar y servir al ejercicio arbitrario del poder. Nada de lo que está ocurriendo allí sugiere que el Estado esté muerto, y he tratado, en otro lugar, de examinar por qué ha sido tan fácil hacer que vuelva a estar maliciosamente vivo (Krygier, 2019b).

Así pues, nada de lo que he dicho pretende sugerir que los Estados y el Derecho carezcan de importancia, ya sea como fuentes de problemas o de soluciones a los mismos. Sin embargo, algo de esto podría ayudarnos a ver su (variable) importancia en perspectiva, y a dar la debida importancia tanto a otras fuentes de poder que podrían necesitar ser atemperadas, como a otras entidades, instituciones y grupos sociales que podrían necesitar ser reclutados para esa causa.

En lugar de suponer que, probablemente, en los próximos años nos encontraremos con nuevas fuentes de problemas complejos, a veces sin precedentes, en lugares predeterminados axiomáticamente, y de que responderemos con elementos de listas de lavandería preempaquetadas, sería mejor que empezáramos preguntando: ¿Qué está en juego? ¿De qué se trata? Si lo que está

en juego parece importante, habrá que buscar respuestas. Aquí los juristas y los filósofos tienen un papel, pero no siempre el principal. Habrá que recurrir a teóricos e investigadores sociales. Un jurista o un teórico del Derecho en su torre de marfil, quizá podría decir a esa gente: «el poder arbitrario parece un problema. ¿Podría averiguar cuál podría ser la solución? Si la respuesta es «todo depende», deberíamos reconocerlo como un consejo sabio y no como una admisión de derrota».

9. Y no olvides la política

Por último, la política. Hemos visto que gran parte de lo que se dice sobre el Estado de Derecho es jurídico. Gran parte de ello, y también de la promoción del Estado de Derecho, tiene un sabor claramente epistemológico: el problema de la promoción del Estado de Derecho se considera un problema de conocimiento, principalmente de conocimiento jurídico.

Los promotores del Estado de Derecho, las agencias internacionales, los gobiernos, que han gastado miles de millones de dólares en «promoverlo» en los últimos treinta años, en gran parte espoleados por el colapso del comunismo (Krygier, 2014), tienen un problema: normalmente se han sentido decepcionados con los resultados de sus esfuerzos. Hay pocas historias de éxito. ¿Por qué? Gran parte de la promoción del Estado de Derecho trata el problema que pretende resolver como un problema técnico-jurídico, que debe ser abordado por expertos jurídicos con medios jurídicos, diseñado por expertos en la materia y enseñado a los menos expertos. Así que, si las cosas no funcionaban, se consideraba que los beneficiarios de nuestra generosidad tenían lo que podría llamarse un problema epistemológico, un problema de conocimiento, de su conocimiento. Ellos no saben lo que es el Estado de Derecho, ni lo que exige; nosotros sí, y el trabajo consiste en educarles y proporcionarles formación técnica jurídica e institucional y modelos a seguir. Y no partimos de la nada; tenemos las «mejores prácticas internacionales» en las que basarnos.

Hay muchas razones por las que adoptar localmente las mejores prácticas internacionales es una empresa delicada –algunas de las cuales ya se han mencionado– y algunos reformistas llegaron a creer que con ellas no se acababa el asunto. Así que algunos promotores, entre ellos el Banco Mundial, empezaron a hablar de pasar de la «mejor práctica» a la «mejor adecuación», de nuevo concebida de forma principalmente epistemológica. Esta vez, en un *mea culpa* parcial, los reformadores admitieron que el problema era que nosotros, los proto-reformadores, necesitábamos saber más que la generación anterior sobre la cultura de los receptores, las relaciones sociales, las formas de abordar las disputas, etcétera. Y, sin duda, a menudo también era cierto. Pero, aunque cada generación encontró un lugar diferente para la limitación epistemológica, lo que ambas generaciones compartían era la creencia de que eran las lagunas epistemológicas técnicas, las lagunas en el conocimiento y la comprensión, las principales responsables de las dificultades a la hora de promover el Estado de Derecho.

Esta suposición epistemológica encajaba con otra característica de los enfoques comunes para «construir» el Estado de Derecho, reflejada en parte del lenguaje utilizado a menudo. En los casos en los que el Estado de Derecho debía «construirse», uno se encontraba a menudo atestado de «ausencias» y «carencias»: carecen del Estado de Derecho y de la comprensión de las disposiciones legales de las que depende el Estado de Derecho, y/o no entendemos lo que tienen, carecen y necesitan. ¿Cómo de grandes son las carencias, cómo de grandes las ausencias? Bueno, eso se puede marcar en una escala, metafóricamente –más alto, más bajo– o literalmente, en uno de los «índices» compilados por los diversos generadores de indicadores del Estado de Derecho que proliferan ahora, que

pretenden calificar si un país lo hace bien, medianamente, mal, etc., en la consecución del Estado de Derecho, o elementos putativos del Estado de Derecho, extraídos de muchos «indicadores» ponderados numéricamente (Versteeg y Ginsburg, 2017).

Quiero sugerir que esta forma de concebir los problemas de la generación del Estado de Derecho es doblemente errónea. En primer lugar, lo que está en juego cuando el Estado de Derecho no funciona bien no es a menudo una carencia, una ausencia de comprensión o de voluntad en favor del Estado de Derecho, o no sólo o principalmente eso, sino más bien la presencia de algo más, una agenda contradictoria, a menudo anclada en una *Weltanschauung* bastante diferente y a menudo hostil. A menudo, quienes persiguen esa agenda no tienen ningún problema epistemológico. Saben lo que quieren y no quieren el Estado de Derecho en ningún sentido plausible del ideal, aunque puedan utilizar el término porque necesitan el halo que confiere, el dinero que atrae y las sanciones que podría bloquear. Así que pueden imitar las técnicas, elegir las «peores prácticas constitucionales» existentes para protegerlas de la crítica jurídica internacional y nacional (Scheppelle, 2018). Pero tienen otros ideales. Y eso suele ser cierto cuando la promoción del Estado de Derecho se persigue enérgicamente con fines hostiles al Estado de Derecho.

En segundo lugar, el incumplimiento de lo que podríamos considerar como principios fundamentales del Estado de Derecho no suele ser principalmente un problema técnico, sino un problema profundamente político²³. En cierto sentido, no necesito insistir en el segundo punto, aunque concluiré con él. Es obvio para todos que la oposición del Primer Ministro Orbán, o del gobernante de facto (pero en absoluto de iure) Kaczyński o del Presidente Erdogan, al encuadramiento jurídico y a la limitación de su poder es de naturaleza política. Pero merece la pena insistir en este punto porque se presta demasiada atención a las especificaciones jurídico/institucionales del Estado de Derecho, y mucho menos a los fines que persiguen quienes utilizan la ley (y otros instrumentos). Nos dedicamos a dar consejos técnicos y sutiles sobre el Estado de Derecho que los *democratadores*, es decir, los aspirantes a dictadores disfrazados de demócratas suelen acomodar felizmente y abusan de ellos a falta de que se examine la existencia del Estado de Derecho en términos de los valores fundamentales a los que necesitamos que se debe servir.

Empiezo por el primer error. Hace un par de años, un brillante etnógrafo y politólogo australiano, Nick Cheesman, publicó un importante libro, cuyo significado es mucho más amplio de lo que sugiere su título. Se titula *Opposing the Rule of Law. How Myanmar's Courts make Law and Order*. Cheesman es la fuente de mi argumento sobre las escalas y las ausencias. El encontró en Birmania, y argumenta que también se encuentra a menudo en otros lugares donde los promotores del Estado de Derecho simplemente ven lagunas a ser llenadas por ellos mismos, que:

Si los estudiosos y profesionales [del Estado de Derecho] utilizamos los criterios del Estado de Derecho para medir las prácticas de instituciones que responden a otras ideas, corremos el riesgo de malinterpretarlas y tergiversarlas. ... Confundimos el problema con una brecha entre los principios y la práctica, entre la aspiración y la realidad, que hay que rectificar mejorando la formación, las leyes y la financiación, cuando el problema es de una naturaleza diferente. Los partidarios de la ley y el orden no son los ocupantes de los peldaños inferiores en una escalera hacia el Estado de Derecho; están subiendo por una escalera diferente (Cheesman, 2012, p. 259).

Su argumento central es que la «ausencia» del Estado de Derecho no es necesariamente un espacio vacío, la zona cero, sino a menudo, y en Myanmar en

²³ Esto no es nuevo para algunos críticos de la ortodoxia del Estado de Derecho. Véase, por ejemplo, Kleinfeld (2012).

abundancia, algo más –con sus propias motivaciones, razones, instrumentos y consecuencias– que debe entenderse en sus propios términos. Cheesman señala que, frecuentemente, no se trata simplemente de que la gente esté más o menos interesada o informada o sea más o menos experta en la consecución del Estado de Derecho y, por tanto, esté más o menos arriba en una escala de consecución del Estado de Derecho. Más bien, con frecuencia tienen propósitos y ambiciones, a veces personales, a veces corporativos, comúnmente a largo plazo y estratégicos, con frecuencia altamente institucionalizados, para los que se emplea el Derecho, a menudo de forma centralizada, que son sistemática, institucional y prácticamente antitéticos al Estado de Derecho; no como una cuestión de accidente o ineptitud, sino deliberadamente.

El lenguaje que utilizamos para describir estos desafíos populistas anticonstitucionalistas²⁴, por ejemplo, a menudo no capta la agencia activa, energética e implacable que implica. Se oye mucho este lenguaje en relación con los avances de los populistas autoritarios en los últimos años. Hablamos de «retroceso», «decadencia», «erosión», «declive», «regresión»; todo lo cual podría aplicarse perfectamente al progreso (o retroceso) del desarrollo orgánico: yo tampoco soy tan joven como solía ser; estoy «declinando», algunos podrían decir «decayendo». Pero todo el mundo me quiere, así que mi decadencia no se debe a los demás, sino que es asunto mío. Pero viviendo como vivimos al final de *El fin de la historia* podemos ver que no todo el mundo ama la democracia constitucional y el Estado de Derecho. Tienen enemigos reales, en muchos lugares resueltos y energéticos en la búsqueda de actividades y fines subversivos que estas metáforas orgánicas y solipsistas no logran captar. Necesitamos un lenguaje que pueda captar y una práctica que pueda responder a la subversión activa y hostil y, de hecho, al sabotaje, ya que, como ha señalado acertadamente Kim Schepppele, «enterrada en la historia del declive [democrático], ... hay una historia de malicia constitucional» (Schepppele, 2018, p. 547).

10. Conclusiones

El ideal del Estado de Derecho es un ideal jurídico fundamental, pero también lo es social y político. Lo que está en juego en los desafíos modernos al constitucionalismo y al Estado de Derecho no es principalmente esta o aquella institución, práctica, norma o forma jurídica concreta, que podría variar legítimamente en el tiempo y de un lugar a otro, sino más bien el sentido de la empresa y si lo que tenemos sirve para lo que queremos.

Ahora que el ideal del Estado de Derecho se cuestiona cada vez más y con más fuerza, los que están comprometidos con él tendrán que hacer algo más que ofrecer asistencia técnica, basándose en un modelo u otro de cómo funciona donde funciona. Tienen que explicar por qué es importante. Y eso nos da una razón más para preferir la teleología a la anatomía. La anatomía, después de todo, puede hacerse de forma bastante satisfactoria en un cadáver, pero un ideal sólo puede perseguirse si uno está animado por él, y para eso ayuda estar vivo. La promoción del Estado de Derecho necesita pensar más en cómo hacerlo vivir.

Un ataque a la integridad institucional de las principales instituciones que pueden atemperar el poder, ya sean tribunales constitucionales u organizaciones de

²⁴ Digo anticonstitucionalista porque, como han señalado muchos observadores, los nuevos populistas a menudo no son en absoluto hostiles a las constituciones o a la ley, que utilizan abusando de ellas. Son hostiles a los compromisos normativos que son centrales para el constitucionalismo y el Estado de Derecho.

la sociedad civil, atenta contra los valores centrales del Estado de Derecho. En su esencia, éstos tienen que ver con la hostilidad al ejercicio arbitrario –ya sea incontrolado, impredecible, irrespetuoso o infundado– del poder. Cuando son subvertidos, esos valores necesitan defensores, en realidad, campeones. Y es de esperar que consigan esos valores, ya que los demagogos populistas a menudo se extralimitan y «el pueblo» se inquieta. Al menos en Polonia, y en menor medida en Hungría, se observan algunos signos alentadores en este sentido, así como indicios de que los opositores son conscientes de la subversión de los valores del Estado de Derecho y de que no sólo hay que reafirmarlos, sino institucionalizarlos.

Pero los defensores no lo harán por sí solos y es poco probable que persuadan a grandes multitudes con argumentos puramente jurídicos, que en cualquier caso a menudo no procederán ya que, de nuevo, los «abusadores del constitucionalismo» encontrarán frecuentemente formas de subvertir la ley desde dentro, por medios jurídicamente válidos. En estas circunstancias, la meticulosidad jurídica no es respuesta suficiente a estos usos y abusos altamente manipuladores del, si se me permite la expresión, legalicismo contra el Estado de Derecho.

En muchas partes del mundo, los valores del Estado de Derecho nunca han tenido un fuerte enganche en el poder. Necesitan toda la ayuda posible de todos los que puedan dársela. Los populistas anticonstitucionalistas contemporáneos, por ejemplo, y muchos otros opositores al poder atemperado son plenamente conscientes de las consecuencias de lo que hacen. Están decididos a no prestar ninguna ayuda a los ideales del Estado de Derecho. Quienes pretendan oponerse a la intemperancia populista y autoritaria tendrán que hacer algo más que oponerse a las tácticas y maniobras (il)-legales. Necesitarán, por encima de todo y de todas las formas (no arbitrarias) que puedan, exponer lo que está en juego: el sentido del Estado de Derecho y no, meramente, sus medios específicos (que muchos subversores gestionan con facilidad). Los defensores del Estado de Derecho tienen que difundir su capital: no sólo hablar entre ellos (aunque eso también tiene su importancia), sino con la sociedad en la que viven y, de hecho, con el resto del mundo. Aunque de forma relevante e inmediata, sea cuestión de leyes o juristas, en última instancia no se trata de ellos. Se trata de la antigua conciencia de que el poder ilimitado es un poder peligroso. Así que está en el interés de TODOS que ese poder sea atemperado y tamizado.

En razón de que eso es así, hay que movilizar a todo aquel que sea posible. La razón, repito, es que el Estado de Derecho nunca es una mera cuestión jurídica. Es siempre, pero quizás de forma más dramática cuando se abusa de él, una cuestión de social y política. Todas las formas de activismo (legal) social y político deben participar en el esfuerzo de defender a la sociedad, a la política y al derecho contra la arbitrariedad. Y así, tanto como los juristas, los ciudadanos de a pie deben comprender el sentido del Estado de Derecho, aunque no conozcan ninguna ley, y estar decididos a defenderlo y sostenerlo, frente a las numerosas amenazas que se empeñan en subvertirlo.

Bibliografía

- Arnold, S. y Harris, J. R. (2017). What is Arbitrary Power?. *Journal of Political Power*, 10 (1), 55-70. <https://doi.org/10.1080/2158379X.2017.1287473>
- Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*. Penguin Books.
- Bracton, H. (1968). *On the Laws and Customs of England*, vol. II Cambridge University Press.
- Braithwaite, J. (2002). Rules and Principles. A Theory of Legal Certainty. *Journal of the Australian Society of Legal Philosophy*, 47-82.

- Braithwaite, J. (2017). Hybrid Politics for Justice: The Silk Road for restorative justice Part II. Restorative Justice, 5, 7-28. <https://doi.org/10.1080/20504721.2017.1294795>
- Carothers, T. (2006). *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Carnegie Endowment for International Peace.
- Cheesman, N. (2012). *Opposing the Rule of Law. How Myanmar Courts Make Law and Order*. CUP.
- Danta, D. (1993). Ceausescu's Bucharest. *American Geographical Society*, 83, 170-182.
- Dohrn-van Rossum, G. (1996). *History of the Hour: Clocks and Modern Temporal Orders*. University of Chicago Press.
- Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press.
- Endicott, T. (2014). The Oxford Lecture. Arbitrariness. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 49-72
- Hall, J. A. (1985). *Powers and Liberties. The Causes and Consequences of the Rise of the West*. University of California Press.
- Hayek, F. (1979). *Law, Legislation, and Liberty*. University of Chicago Press
- Hayek, F. (1994). *The Road to Serfdom*. University of Chicago Press.
- Holmes, S. (1995). *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago University Press.
- Holmes, S. (1997). What Russia Teaches us Now. *The American Prospect*, 30-39.
- Holmes, S. (2004). Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion. En R. Dworkin (ed), *From Liberal Values to Democratic Transition. Essays in Honor of János Kis*. CEU Press.
- Holmes, S. (2007). *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*. Cambridge University Press.
- Kleinfeld, R. (2012). *Advancing the Rule of Law Abroad. Next Generation Reform*. Carnegie Endowment for International Peace.
- Krygier, M. (2011). Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?. En J. E. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law* (64-104). New York University Press.
- Krygier, M. (2014). The Rule of Law after the Short Twentieth Century: Launching a Global Career. En R. Nobles y D. Schiff (eds.), *Law, Society and Community: Essays in Honour of Roger Cotterrell* (327-346). Ashgate.
- Krygier, M. (2016). The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. *Annual Review of Law & Social Science*, 12, 199-229. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134103>
- Krygier, M. (2017a). Legal Pluralism and the Rule of Law. En A. Halpin y N. Roughan, (eds.), *Jurisprudence without Borders* (294-325). Cambridge University Press.
- Krygier, M. (2017b). Transformations of the Rule of Law: Legal, Liberal, Neo. En B. Golder y D. McLoughlin (eds.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age* (19-43). Routledge.
- Krygier, M. (2017c). Tempering Power. En M. Adams, E. Hirsch Ballin, A. Meuwese (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging idealism and realism* (34-59). Cambridge University Press.
- Krygier, M. (2019a). The Rule of Law and State Legitimacy. En W. Sadurski, M. Sevel y K. Walton (eds.), *Legitimacy. The State and Beyond* (106-136). Oxford University Press.
- Krygier, M. (2019b). The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist "Transitions", Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 544-573. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000294>
- Krygier, M., Czarnota, A. y Sadurski, W. (2022). *Anti-Constitutional Populism*. Cambridge University Press.

- Lacey, N. (2008). Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate. *New York University Law Review*, 83 (4), pp. 1059-1087.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis, Law Review*, 47, 189-260. <https://ir.law.fsu.edu/articles/555>
- Lane Scheppelle, K. (2017). Constitutional Coups in EU Law. En M. Adams, A. Meuwese y E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (446-478). Cambridge University Press.
- Lane Scheppelle, K. (2018). Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 545-583. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/2>
- Loughlin, M. (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press.
- Lovett, F. (2012). "What Counts as Arbitrary Power?". *Journal of Political Power*, 5 (1), 137-152.
- Mann, M. (1986). *Sources of Social Power*. Cambridge University Press.
- Mann, M. (1988). The Autonomous Power of the State. Its Origins, Mechanisms and Resources. En M. Mann, *State, War and Capitalism*. Blackwell.
- Mason, W. (2011). *The Rule of Law in Afghanistan. Missing in Inaction*, Cambridge University Press.
- Massoud, M. (2013). *Law's Fragile State*, Cambridge University Press.
- Montesquieu, C. L. (1992). *The Spirit of the Laws*. Cambridge University Press, 1992.
- Craiutu, A. (2012). *A Virtue for Courageous Minds. Moderation in French Political Thought, 1748-1830*. Princeton University Press.
- Moore, S. F. (2001). *Law as Process. An Anthropological Approach*. James Currey.
- North, H. (1947). *A Period of Opposition to Sôphrosynê in Greek Thought*. Transactions and Proceedings of the American Philological Association, 47.
- North, H. (1966). *Sophrosyne: Self-Knowledge and Self-Restraint in Greek Literature*. Cornell University Press.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism*. Oxford University Press.
- Poggi, G. (2000). *Durkheim*. Oxford University Press.
- Pritchett, L. y Woolcock, M. (2010). Matt Capability Traps? The Mechanisms of Persistent Implementation Failure. *Centro para el Desarrollo Global. Working Paper* no. 234.
- Raz, J. (2019). The Law's Own Virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (3), 1-15. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqy041>
- Reid, J. F. (2004). *The Rule of Law*. Northern Illinois University Press.
- Scheppelle, K. L. (2019). Worst Practices in the Transnational Legal Order. En G. Shaffer, T. Ginsburg, T. C. Halliday (eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order* (188-233), Cambridge University Press.
- Scott, J. C. (1988). *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- Selznick, P. (1992). *The Moral Commonwealth*. University of California Press.
- Sempill, J. A. (2018). What Rendered Ancient Tyrants Detestable: the Rule of Law and the Constitution of Corporate Power. *The Hague Journal on the Rule of Law*, 219-253. <https://ssrn.com/abstract=3165879>
- Shklar, J. N. (1998a). Political Theory and the Rule of Law. En J. N. Shklar y S. Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers* (21-37). University of Chicago Press.
- Shklar, J. N. (1998b). The Liberalism of Fear. En J. N. Shklar y S. Hoffmann (eds.), *Political Thought and Political Thinkers* (3-20). University of Chicago.
- Sharon, A. (2016). Domination and the Rule of Law. En D. Sobel, P. Vallentyne y S. Wall (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy* (128-155). Oxford University Press.

- Skąpska, G. (2018). Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*, 7 (1), art. 12, 276-301.
- Stark, D. y Bruszt, L. (1998). *Postsocialist Pathways*. Cambridge University Press.
- Thucydides. (1910). 'The Melian Dialogue. En Thucydides, *The Peloponnesian War* (84-116). J. M. Dent; New York, E. P. Dutton.
- Tongeren, P. (2001). Nietzsche's Revaluation of the Cardinal Virtues: the case of Sophrosyne. *Phronimon*, 128-49.
- Varol, O. O. (2015). Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, 100, 1673-1742. <https://ssrn.com/abstract=2428965>
- Versteeg, M. y Ginsburg, T. (2017). Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators. *Law & Social Inquiry*, 42, 100-137. <https://doi.org/10.1111/lsi.12175>
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (2002). The Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida). *Law and Philosophy*, 21 (2), 137-164.
- Waldron, J. (2010). Constitutionalism: A Skeptical View. *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 10-87. <https://ssrn.com/abstract=1722771>
- Waldron, J. (2011a). The Rule of Law and the Importance of Procedure. En J. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law* (3-31). New York University Press.
- Waldron, J. (2011b). *Thoughtfulness and the Rule of Law*. British Academy Law Lecture.
- Waldron, J. (2013). Political Theory: An Inaugural Lecture. *Journal of Political Philosophy*, 21 (1), 1-23. <https://doi.org/10.1111/jopp.12007>
- Walzer, M. (1994). *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. IN: University of Notre Dame.
- Williams, B. (2005). The Liberalism of Fear. En B. Williams, *In the Beginning was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (52-61). Princeton University Press.
- Żakowski, J. (2020). Jak temperować władzę. En J. Żakowski (ed.), *Wirus 2020. Sic 2020*.

La reacción contra la cuarta ola feminista. La (re)legitimación de la violencia sexual en los tiempos post «Me Too». Claves filosóficas para comprender lo incomprendible*

The reaction against fourth feminist way.
 The (re)legitimation of sexual violence in
 post «Me too». Philosophical keys to
 understanding the incomprehensible

Ana de Miguel Álvarez
Universidad Rey Juan Carlos
 ORCID ID 0000-0002-1081-0918
ana.demiguel@urjc.es

Cita recomendada:

de Miguel Álvarez, A. (2023). La reacción contra la cuarta ola feminista. La (re)legitimación de la violencia sexual en los tiempos post «Me Too». Claves filosóficas para comprender lo incomprendible. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 58-77

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7990>

Recibido / received: 14/07/2023

Aceptado / accepted: 08/08/2023

Resumen

Uno de los rasgos de la cuarta ola de feminismo ha sido la identificación, crítica y deslegitimación de la violencia sexual. Desde la perspectiva filosófica una pregunta relevante es la de cómo ha sido y continúa siendo posible esta violencia tan arcaica como representada con aires de transgresión y modernidad. Este artículo trata de analizar y comprender: 1) el sistema de creencias que erotiza, estetiza y legitima el deseo sexual asociado a la violencia y 2) las consecuencias del aprendizaje de la violencia sexual como reproductor de la desigualdad entre mujeres y varones. El artículo tiene el propósito final de dejar una pregunta abierta para su debate: Si la construcción del marco teórico «violencia de género» supuso la separación radical de amor

*Este trabajo se ha financiado con el proyecto de I+D «Un análisis interdisciplinar de las fuentes de legitimidad y normalización de la nueva industria de la pornografía» (ref. URJC, V1068).

y violencia, ¿sería posible y deseable elaborar un marco teórico que separara radicalmente sexualidad y violencia?

Palabras clave

Violencia de género, violencia sexual, cultura de la violación, pornografía, teoría feminista.

Abstract

One of the features of the fourth feminist wave has been the identification, critique and delegitimization of sexual violence. From a philosophical perspective, a relevant question is how this violence, as archaic as it is represented with airs of transgression and modernity, has been and continues to be possible. This article tries to analyze and understand the following: 1) the belief system that eroticizes, aestheticizes and legitimizes sexual desire associated with violence, and 2) the consequences of learning sexual violence as a factor that reproduces inequality between women and men. The article has the final purpose of leaving an open question for discussion. If the construction of the theoretical framework «gender violence» implied the radical separation of love and violence, would it be possible and desirable to elaborate a theoretical framework that radically separates sexuality and violence?

Keywords

Gender violence, sexual violence, rape culture, pornography, feminist theory.

SUMARIO. 1. La cuarta ola, el espacio virtual y la violencia sexual. 1.1. El «Me Too» como conciencia crítica del consentimiento. 1.2. La reacción contra el «Me Too»: el derecho al sexo, las comunidades digitales y la manosfera. 2. Sistemas de creencias y definiciones favorables a la violencia sexual contra las mujeres. 3. La violencia sexual en los patriarcados de coacción y patriarcados de consentimiento. 3.1. El abuso y la violencia sexual en los patriarcados de coacción: el modelo de la mitología griega. 3.2. La crítica a la doble moral sexual y el cuestionamiento de la identificación sexualidad violencia. 3.3. El abuso y la violencia sexual en los patriarcados de consentimiento: la pornografía en los tiempos post «Me Too». 3.3.1. La pornografía, la violencia y las llamadas disidencias sexuales. 4. Algunas consecuencias de la violencia sexual en la reproducción del simbólico de la desigualdad. 4.1. La destrucción del «ponte en el lugar de la otra». 4.2. El des prestigio de la palabra de las mujeres. 4.3. La violencia sexual en el aprendizaje de las jóvenes: entre la ley del agrado, el miedo y la culpa. 5. Los desafíos del metaverso y el transhumanismo (por si había pocos problemas). 6. Conclusiones.

1. La cuarta ola, el espacio virtual y la violencia sexual

Han pasado más de dos siglos desde la publicación de la *Declaración de derechos de la mujer y la ciudadana* de Olympe de Gouges (1791) y de la *Reivindicación de los derechos de la mujer* de Mary Wollstonecraft (1792). Vamos hacia el bicentenario de *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, en contra de la pretensión de la otra mitad de mantenerlas en la esclavitud doméstica, y en consecuencia civil y doméstica*, publicada en 1825¹. La historia del feminismo, el apasionado viaje de las mujeres hacia la autoconciencia resulta tan apasionante como repleto de obstáculos y retrocesos. Esta historia se ha abordado desde la metáfora de las olas (Garrido-Rodríguez, 2021). La identificación de una situación de injusticia generaba una ola de reivindicaciones o una agenda feminista. Una vez satisfechas estas, o por motivos

¹ La obra conjunta del cooperativista W. Thompson y A. Wheeler, injustamente desconocida, es el más claro precedente de *The Subjection of Women* de J.S. Mill. Está traducida al castellano en la editorial Comares.

propios de la dinámica de los movimientos sociales, la fuerza de la ola se acababa diluyendo. Cada nueva ola ha supuesto una nueva comprensión de la profundidad, del arraigo de las estructuras y cultura patriarcal en nuestro mundo, en nuestras vidas. También la constatación de que una vez se superan algunos obstáculos cunde la idea de que «ya hay igualdad» y surgen airadas reacciones contra quienes sospechan que aún no es así o identifican nuevas formas de reproducir y legitimar la desigualdad (Miyares, 2021).

Dos de las características principales de la reciente cuarta ola han sido el planteamiento del valor y necesidad de compartir entre todos los absorbentes cuidados que necesita la especie, y la identificación de la violencia sexual como una interpelación radical al abismo que se abre bajo la supuesta igualdad del mundo actual. Dicho esto, nos interesa señalar que la cuarta ola ha tenido lugar en un mundo en el que se ha configurado un nuevo espacio, cada vez más determinante en nuestras vidas, el espacio virtual. Un espacio que tiene características del espacio privado y el público, que los funde en muchos aspectos y que ha tenido consecuencias muy contradictorias para la causa de las mujeres por transformar de raíz un mundo que se configuró sin su voz y su palabra. El espacio virtual, con su capacidad de hacer llegar los mensajes a cada rincón de este planeta, levantó muchas expectativas dentro del feminismo, tanto activista como académico (Boix y Núñez Puente, 2011). Por un lado, se mantenía que el anonimato y el «todos somos iguales tras el anonimato y la horizontalidad de la pantalla del ordenador» actuaría como una forma de borrar las desigualdades de género; al descorporeizar las mentes virtuales, el nuevo sujeto *cyborg* iba a carecer de género. Paradójicamente parece que ha sucedido todo lo contrario y el ciberespacio ha sexualizado y generizado a las mujeres con toda su nueva potencia. Pero lo que sí parece innegable es que las redes sociales han llevado el feminismo a todos los rincones y una muestra ha sido el éxito y trascendencia del movimiento «*Me Too*» (Cobo, 2019). En esta última característica de denuncia de la violencia sexual contra las mujeres se centra nuestro análisis.

1.1. El «*Me Too*» como conciencia crítica del consentimiento

Yo también, a mí también me ha pasado, «*Me too*» en inglés es el nombre de un movimiento iniciado de forma viral como *hashtag* en las redes sociales y que ha conocido una repercusión mundial. Los objetivos han sido denunciar y hacer pública la magnitud del acoso y abuso sexual que en pleno siglo XXI, y en un mundo en el que se escucha a menudo «que ya hay igualdad», sufren o continúan sufriendo las mujeres. El movimiento tomó forma a raíz de las acusaciones de abuso sexual contra el todo poderoso productor de cine Harvey Weinstein, cuando en 2017, *The New York Times* publicó los resultados de una investigación abierta sobre tales denuncias. El caso era tan conocido en el mundillo del cine como lo era la conciencia de que nada podía cambiar al respecto y las actrices debían pasar por su cuarto para encarrilar su carrera o no despeñarla prematuramente. El éxito de la campaña en las redes fue asombroso para la sociedad en general, aunque no así para el feminismo en particular, que llevaba décadas exponiendo el hecho de que la mayor parte de las mujeres, independientemente de su edad, podían recordar algún abuso sexual en su corta o larga vida (Márquez y Jaenes, 2021).

El «*Me Too*» ha supuesto una manifestación pública y masiva de una de las formas de actuar propias del movimiento feminista de los sesenta y setenta. Aparte del activismo en las calles y las grandes manifestaciones, aquel movimiento desarrolló una muy peculiar forma de organización. Las mujeres se reunían en grupos pequeños, solo mujeres para que fluyera su palabra con libertad. En estos grupos o Asambleas de Mujeres comenzaron a hablar de temas que nunca antes habían tratado juntas: a

esto lo denominaron «lo personal es político», uno de los eslóganes que podían leerse en las multitudinarias manifestaciones de aquella época².

Que el «*Me Too*» –el «cuéntalo» en su versión hispana– haya tenido lugar en este nuevo espacio público que son las redes sociales revela que el miedo y la vergüenza de las mujeres frente a la violencia sexual ha remitido a nivel colectivo, que está emergiendo una nueva autoconciencia. El «*Me Too*» ha consistido en la exposición masiva de los abusos sexuales que sufre de media cualquier mujer en nuestra sociedad. La variedad de testimonios es interminable, aunque todos comparten un terrible aire de familia: abusos en la familia, abusos en el colegio, abusos en los campamentos, abusos en los medios de transporte, abusos en las fiestas y discotecas, abusos en la pareja. Y nos detenemos porque como dicen las jóvenes estudiantes «se nos está haciendo bola» enumerar tanto abuso.

Si el «*Me Too*» ha tenido una dimensión cuantitativa también ha tenido otra cualitativa, nos referimos a una de las consecuencias que ha traído este momento de autoconciencia colectivo: el paso de las mujeres a plantearse como fruto de la coacción acciones que siempre habían pensado como fruto del consentimiento. Citaremos solo dos casos que revelan la hondura de este cambio de autoconciencia: el de la francesa Vanessa Springora y el de la estadounidense Mónica Lewinsky. Las dos han tenido que recurrir a formas de expresión más allá de la lógica de las leyes para mostrar lo que Springora denomina en su novela «el espíritu de tu época». Un espíritu que llevó a que un círculo de intelectuales parisinos aprobara y tolerara que uno de los suyos, un novelista que rondaba la cincuentena convirtiera en su amante a una cría de 14 años. La mujer que es hoy aquella adolescente ha escrito: «*El consentimiento* para conseguir explicarse y para recabar una explicación, para dejar constancia de esta pregunta, ¿cómo consentisteis vosotros, los que me teníais que proteger, que aquella relación llegara a existir?» (Springora, 2020)

El caso Lewinsky fue mucho más notorio, sucedió ante los ojos atentos de la comunidad internacional y se extendió a lo largo de los años. Un presidente demócrata de los Estados Unidos, ejemplo de hombre familiar y campechano que tocaba el clarinete, había mantenido relaciones sexuales con su becaria de veintidós años desde el mismo despacho en que marcaba el rumbo de la superpotencia. Ella lo denunció y el mundo se dividió, pero el presidente no fue juzgado por abuso ni acoso sexual, figura que en aquellos momentos no existía, sino por haber mentido al Congreso. Nos interesa resaltar que en aquella época nadie o casi nadie fue capaz de simpatizar con la víctima. De que Lewinsky era una aprovechada no cabía mucha duda. Hoy, muchos años después ella también se ha explicado y ha llegado a replantearse si aquella situación que marcó su vida, y no la del presidente, puede comprenderse adecuadamente través del concepto de consentimiento. Una de las líderes del «*Me Too*» le escribió estas palabras «siento tanto que estuvieras tan sola». Habían pasado más de veinte años, pero estas palabras le hicieron romperse, como en el himno del Liverpool club de fútbol, ya no caminaba sola (Lewinsky, 2018).

Como consecuencia del «*Me Too*», el mundo académico se está esforzando en volver a estudiar y reinterpretar el tema del consentimiento. Nuevos artículos y libros amplían puntos de vista y bibliografía. No es el tema directo de este artículo, pero si lo sobrevuela de fondo. Una obra clásica sobre el consentimiento *El Contrato sexual* (Pateman, 1988) ya explicó en su día cómo la ficción del consentimiento

² A. Valcárcel ha escrito de los grupos de autoconciencia: «El movimiento feminista debe tanto a estas obras escritas como a una singular organización: los grupos de encuentro, en que sólo mujeres desgranaban, turbada y parsimoniosamente, semana a semana, la serie de sus humillaciones, que trataban de comprender como parte de una estructura teorizable» (Valcárcel, 1991, p. 45).

siempre ha sido necesaria para legitimar y ordenar el libre acceso al cuerpo de las mujeres y sus frutos; los matrimonios desiguales en los patriarcados de coacción – desiguales por ley, patrimonio y edad– e instituciones como la prostitución y los vientres de alquiler en la actualidad (Pateman, 1988).

1.2. La reacción contra el «*Me Too*»: el derecho al sexo, las comunidades digitales y la manosfera

El «*Me Too*» ha tenido consecuencias profundas, ha obligado a la sociedad a mirar de frente a la violencia sexual. No es posible dudar del impacto de los testimonios sobre la opinión pública; se ha generado la percepción de que ha habido y hay un problema con la impunidad de la violencia sexual y un problema que afecta seriamente a la palabra de las mujeres, a su credibilidad. Y hay una nueva conciencia de que estos problemas tienen que ser remediados. Sin embargo, también parece haber signos de que las consecuencias positivas pueden estar remitiendo y se puede estar generando una reacción hostil contra los avances logrados estos años de atrás. La sociedad estaría polarizándose en torno a la idea general de que las mujeres o el feminismo han ido demasiado lejos en lo que hace al tema de la violencia sexual. Por un lado, se entiende que puede haber una generalización abusiva sobre el comportamiento de los varones, y por otro se entiende que se está interponiendo un freno burocrático a la frescura y espontaneidad de la sexualidad. En la actualidad estamos presenciando debates sobre si el feminismo ha ido demasiado lejos y si no serán los hombres las verdaderas víctimas de esta revuelta contra la violencia sexual. Los hombres ya no sabrían cómo relacionarse con las mujeres sin sentir miedo a ser acusados de abuso, incluso retrospectivamente (Ávila, 2023).

Diferentes autoras, entre las que destaca la autora de *Los hombres que odian a las mujeres*, están contribuyendo a dibujar la forma de esta reacción en las comunidades digitales (Bates, 2021). Comunidades en que la primacía de lo emocional sobre los datos objetivos favorece la difusión algorítmica de discursos que promueven viejas y nuevas formas de misoginia. Esta obra ha retomado nuevos conceptos como el de «manosfera», también traducido por «machosfera». En la obra se analizan con detalle diversas subculturas misóginas *on-line*, especialmente la de los «Incel» y los llamados artistas de la seducción, pero también otras como MGTOW (*Men Going To Their Own Way*) y, en general, activistas por los derechos de los hombres (Bates, 2021, p. 15). La comunidad «Incel» aparece como la más peligrosa y violenta de todas ellas. Se especializa en captar a miembros con problemas reales para explicarles cómo y por qué las mujeres son los causantes de todos ellos. El acrónimo «Incel» proviene de la expresión «célibe involuntario» y entre sus reivindicaciones destaca el derecho a tener relaciones sexuales con mujeres. Tras un análisis en que detectan que la satisfacción sexual, al igual que otros bienes, está injustamente distribuida, no solo reclaman su cuota de acceso a las mujeres, sino que elaboran discursos misóginos. La paradoja que subyace es clara, ¿por qué desear acceder sexualmente al cuerpo de personas que se desprecian? Las mujeres resultan ser «insípidas, egocéntricas, codiciosas y promiscuas» (Bates, 2021). Al final las comunidades digitales captan la soledad y necesidad de pertenencia de quienes se han quedado sin ella en un mundo tan cambiante como implacable con los denominados, sin rubor, «perdedores». Como tantas veces se ha señalado respecto a las ideologías populistas, los problemas que señalan pueden ser reales, pero las soluciones que se ofrecen son tan irrationales como peligrosas. Se desdeñan los análisis estructurales de carácter económico y político para buscar y encontrar chivos expiatorios entre los que destaca la aparición de «las mujeres», no ya de las mujeres feministas. En palabras de Ávila:

Apelar a la crisis de la masculinidad permite invisibilizar que los problemas a los que se enfrentan los hombres (y la inmensa mayoría de la humanidad) son estructurales. Las narrativas reaccionarias puestas en marcha por las comunidades digitales analizadas son una versión extrema de antiguas estrategias antifeministas (Ávila, 2023).

Al final, los líderes digitales –y políticos en algunos países– lamentan la difícil situación de los varones jóvenes en la actualidad y se consolida un nuevo tipo de identidad, una masculinidad que oscila entre la demanda de derechos y el victimismo. Sin embargo, de los trabajos de Bates se desprende una conclusión que impacta, y hace pensar que la idea de que la igualdad entre mujeres y hombres ha progresado es en cierto punto cuestionable. En una entrevista reciente ha llamado la atención sobre la necesidad de prestar atención a la realidad de las cifras, cifras como que solo un 1,4% de las violaciones reportadas a la policía en el Reino Unido terminan con una acusación formal. El cálculo ha sido realizado por el diario *The Guardian*, con base a los datos ofrecidos por el Ministerio del Interior. Con estos datos Bates plantea que no es algo irracional sostener que «de algún modo, la violación se ha descriminalizado en este país» (Bates, 2021).

De lo que no cabe duda es de que la violencia sexual, su existencia, se ha convertido en un objeto transaccional entre quienes la niegan y una sociedad que la desaprueba, pero, tal vez, no puede mirarla de frente. Si seguimos las noticias en nuestro país, parece no haber fiestas populares sin denuncias de abusos sexuales y cada poco tiempo aparece un personaje famoso acusado de violencia sexual. La opinión pública, y sobre todo los jóvenes varones, no encuentran la lógica de la acción: ¿cómo y por qué un futbolista millonario, que podría ligar con numerosas mujeres va a arriesgar todo por violar a una joven en un lavabo de una discoteca cualquiera? Efectivamente, ¿cómo y por qué un entrenador de fútbol puede aconsejar a sus chicos una violación colectiva como forma de conjurarse para ganar más partidos? Carece de lógica, pero tal vez no de lógica patriarcal. Habrá que encontrar el camino para comprender lo incomprensible.

Por mucho que se sepa que a cada avance histórico de las mujeres siempre le ha seguido una reacción, la rapidez y contundencia de la reacción contra esta cuarta ola, en la que hemos vivido inmersas tan recientemente tiene que ser objeto de estudio³. Sorprende la virulencia de la misma, un fenómeno tal vez propio de la nueva vida pública en las redes, y también su instrumentalización dentro del fenómenos de polarización y populismo electoral en las democracias del siglo veintiuno. Y este es el motivo que propicia esta investigación, una reflexión encaminada a trazar un marco teórico racional desde el que comprender el significado y el alcance de la identificación entre sexualidad y violencia, y el nuevo concepto de «derecho al sexo». La pregunta no es tanto por la injusticia y el delito sino por los significados y consecuencias que lleva aparejada la persistencia de la asociación entre sexualidad y violencia.

³ Diferentes estudios han puesto de manifiesto el hecho de que a cada ola de feminismo le ha acompañado siempre una reacción en contra los avances logrados o contra la idea misma de que la igualdad no sea ya un hecho consumado. Faludi (1993) documentó la reacción contra la segunda ola en dos pilares muy claros y machaconamente difundidos en el mundo de los medios y la creación: 1) La igualdad ya es un hecho, luego el feminismo es innecesario, 2) qué pena que el feminismo ha empeorado la vida de las mujeres, que han accedido a lo público, pero han perdido la vida personal. Cuando regresan a sus casas, les espera la soledad y una lata de sardinas (comida asiática o helado en la versión *made in USA*).

2. Sistemas de creencias y definiciones favorables a la violencia sexual contra las mujeres

Este artículo trata de comprender algo que debería ser incomprensible: cómo es posible la persistencia de la relación entre violencia y sexualidad en las sociedades comprometidas con la igualdad. Cómo es posible que un tipo de interacción humana, como es la sexualidad, que *a priori* se basa en la reciprocidad y el deseo mutuo puede llegar a convertirse en una fuente de intimidación, humillación y miedo para las mujeres. La metodología que utilizaremos será la propia de la filosofía, analizar y ordenar el sistema de creencias que ha legitimado y legitima esta violencia, estableciendo nexos entre el pasado y el presente, poniendo de relieve lo que cambia y lo que permanece.

En este sentido, asumimos uno de los pilares que ha fundamentado la filosofía, la idea de que el ser humano actúa de acuerdo con lo que piensa. Es más, que como bien viera Ortega y Gasset, el ser humano vive instalado en un sistema de creencias que forman el sustrato del que emergen los conceptos, las ideas, las teorías que orientan nuestra acción⁴. El uso del pensamiento crítico nos ha de servir para desvelar hasta qué punto la tradición cultural que nos constituye ha legitimado la violencia sexual y hasta qué punto ha proscrito el uso de las herramientas filosóficas para interrogar todo lo que rodea a la sexualidad. Y por tanto sus consecuencias para reproducir y legitimar el orden patriarcal (Puleo, 1992).

Por otro lado, también nos ha resultado inspirador para este trabajo el enfoque del interaccionismo simbólico sobre cómo las personas llegan a romper las barreras para realizar acciones delictivas o condenadas por la sociedad. Es decir, sobre cómo funcionan las definiciones favorables a saltarse las leyes y su énfasis en cómo para llegar a realizar una acción, previamente, hay que encontrar definiciones favorables que funcionan como «excusas» ante la ley si el delito ha sido descubierto, pero que realmente más que justificaciones *a posteriori* son la condición necesaria para que la voluntad de rienda suelta a la acción (Sykes y Matza, 2004).

Lo importante de este planteamiento para comprender cómo es posible la violencia sexual por parte de jóvenes correctamente socializados es el énfasis en que las técnicas de neutralización no son posteriores al acto violento, por ejemplo, como un modo de protección del sujeto frente al sentimiento de culpa por lo que ha hecho, sino que son lo que posibilita la propia acción. Las técnicas de neutralización son definiciones favorables para el incumplimiento de la ley. Es a través del aprendizaje de estas técnicas que un joven se convierte en un delincuente juvenil. Y lo que proponemos en este trabajo es que es la propia sociedad quien tiene que suministrar estas técnicas de neutralización a los jóvenes. Así, y en lo que hace a la violencia sexual, aunque no lleguen a considerar sus comportamientos como moralmente correctos en sentido estricto, si como «tolerados» en función de determinados contextos y criterios. Es lo que los autores denominan la flexibilidad característica de los códigos morales. Así, por ejemplo, la norma de no matarás es clave en toda cultura, pero siempre puede flexibilizarse en tiempos de guerra, donde matar es lo

⁴ Ortega expone esta diferencia en su obra Ideas y Creencias (Ortega y Gasset, 1977). Se podría argüir que partimos de una concepción ingenua del ser humano, que ya Freud alertó de que las motivaciones del ser humano son más bien inconscientes y el discurso racional una legitimación de deseos encubiertos. Y que tanto Nietzsche, como el resto de los filósofos de la sospecha, derribaron a martillazos nuestra supuesta racionalidad. Podría ser, nosotras mismas nos hemos convertido en filósofas de la sospecha y hemos desvelado que estos filósofos legitimaron la desigualdad de las mujeres. Lo trataremos en algún otro trabajo.

que debe hacer el soldado, o en países que aplican la pena de muerte y donde el estado hace justicia al matar.

Desde estos planteamientos teóricos vamos a pensar que tienen que existir definiciones favorables a la violencia sexual contra las mujeres en nuestra cultura, tanto pasada como presente. El fin de esta comparación entre relatos del pasado y del presente es dar la justa importancia a la huella de miles de años de pensamiento justificador, huella que realmente nos constituye y determina una relación trágica con ese mismo pasado. Siempre resulta aleccionador comprender retrospectivamente nuestro presente, que es el que nos interesa. La filósofa Celia Amorós ha enfatizado el carácter tan adaptativo de las sociedades patriarcales, en que a pesar de los cambios y avances algo importante permanece, es lo que denomina el carácter metaestable de los pactos patriarcales, en los que destaca el derecho colectivo a acceder al cuerpo de las mujeres o el contrato sexual que subyace al contrato social (Amorós, 2014).

3. La violencia sexual en los patriarcados de coacción y patriarcados de consentimiento

La distinción entre patriarcados de coacción y patriarcados de consentimiento permite marcar las líneas de continuidad y cambio en lo que hace a la legitimación de la violencia sexual contra las mujeres. Los patriarcados de coacción se caracterizan por la firme creencia en la superioridad masculina y la complementariedad entre mujeres y hombres dentro de esta jerarquía (Puleo, 1995). Esta superioridad se concreta en leyes desiguales y en la subordinación de las mujeres a los quehaceres de la esfera privada. Este sistema de creencias ha sido relativamente estable en los grandes cambios que van de la mitología griega a la aparición de la filosofía y el desarrollo y triunfo del cristianismo. De hecho, incluso con el triunfo de la Revolución Francesa y las revoluciones burguesas la desigualdad entre mujeres y hombres fue sancionada por el código civil napoleónico. Mujeres y hombres siempre han vivido bajo el imperio de una doble verdad, una para mujeres y otra para hombres (autor). En esta doble verdad siempre ha ocupado un papel relevante la doble moral sexual. Para los varones la sexualidad es un derecho, incluso un derecho que puede ejercerse por la fuerza y la violencia en determinados contextos. Las mujeres son víctimas de esa violencia, pero paradójicamente también las responsables. Por eso ha resultado habitual a lo largo de la historia que fueran ellas las castigadas por haber sido violadas. Puede parecer irracional, y en verdad lo es, por eso es posible definir el patriarcado como el mundo al revés. Volveremos sobre ello.

3.1. El abuso y la violencia sexual en los patriarcados de coacción: el modelo de la mitología griega

En los últimos años han proliferado los análisis sobre las grandes dosis de violencia sexual que relata la mitología griega (Esteban, 2005; Rabinowitz, 2011). Los atractivos y arquetípicos personajes de la épica, las tragedias y las metamorfosis emergen ahora con su profundo subtexto misógino y patriarcal. Se revelan como una auténtica escuela de lo que es una mujer y lo que se puede hacer con ella, lo que de hecho se hace con ella. Zeus, ese dios campechano y benefactor es, en realidad, un dios violador. Son innumerables las diosas, ninfas o mujeres mortales a las que ha poseído por la fuerza, el rapto y el engaño. Pero no es sólo Zeus, es su hermano Poseidón, es su hijo Apolo; también violan los mortales, los centauros y los sátiro. Esteban ha realizado un minucioso recuento que merece la pena consultar (Esteban, 2005). Una de las características del deseo masculino, ejemplificado por Zeus, es que no conoce límites. Zeus ordena y clasifica el mundo, pone límites a la violencia de los

titanes y es el benefactor de la humanidad, pero no limita la violencia contra las mujeres, que va a quedar legitimada en tanto que violencia sexual. Por un lado, esta violencia parece espontánea como en el caso de Leda y el cisne. Pero a menudo es una violencia fruto de una estrategia: Zeus desea a una mujer y va a diseñar la forma de satisfacer su deseo. Es importante también fijarse en el perfil que ofrece la mitología de Hera, la sufrida esposa de Zeus. En primer lugar, y aunque no suele repararse en ello, Hera no es una diosa violadora. No ejerce la violencia sexual contra nadie, pero ¿la hace esto buena persona, en todo caso mejor persona que su marido? No, todo lo contrario. Hera es una diosa amargada, vengativa e iracunda. Su venganza se centra a menudo en las mujeres violadas por su marido o en los hijos fruto de las violaciones. Un resultado paradójico o que hoy podría verse como paradójico es que Zeus queda siempre absuelto de su violencia sexual. Hera, al contrario, queda retratada como una diosa envidiosa del atractivo de las jóvenes violadas. Sin duda surge una pregunta, una reflexión, ¿en qué papel quedan las mujeres para las y los jóvenes que leen a los clásicos? ¿con qué personajes se identifican en su lectura? Siempre con cuidado de marcar la ambigüedad que reside en las obras clásicas, tanto Esteban como Rainbowitz coinciden en que la mitología normaliza la cultura de la violación (Esteban, 2005; Rabinowitz, 2011). Además, la violación representa bien el papel activo del varón y la pasividad femenina, la inexorable ley de aceptación de su destino por parte de las mujeres (Esteban, 2005). Las mujeres no se enfrentan, o se enfrentan solo un poco, seguramente porque son miedosas o les falta valor o energía. Valor y energía que, en contraposición, ellos derrochan. Este tema es recurrente en el reparto de las mujeres tras las guerras, como bien retrata Eurípides en «Las troyanas», donde la conquista de la ciudad convierte a las mujeres en legítimas esclavas sexuales de los vencedores. A cambio los varones, guerreros, han sido todos muertos en batalla o ejecutados. Pero ¿por qué matar a las mujeres si son bienes, parte del botín de guerra? Tal y como lo son en tiempos de paz, donde se conceptualizan como un bien intercambiable, como «el regalo más valioso» (De Miguel, 2021).

Esta invitación a releer la mitología griega tiene como fin resaltar la huella de la violencia sexual en la tradición que nos constituye y leemos con pasión. Al final, en la mitología griega la mayoría de las mujeres violadas termina de forma trágica, son asesinadas por sus propios familiares, se matan ellas mismas o acaban convertidas en un árbol, una vaca u otro motivo floral o animal. Esta es la otra lección de la violencia sexual: ha importado el poder del deseo, la consumación del acto, la estrategia utilizada, el hijo que nace de la misma. Lo que a ellas les haya sucedido no tiene valor suficiente para desafiar el poderoso atractivo de Zeus, que no por eso deja de ser un buen Dios.

El cristianismo, con su énfasis en la igualdad, en el sentido de que todos somos hijos de Dios supuso un duro golpe al elitismo y el esclavismo incrustado en las sociedades heroicas y guerreras. Frente al paradigma de dios violador emerge un dios espiritual sin deseos sexuales, varón también, como diría el clásico ¡nadie es perfecto! El cristianismo ofrece un nuevo modelo en las relaciones entre mujeres y hombres, el modelo del consentimiento. Dios ya no llega violando ni metamorfoseándose en San José, como hiciera Zeus, muy al contrario, para tratar con una mujer envía un arcángel. Y la pregunta que formula acentúa claramente el modelo del consentimiento «hágase en mi según tu palabra» es la respuesta al «¿consientes en ser la madre del hijo de Dios?». No se solicita un consentimiento de carácter sexual por más que la consecuencia es, como en las violaciones mitológicas, la concepción de un hijo. Dejando un poco de lado estos relatos míticos o religiosos es importante retener una idea fuerza, a partir de entonces el consentimiento de las mujeres fue clave para la institución matrimonial. Como ya señalamos anteriormente, aún en sociedades marcadas por el estatuto de inferioridad de las mujeres la ficción

del «consentimiento» ha sido crucial para la relación institucional del matrimonio. Institución que, como es sabido tenía como núcleo el libre acceso al cuerpo del otro para la concepción de hijos legítimos. Por esta razón el llamado debito conyugal impedía que el jurista pudiera aplicar el concepto de violación dentro del matrimonio. Sencillamente la violación dentro del matrimonio era imposible en cuanto constituía una contradicción en sus propios términos. Durante los muchos siglos de hegemonía del sistema de creencias y código moral cristiano la doble moral sexual fue la norma. La institución de la prostitución, legitimada por los santos padres actuaba como válvula de escape a las reconocidas necesidades sexuales masculinas. Sin embargo, la violencia sexual rondaba a las mujeres, como explica Vigarello (1999), el historiador francés, a lo largo del medievo la violación estaba tan penada legalmente como consentida socialmente.

3.2. La crítica a la doble moral sexual y el cuestionamiento de la identificación sexualidad violencia

El feminismo todo lo mueve, pero muy muy lentamente. Pasarían siglos antes de llegar a cuestionar la injusticia que subyace a la doble moral sexual. El feminismo lo hizo desde su misma aparición en el diecinueve: tanto sufragistas como socialistas utópicos y marxistas cuestionaron esa doble moral sexual. Identificaron la prostitución como una forma de opresión extrema entre otras que sufrían las mujeres. Las feministas se atrevieron a hablar de sexualidad en un momento en que esto suponía duras sanciones a las mujeres (Palomo, 2011). El guante lo recogería Sigmund Freud, pero justamente para legitimar la pasividad femenina y añadir un elemento de comprensión más a la violencia sexual, el masoquismo femenino. De alguna manera hasta justificó la violación como un deseo inconsciente de las mujeres, dada la extraña gratificación que encuentran en el dolor y el sufrimiento. Kate Millett (1969), en su clásica obra *Política Sexual*, llegaría a nominarle como la mayor fuerza contrarrevolucionaria a la que se enfrentó la primera ola de feminismo.

La crítica sistemática a la doble moral sexual vendría de la mano de las feministas radicales de la segunda ola y de los antes señalados grupos de autoconciencia, en la célebre década de los sesenta del siglo veinte. Estos grupos fueron el lugar idóneo para que las mujeres comenzaran a hablar en alto de un tema tan tabú como la sexualidad y la violencia. En relación con ello, denunciaron lo que consideraban una sexualidad hecha por y para varones. Libros, estudios y reportajes denunciaron la decepción de muchas mujeres con las relaciones heterosexuales dominantes. El Informe Hite (1976) hizo público que las mujeres no se veían reflejadas en las imágenes sexuales que proyectaban las películas, mucho menos en las imágenes de la pornografía. Las feministas de los sesenta pusieron en un primer plano de sus conciencias el derecho a sentir placer y experimentar con la sexualidad. Pero eso no significó que cerraran los ojos ante la conspiración de silencio ante los malos tratos y no pusieran en primer plano el tema de la relación entre sexualidad y violencia: abusos, acosos, violaciones. Por otro lado, plantearon abiertamente el tema de la atracción sexual entre las mujeres. El feminismo cuestionó la invisibilidad y la estigmatización de las lesbianas e inició la reflexión sobre otro modelo de sexualidad libre de relaciones de dominio, violencia y humillación. Un modelo no centrado en la devoción al pene y la penetración (Jeffreys, 1999). En resumen y en lo que hace al hilo de nuestra argumentación plantearon no identificar la sexualidad masculina con «la sexualidad». La sexualidad podía transformarse hacia un modelo basado en la igualdad y la reciprocidad. En esta línea, en los años ochenta terminaría surgiendo un importante frente antipornografía y antiprostitución, enfrentado a un negocio internacional en crecimiento y ligado a poderosas mafias económicas. Este enfrentamiento tuvo una traducción a nivel académico y cultural, fue lo que se

denominó las guerras del sexo (*Sex War*) (Jeffreys, 1999). Esta guerra tuvo dos ganadores claros, la poderosa industria del sexo (patriarcal), que no ha dejado de florecer desde entonces. Y a nivel académico supuso el barrido del feminismo radical de los departamentos de las universidades estadounidenses y la hegemonía de las posiciones sobre sexualidad derivadas de la obra del filósofo francés Michel Foucault. No es este el lugar para extendernos sobre la impactante influencia de su obra, que raya en la asunción quasi religiosa de su *corpus*, como si de verdades incuestionables se tratara, pero sí de recordar que este autor identifica la sexualidad con la sexualidad masculina, tomando esta como referente de lo genéricamente humano. No podemos dejar de citar a Diana Fuss cuando en un juego de palabras con su célebre obra *La voluntad de saber*, sostiene que la obra del francés ha mostrado una férrea «voluntad de no saber acerca de las mujeres» (Fuss, 1989).

La crítica a la doble moral sexual quedaría disuelta tanto en el mundo de la cultura popular como la académica, para dejar paso a enfoques de carácter androcéntrico en que la sexualidad, a secas, iría adquiriendo significados cada vez más centrados en la identidad personal y la capacidad de transgresión del orden social. Por más que la sexualidad se convirtiera, al mismo tiempo, en el centro de una poderosa industria de mercados de cuerpos para el consumo.

3.3. El abuso y la violencia sexual en los patriarcados de consentimiento: la pornografía en los tiempos post «*Me Too*»

Este artículo viene argumentando que la violencia sexual no puede comprenderse solo como una desviación del comportamiento recomendado, sino que, dada su persistencia y su transversalidad, tiene que subyacer una socialización positiva en este tipo de violencia. Existe una especie de «currículum oculto» en la formación de nuestros jóvenes que es preciso hacer explícito para combatir esta violencia. En este apartado se analiza la nueva pornografía como el espacio principal que suministra definiciones favorables a la erotización de la violencia y a la violencia sexual contra las mujeres. Una reformulación poderosa de definiciones favorables a la violencia si hay sexo por el medio, o tal vez debiéramos decir al menos tan poderosa como la mitología griega. La consolidación del espacio digital como un espacio omnipresente ha propiciado cambios sustanciales respecto a la pornografía antigua, de difícil acceso, de las revistas y las salas X. El primer rasgo de esta pornografía es el de su universalización. Lo que antes era propio de dioses ya está al alcance de todo el mundo. Relacionada con esta universalización está la que se ha constituido en la nueva escuela de sexualidad para la juventud (Ballester, 2019). El segundo rasgo es el de la exagerada presencia de la violencia en esta nueva pornografía. Al punto de que la violencia llega a identificarse con la sexualidad (Sambade, 2017; Alario, 2021).

3.3.1. La pornografía, la violencia y las llamadas disidencias sexuales

Cada día aumentan los estudios que identifican la pornografía como la nueva escuela de sexualidad, escuela que al igual que otros contenidos del ciberespacio ofrece educación universal y gratuita desde la infancia a la tercera edad. La pornografía es hoy uno de los lugares donde los más jóvenes se familiarizan con lo que se ha denominado la doble verdad de lo que es una chica y lo que se puede hacer con ella (De Miguel, 2021). Y, en este sentido, es posible encontrar una sorprendente línea de continuidad con la mitología griega que se ha examinado anteriormente, continuidad en lo que hace a la idealización y estetización de la violencia sexual o «cultura de la violación». En la nueva pornografía el imaginario de la violencia todo lo atraviesa, tal y como ha desgranado con sistemacidad y paciencia el excelente trabajo de campo que es la obra *Política sexual de la pornografía* (Alario, 2021). Lo más revelador de

esta obra es la minuciosa gradación expositiva en que la sobre representación de videos sexuales violentos termina con la exposición de imágenes en que ya solo se ofrece violencia contra las mujeres, el sexo ha desaparecido, pero las imágenes violentas entran en la categoría de placer sexual, de «pornografía».

La identificación de sexualidad y violencia se encuentra a su vez asociada a otros imaginarios que suponen otras tantas rupturas de límites en las relaciones humanas. La violencia permea el imaginario de las relaciones incestuosas y las relaciones con jóvenes de apariencia aniñada, lolitas o colegialas, y lo hace de forma transversal, todas las razas y físicos están representados. Los videos que ofrecen violaciones de madres, madrastras y hermanas y hermanastras están especialmente bien posicionados en los *rankings* de los videos más vistos. El imaginario del incesto suele nombrarse de forma jocosa e «inofensiva» en el título, no así en el contenido. En lo que hace al imaginario de las relaciones cercanas una subcategoría que ha devenido muy popular es la de las «milifas», acrónimo en *spanglish* de la expresión «*Mother I would like to fuck*» o «madre que me follaría». Todo ser humano entra en la categoría de material «follable», también la madre de tu amigo, la que le viene a buscar al patio del colegio y te invita a su casa a merendar. El aprendizaje de cosificación y «hacer tuyas» o «poseer mujeres», como se poseen otros objetos que nos gustan y apetecen no conoce límites en este nuevo espacio virtual. Claro que la mayor cantidad de mujeres expuestas a la violencia de una sexualidad infinita son las jóvenes y muy jóvenes, las llamadas «colegialas». El imaginario pederasta, chicas que aparentan ser casi niñas es el que tiene mayor presencia en los videos y los videos más vistos. La violencia contra estas jóvenes es constante y a veces extrema, tal y como relata Alario (2021).

En definitiva y como sin duda ya sospechan aquellos familiarizados con la Ilustración francesa, todo en esta «nueva» pornografía acaba por remitir al imaginario sadiano. El asesinato ritual de la madre, la sexualidad de los varones como sexualidad de rango superior, la libertad de las mujeres cifrada en acatar el papel asignado, aunque pueda ser, excepcionalmente, el de verdugos. De la *Filosofía del tocador a Justine o los infortunios de la virtud* el mundo idealizado por el sádico marqués describe y proscribe la unión extrema entre placer sexual y violencia. Este noble del Antiguo Régimen, casado y con hijos, no dudaba en teorizar que las vidas de otras y otros estaban bien sacrificadas y torturadas en el altar de su propio placer. La naturaleza es madrastra, no madre y lo normativo es aprender y practicar las lecciones de esta maligna naturaleza. En la actualidad, las lecciones de Sade se han abierto paso en *Scopus* y la cultura académica, donde hace ya décadas que se ha abierto una línea de investigación sobre las bondades del BDSM (acrónimo e *bondage*, disciplina, dominación, sumisión, sadismo y masoquismo) como una diversidad sexual o sexualidad disidente, como un noble estilo de vida (disculpas por el juego de palabras) y una identidad completa. En la actualidad el sadomasoquismo también ha saltado a la novela romántica para mujeres, y el éxito de la novela *50 sombras de Gray* así lo atestigua. El mito de la libre elección permea la nueva legitimación de este reencuentro entre sexualidad y violencia (De Miguel, 2015).

La pornografía tiene defensores, aunque realmente y dada su omnipresencia nadie podría pensar que los necesitara. El papel de portavoces de esta defensa lo toman a menudo mujeres, voces a las que se les concede autoridad desde la academia y los medios. Como ya señalamos estas voces cuentan con su propia revista en la Academia, *Porn Sudies*⁵, bien situada en los rankings académicos. En sus argumentaciones, estas voces suelen declararse feministas o hacerlo en nombre

⁵ *Porn Studies* está editada por la prestigiosa editorial Francis & Taylor, publicada en línea. <https://www.tandfonline.com/toc/rprn20/current>.

del feminismo, de la libertad de expresión, de la complejidad y oscuridad del ser humano, de las sexualidades disidentes u oprimidas, de la libre elección y solo faltaría añadir del progreso de la humanidad. Lo que queremos destacar es la novedad de la defensa que resume todas ellas, «el derecho a la sexualidad» como un derecho humano. Como hemos elaborado en un apartado anterior este nuevo derecho es el que también se está elaborando desde la «manosfera» como respuesta al «*Me Too*». En la defensa de la nueva pornografía se están dando la mano antisistemas y transgresores tanto de izquierdas (sexualidades disidentes) como supremacistas de derechas («*Incel*s»). En definitiva, la normalización de la pornografía y del mercado de los cuerpos adopta el lenguaje de los derechos y apela a un derecho de orden superior: el derecho a la expresión del propio ser, la individualidad o la felicidad⁶.

4. Algunas consecuencias de la violencia sexual en la reproducción del simbólico de la desigualdad

La legitimación de la violencia sexual tiene funciones relevantes en la reproducción y socialización del imaginario estructural y simbólico de la desigualdad. En primer lugar, implica el aprendizaje de la destrucción de la posición moral, del «ponte en el lugar del otro», en este caso de la otra; en segundo lugar, propicia el des prestigio de la palabra de las mujeres, una palabra siempre interpretable por el otro. Para ellas puede suponer el aprendizaje de la ley del agrado en una formulación extrema y el aprendizaje del miedo y la culpa como parte del bagaje que acompaña a una mujer en su vida sexual, por no decir en su vida. No se pretende hacer un examen exhaustivo de estas funciones una reflexión con el fin de comprender mejor los mecanismos que propician y reproducen la asociación sexo-violencia.

4.1. La destrucción del «ponte en el lugar de la otra»

La violencia sexual tiene dos características específicas: el placer que provoca en el propio sujeto contemplarse como protagonista de su acción y el placer de contemplar la reacción de su víctima. Ahora es posible preguntarse ¿cómo es posible que a una persona le erotice contemplar la cara de terror, asco, miedo o parálisis de la víctima? Y, más allá de los perpetradores de esta violencia, ¿qué tipo de efecto hipnótico, inhibidor de la razón crítica provoca la palabra «sexo», para que tantos pensadores, pintores, cineastas, artistas hayan contribuido a estetizar y erotizar este abuso concreto?

Una violación puede llegar a suceder porque los varones han aprendido, de una forma u otra, a deshumanizar a las mujeres en un momento dado, a romper la identificación con ellas como seres humanos (Sambade, 2020). La violación supone la ruptura total del reconocimiento del otro, de la otra, del ponte en el lugar de la otra persona. La aniquilación del reconocimiento. Al punto de que, en general, ha habido una mayor tendencia a ponerse en el lugar de las consecuencias y la destrucción de la vida del violador y no de la violada. Suena realmente fuerte y en principio tendríamos que negarlo. Pero hay un largo historial de casos y ejemplos que muestran lo contrario.

⁶ Además de la omnipresencia de la pornografía en el ciberespacio han surgido nuevas plataformas de economía digital que ofrecen convertir en actrices porno a todas las jóvenes que lo deseen, desde su misma habitación y con el solo requerimiento de una cámara en el móvil. *Onlyfans*, la plataforma de mayor éxito, éxito que aumentó y se asentó en los tiempos de la pandemia, ofrece a las mujeres contactar con hombres a través de la pantalla e ir cobrando por hacer lo que les soliciten. El modelo de negocio es ellos piden y pagan y ellas lo hacen.

Un ejemplo muy ilustrativo se encuentra en uno de los casos de violación más difundido en la última década, el llamado «Caso Stanford» en 2016 y que pudo prefigurar el «Me Too» (Stack, 2016). Narramos brevemente los hechos. Un joven blanco universitario regresaba a su casa cuando observó a una joven inconsciente junto a unos cubos de basura, se acercó, se bajó el pantalón y la violó. Al huir fue perseguido por unos jóvenes de nacionalidad sueca y entregado a la policía. Tras el juicio, el joven fue condenado a seis meses de prisión en una cárcel de baja peligrosidad e inmediatamente pasó a libertad condicional por el temor de que una sentencia mayor tuviera un «impacto severo» en su vida. Interesa señalar que su padre expresó en público su lamento por el hecho de que la vida de su hijo hubiera quedado destruida por «veinte minutos» de acción. La invitación del padre a ponerse en su lugar y el de su hijo consigue representar al ser humano en general, con sus errores y contradicciones. Y es lo que demasiado a menudo ha contemplado la justicia y la sociedad.

Este hubiera sido un caso más de una violación sin mayores consecuencias legales salvo por el hecho de que la joven que había estado inconsciente en el suelo tomó la palabra en la plaza pública y escribió una carta a su victimario. Estas fueron algunas de sus palabras, más tarde recogidas en un libro autobiográfico:

El alcohol no es una excusa. ¿Es un factor? Sí. Pero el alcohol no fue el que me desnudó, me metió los dedos, arrastró mi cabeza por el suelo, conmigo casi completamente desnuda. Has dicho “Quiero mostrarle a la gente que una noche de alcohol puede arruinar una vida”. Una vida, una vida, la tuya; has olvidado la mía. Tu eres la causa yo soy el efecto. Nunca debiste hacerme esto. En segundo lugar, nunca debiste hacerme luchar por tanto tiempo para decirte que nunca debiste hacerme esto. Tú tomaste mi valor, mi privacidad mi energía, mi tiempo, mi seguridad, mi intimidad, mi confianza, mi propia voz, hasta hoy (Miller, 2020).

Esta carta supuso un desafío a la vergüenza, a la culpa y al miedo. Y sobre todo el paso de la víctima a reivindicar su condición de sujeto y reclamar a la ciudadanía que se ponga en su lugar y que el «sexo» no se convierta en el factor de legitimación de la violencia contra las mujeres que ha sido y de alguna manera continúa siendo. Nos hemos extendido en el relato por ser el ejemplo claro de varios temas que concurren en la llamada cultura de la violación. El perfil no marginal del joven universitario de éxito, la normalidad con que actúa en su violación, la comprensión de su padre y su interpelación a los padres en general, «poneros en nuestro lugar». Y, finalmente, lo impensable, que la joven tome la palabra para sostener que la vida que ha sido arruinada es la suya. Al leer en orden los testimonios resulta hasta chocante caer en la cuenta de que cuando el joven sentenciaba que «el alcohol puede arruinar una vida», la tendencia es a ponerse en su lugar, no en el de ella. De este modo nos constituye la herencia cultural, la llamada cultura de la violación.

A raíz de este caso, el propio presidente Obama habló del arraigo de las violaciones en los campus como algo que la ciudadanía tenía que ser capaz de detener. En los campus universitarios, no en zonas problemáticas o deprimidas. (Somanader, 2014). ¿Somos capaces de comprender por qué sostenemos que los jóvenes tienen que aprender en algún lugar de nuestra cultura a definir de forma positiva la violación? No es una cuestión de delincuencia marginal, es algo inscrito en la propia raíz de la cultura clásica, de *Las metamorfosis* de Ovidio. Nuestra tradición cultural ha sido una larga invitación a aprender a ponernos en el lugar de los varones y a desaprender a ponernos en el lugar de ellas, las otras, las mujeres. De ahí, cierto rechazo ancestral de la sociedad a destrozar la vida de los jóvenes por sus delitos sexuales, por lo que han sido capaces de hacer a una chica en un momento dado. Ahora bien, el caso es que incluso ellos mismos podrían argumentar en el juicio que

fueron sus propios padres quienes les compraron un móvil, y que fue allí donde ellos aprendieron a través de las imágenes repetidas de miles de violaciones. Cómo iban a pensar que lo que han aprendido desde niños que es la sexualidad es, en realidad, un grave delito. Esta es una pregunta que interpela a nuestra sociedad.

4.2. El desprecio de la palabra de las mujeres

La legitimación de la violencia sexual ha encontrado siempre un aliado en el nulo o escaso valor atribuido a la palabra de las mujeres. La palabra de las mujeres no tiene fundamento, credibilidad tal y como han argumentado con matices diferentes autoras como Miranda Fricker y Celia Amorós. Fricker (2007) elaboró el concepto de «injusticia epistémica» para explicar el hecho de que la palabra de distintas personas y grupos no tuviera credibilidad o tuviera menos que la de otras. Que la «*donna e mobile*» y su palabra también forma parte de la cultura popular. Con las mujeres nunca se sabe, primero formulan una denuncia por violencia de género, pero a menudo se arrepienten y la retiran, ¿en qué quedamos? Es importante reparar en que la general falta de credibilidad de las mujeres influye en la falta de credibilidad en los juicios por violación, pero ahora estamos más interesadas en señalar que, es la falta de credibilidad de las mujeres en lo que hace a la supuesta violencia sexual que padecen, lo que avala su falta de credibilidad en general.

La violencia sexual ofrece un modelo para el cuestionamiento de la palabra de las mujeres, pero vale la pena detenerse en otro modelo clásico que condena a la irrelevancia la palabra femenina. La filósofa española Celia Amorós (2014) en su obra *Salomón no era sabio* ha reparado en cómo el mismo relato bíblico que retrata el paradigma de la sabiduría masculina lo hace bajo el trasfondo de la mentira femenina⁷. El texto rastrea y reevalúa la relación simbólica entre la sabiduría patriarcal, el poder engendrador de la palabra masculina y la irrelevancia de la palabra femenina. ¿Qué nos enseña exactamente el mito del sabio Salomón? Recordemos el contexto del relato. Dos mujeres, probablemente dos prostitutas, han tenido sendos bebés, pero uno de ellos ha muerto y las dos pretenden como suyo al hijo que sobrevive. Ellas gritan y porfián y son llevadas ante el hombre sabio. Salomón dictamina que ante la falta de pruebas se parta al niño por la mitad y se dé una parte a cada una de las que reclaman su maternidad. Al momento, una de las mujeres confiesa que ella ha mentido, no es la madre y pide que se lo den, entero, a la otra. Esto le permite a Salomón hacer su dictamen: la madre auténtica es la que reniega de serlo y pone en primer lugar preservar la vida del bebé. Esta decisión es la que prueba al mismo tiempo que Salomón, un varón, es el paradigma del juicio sabio y que la palabra de las mujeres no tiene valor en sí misma. Ha de ser interpretada⁸. La palabra de las mujeres siempre es falaz, lo es en la madre real, que miente y lo es en la madre fingida, que miente también. Si las mujeres no son de fiar en lo que atañe a la maternidad, menos habrán de serlo en el tema de cómo se ha hecho el hijo. Y desde aquí volvemos de nuevo nuestra mirada a los raptos, las violaciones y el engendramiento por la violencia de los hijos más célebres de Zeus.

⁷ *Salomón no era sabio* es una de las obras más complejas de la autora, en que debate con filósofos de cabecera las cuestiones fundantes de la ontología y la epistemología patriarcales.

⁸ Queremos añadir una información que no suele revelarse en las obras de filosofía, pero que tal vez sí es necesaria para comprender mejor un tema como el que enfrentamos en este trabajo. Se dice de Salomón que tenía grandes riquezas y entre ellas un gran harén, «harén en el que estaba incluida la hija del faraón». Tal vez sea relevante de cara a comprender mejor la «injusticia epistémica».

4.3. La violencia sexual en el aprendizaje de las jóvenes: entre la ley del agrado, el miedo y la culpa

La ley del agrado es una de las leyes centrales de las sociedades patriarcales. Debemos su formulación a la filósofa Amelia Valcárcel, pero, en realidad ha sido el mandato normativo por excelencia para las mujeres. El filósofo Jean-Jacques Rousseau es responsable de una de sus más sencillas y geniales formulaciones en *El Emilio* escribe que la función de las mujeres, en todo tiempo y lugar, es hacer que las vidas de los varones sean más fáciles y agradables y es «para lo que deben ser educadas las niñas desde la infancia» (Rousseau, 2011). Estas palabras sintetizan un proceso de socialización en el que ser para los demás ha sido la clave, tanto del cuidado a la familia y personas vulnerables como del cuidado del propio cuerpo para que resulte agradable y, a mayores, sexualmente atractivo.

¿Qué aprenden las jóvenes en los videos que asocian violencia y placer sexual? En parte y debido a la ley del agrado aprenden a tratar de disfrutar o hacer disfrutar asumiendo como propia y libre elección ciertas dosis de violencia. Pero el aprendizaje real de la violencia sexual es el aprendizaje del miedo, del miedo en general y del miedo a los hombres. Una de las obras clásicas del feminismo es el texto publicado en 1971 por Susan Griffin y algunas de cuyas tesis fueron popularizadas por Brownmiller en su obra *Contra nuestra voluntad* publicada en 1975. Esta obra trató de demostrar cómo el miedo a la violación condiciona el comportamiento cotidiano de todas las mujeres, y cómo en este sentido todas son víctimas de la violación. Como hemos señalado en otras ocasiones esta obra representa muy bien la autoconciencia del giro interpretativo que supone el feminismo: «Escribí este libro porque soy una mujer que cambió de idea respecto a la violación». En el prólogo la autora explica el paso de la perspectiva habitual a la perspectiva feminista: «Yo sabía qué era y qué no era la violación. La violación era un crimen sexual, el producto de una mente enferma, trastornada. La violación no era un problema feminista, era... bueno, ¿qué era?» (Brownmiller, 1981, p. 8).

Encontrar respuesta a este interrogante es lo que conduce a una investigación que cuenta con más de cuatrocientas páginas. En ellas analiza exhaustivamente la violencia sexual en las guerras y en la paz. También la violación en grupo, el mito del violador heroico y, por fin, el tema de las víctimas, las grandes ausentes de la criminología hasta los años ochenta. Su tesis, hoy ampliamente aceptada es que la violencia sexual forma parte del proceso de intimidación masculina del que son víctimas todas las mujeres, no solo las que han sido violadas (Barjola, 2018). El hecho de que mujeres que nunca han sido violadas muestran una ansiedad y miedos similares a las que sí lo han sido, y que para evitar la mera posibilidad de serlo tienen que aceptar limitar considerablemente su autonomía en el espacio público. No salir de noche ni por lugares solitarios, no volver tarde del trabajo, no abrir la puerta a desconocidos, no entrar con un varón a un ascensor; si viven solas, no escribir el nombre en el buzón. Estos son algunos de los consejos dados por la policía en general para minimizar los riesgos de victimización. Pero hay otro que subyace a todos ellos: es posible que una mujer realice tranquilamente todas las actividades anteriores siempre y cuando esté acompañada de un varón. Según este análisis el mensaje de la violencia o la violencia latente contra las mujeres está muy clara: una mujer «sola» está en peligro. Y funciona como un mecanismo eficaz para retenerlas en el espacio que siempre les asignó el patriarcado: el espacio privado.

Como a menudo señalara la filósofa Celia Amorós, en una sociedad patriarcal la mujer que no pertenece a ningún varón en particular pertenece potencialmente a todos, es la célebre «mujer pública». Y para cerrar el círculo conviene señalar la

evidencia estadística de que la situación de las mujeres en el espacio privado tampoco carece, ni mucho menos, de peligros. Ni los violadores son la mayoría personas con patologías varias ni la mayoría de ellos han crecido en la marginalidad. Si volvemos de nuevo la mirada a la pornografía es posible concluir que hoy día, las nuevas generaciones están siendo socializados en imágenes idealizadas de la violencia sexual. Y por supuesto que esto no implica no distinguir la realidad de la ficción; no se mantiene que al ver pornografía los varones se tornen violadores en potencia, sino que la violación forma parte de un sistema de poder e intimidación que afecta a todas las mujeres. Y que, sin embargo, continúa siendo trivializada. La pornografía ha tomado el relevo de la mitología griega, con una fuerza inusitada que llega a todos los públicos.

5. Los desafíos del metaverso y el transhumanismo (por si había pocos problemas)

Este año de 2023 podría pasar a la historia como el año en que la inteligencia artificial (IA) comenzó a llegar de forma masiva a los medios, mostrando claramente parte de su potencia y su poder. De momento poder en el sentido de capacidades, no de poder como dominio, aunque según mantienen los expertos todo se andará. En realidad, la IA lleva ya tiempo incorporándose al mercado o la industria global del sexo. ¿Qué ofrece? Lo que todas las industrias del sexo patriarcal, ofrece gratificación sexual a cambio de dinero, con un «toque humano». Dejaremos descritas dos formas de gratificación, la de los robots sexuales y la del metaverso.

Existe en la actualidad un incipiente mercado de robots sexuales o «muñecas androides» e interesantes análisis y debates al respecto (González *et al.*, 2021). En cualquier reportaje sobre este producto llamado a sustituir a las viejas muñecas hinchables, se lee, por ejemplo, que son ya capaces de realizar cincuenta posiciones sexuales automatizadas, que pueden personalizarse rasgos como el tamaño de los pezones y el color del vello público. Y que cuestan entre cinco mil y diez mil dólares la unidad. Como casi todos los adelantos tecnológicos el tema suscita viejos y nuevos problemas morales. Para los defensores de la comercialización de estos robots una de las ventajas es su posible uso terapéutico, en el sentido de si no podría suponer una solución para los agresores sexuales, para las personas con preferencias sexuales de riesgo o para gente con discapacidad⁹. Con el tiempo y si el mercado prospera tal vez habrá que preguntarse cómo se tratará legal y moralmente el sexo con un robot casero. Por ejemplo, ¿tendrán derecho los robots a no ser violados al igual que comienzan a tenerlo los animales no humanos, a saber, ovejas, gallinas y otros?

En definitiva ¿podrían ayudar a reducir los delitos sexuales? Violadores, pederastas, asesinos podrían hacer realidad su diversidad o su disidencia sin consecuencias legales. Hay un movimiento no mayoritario, pero sí persistente a favor de encuadrar la pedofilia en la diversidad sexual o las sexualidades disidentes. Recogemos esta cita del texto *Pedofilia y derechos sexuales*:

Durante el pasado julio de 2014, en una conferencia de verano llevada a cabo en la Universidad de Cambridge bajo el nombre *Liberating the paedophile: a discursive analysis*, Philip Tromovich, actual profesor de la Universidad Doshisha en Japón, afirmó que “la mayoría de los hombres probablemente son pedófilos” y que “el interés pedofílico es normal y natural en los varones humanos” (Ruiz, 2014).

⁹ El debate arrancó ya hace unos años, cfr. Kelland (2016) Los expertos lo tienen claro: hay que hablar del sexo con robots. <https://www.reuters.com/article/ciencia-robots-sexo-idLTAKBN19Q02H-OUSLI>

Pero, ¿es acaso cierto que no hay consecuencias para la vida moral y social? Es posible encontrar una respuesta en la filosofía moral, en la obra de aquel llamado durante siglos el filósofo, como si efectivamente, no hubiera otro, Aristóteles. En su *Ética a Nicómaco* considera las consecuencias de las acciones y, lo que interesa señalar, una de las consecuencias relevantes es el tipo de persona en que se convierte uno al hacer lo que hace, el desarrollo de un carácter determinado. Una persona que se permite franquear los límites, ¿por qué habría de reducirlos a los robots? Otra pregunta posible es la siguiente, ¿quién querría en realidad tener de padre, de hermano, de hijo a un ser humano de estas características? Las preguntas permanecen abiertas, el enfoque feminista viene a recordarnos que es una práctica que las mujeres han rechazado siempre. Y esta última consideración en torno a las grandes diferencias en la asociación violencia-sexualidad entre mujeres y hombres nos conduce hacia el último punto que queríamos señalar. La violencia sexual en el metaverso. El metaverso es un espacio que simula la vida real, pero no lo es. ¿Qué consideración deberíamos tener sobre la violencia sexual en el metaverso? Las violaciones, el abuso sexual, el acoso sexual que pueden tener lugar en este universo ficcional. ¿Habrá personas juzgadas y en la cárcel en el metaverso? Allí las personas son y no son humanos al tiempo. ¿Es posible y deseable construir un espacio en que las acciones no tengan consecuencias?

6. Conclusiones

Tras más de doscientos años de reflexión y reivindicaciones las mujeres se están constituyendo como una nueva autoconciencia de la humanidad. En una de las últimas etapas de este apasionado viaje hacia la toma de la voz y la palabra ha surgido una nueva ola de feminismo. En esta cuarta ola, el tema de la violencia sexual, aunque ya fuera un tema clásico del feminismo, ha llegado de forma masiva a la sociedad. Las redes sociales han sido el escenario de un movimiento, el «*Me Too*» en que las mujeres han denunciado y expuesto ante el tribunal de la razón esta sinrazón, la estructura de coacción, miedo, culpa y vergüenza en que se continúan dando los abusos sexuales. En un mundo formalmente igualitario y comprometido con la igualdad, la constatación de la violencia sexual y la impunidad con que opera necesita explicaciones. Una reconocida hipótesis de trabajo es la de que la violencia sexual actúa en nuestras sociedades como forma de poner a las mujeres en su sitio, en su lugar natural. En este sentido el artículo ha explorado el papel de la sexualidad como un límite y reacción al pensamiento crítico en los tiempos posteriores al «*Me Too*». El surgimiento de nuevas comunidades digitales con discursos victimistas y misóginos pueden ser la punta del iceberg de una reacción contra los valores de la igualdad, una reacción que cuestiona las cifras y el problema de la violencia sexual y encuentra en el feminismo un chivo expiatorio frente a los problemas estructurales que plantea un mundo sometido a continuos cambios y crisis.

Entre tanta contradicción se sitúa una crítica profunda a toda relación entre sexualidad y violencia. El artículo explora la persistencia de la violencia sexual en las sociedades formalmente igualitarias como un fenómeno que no debe darse por sentado y asumido con cierta resignación, sino que ha de ser comprendido y explicado. La violencia supone la destrucción del reconocimiento del otro y de la otra, la violencia contra las mujeres tiene sus claves específicas propias, ya que, frente a otras violencias, el sometimiento que se busca es el sometimiento voluntario. La violencia sexual, vieja compañera de la violencia contra las mujeres, ha dado forma a muchas de nuestras más grandes obras culturales, como es el caso de la mitología griega y, en este sentido, no solo ha estado legitimada sino profundamente idealizada. El artículo traza una línea de continuidad entre la cultura de la violación en la mitología griega y la cultura de la violación en la nueva pornografía en abierto y gratuita que se encuentra de forma masiva en el espacio virtual, en internet. Se defiende que, aunque

la pornografía sea ficción, esto no es un argumento para que no pueda estar actuando como fuente de educación sexual entre los más jóvenes. Y sostener que el consentimiento entre adultos legitima cualquier práctica no deja de ser la forma de legitimación más antigua y eficaz de toda relación de poder y desigualdad. Un cierto círculo se cierra desde el derecho de violación de la mitología griega al «el derecho al sexo» que reivindican para todos (los varones) ciertas comunidades digitales en la actualidad. El derecho a la pornografía en el mundo virtual y al prostíbulo en el mundo real forman parte de nuestro mundo y pueden estar operando como escuelas de violencia y desigualdad.

El artículo, como suele suceder en la reflexión filosófica, pretende contribuir al debate más que cerrarlo. Este es el programa de investigación, ¿puede el sexo, el placer sexual, sea en la vida cotidiana o sea en la ficción, contribuir a legitimar la humillación y la violencia?, ¿puede hacerlo en el nuevo espacio virtual que llega sin límite alguno a las nuevas generaciones en cualquier rincón del mundo? El artículo se cierra con una reflexión sobre violencia sexual y transhumanismo en el contexto de una nueva reformulación sobre un supuesto «derecho al sexo» y un futuro con robots sexuales.

Bibliografía

- Alario, M. (2021). *Política sexual de la pornografía*. Cátedra.
- Amorós, C. (2014). *Salomón no era sabio*. Fundamentos.
- Ávila Bravo-Villasante, M. (2023). Radicalización violenta y misoginia extrema. Narrativas antifeministas en la manusphere. *Global Media Journal* México, 20 (38), 1-17. <https://doi.org/10.29105/gmjmxx20.38-485>
- Ballester, L. y Orte, C. (2019). *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*. Octaedro.
- Barjola, N. (2018) *Microfísica sexista del poder*. Virus.
- Bates, L. (2021). *Men who hate women: From incels to pickup artists, the truth about extreme misogyny and how it affects us all*. Simon Schuster.
- Beauvoir, S. (2000). *¿Hay que quemar a Sade?* Antonio Machado-Mínimo Tránsito.
- Boix, M. y De Miguel Álvarez, A. (2011). Los géneros en la Red: los ciberfeminismos. En G. Nathason (coord.) *Internet en Código Femenino*. La Crujía.
- Brownmiller, S. (1975). *Against our Will*. Ballantine Books.
- Cobo, R. (2019). La cuarta ola. La globalización del feminismo. *Servicios Sociales y Política Social*, XXXVI (119), 11-20.
- De Miguel Álvarez, A. y Palomo Cermeño, E. (2011). Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución: políticas de redefinición y políticas activistas en el sufragismo inglés. *Brocar. Cuadernos De Investigación Histórica*, (35), pp. 315–334. <https://doi.org/10.18172/brocarr.1609>
- De Miguel Álvarez, A. (2015). *Neoliberalismo sexual, el mito de la libre elección*. Cátedra.
- De Miguel Álvarez, A. (2021). *Ética para Celia. Contra la doble verdad*. Penguin Random House.
- Esteban Santos, A. (2005). Mujeres terribles. Heroínas de la mitología griega. *Estudios griegos e indoeuropeos*, 15, 63-93.
- Faludi, S. (1991). *Backlash. The Undeclared War Against American Women*. Crown Publishers Inc.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Fuss, D. (1989). *Essentially speaking: Feminism, nature and difference*. Routledge.
- Garrido-Rodríguez, C. (2021). Repensando las olas del feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las “olas. *Investigaciones Feministas*, (Rev.) 12 (2) 2021, 483-492. <https://doi.org/10.5209/infe.68654>

- Gonzalez, C., Gil, R. M. y Paderewski-Rodriguez, P. (2021). Human–Robot Interaction and Sexbots: A Systematic Literature Review. *Sensors* 21, 216. <https://doi.org/10.3390/s21010216>
- Griffin G. S. (1980). Rape: The All-American Crime. *Issues in Feminism*. Houghton Mifflin.
- Hite, S. (1977). *El Informe Hite. Estudio de la sexualidad femenina*. Plaza y Janés.
- Jeffreys, S. (1999). *La herejía lesbiana*. Cátedra.
- Lewinsky, M. (2018). Emerging from the House of Gaslight in the age of # Me Too. <https://www.vanityfair.com/news/2018/02/monica-lewinsky-in-the-age-of-metoo>
- Márquez, R. y M. Jaenes (2021). *¿Cerró usted las piernas? Contra la cultura de la violación*. Penguin Random House.
- Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford University Press.
- Miller, C. (2020). *Know my Name. A memoir*. Penguin Random.
- Millett, K. (1969). *Sexual Politics*. Doubleday.
- Miyares, A. (2021). *Distopías patriarcales*. Cátedra.
- Núñez Puente, S. (2011). Feminist Ciberactivism: Violence against women, internet politics, and Spanish feminist praxis online Continuum. *Journal of Media & Cultural Studies*, 25, 3, 333-346.
- Ortega y Gasset, J. (1964). *Ideas y creencias*. Espasa Calpe.
- Puleo, A. (1992). *La Dialéctica de la sexualidad*. Cátedra.
- Puleo, A. (1995). Patriarcado. En C. Amorós (ed.), *10 palabras clave sobre Mujer* (21-54). Estela. Verbo Divino.
- Rabinowitz, N. S. (2011). Greek Tragedy: A Rape Culture? *EuGeStA*, 1, 1-20.
- Rousseau, J. J. (2011). *Emilio o de la educación*. Alianza Editorial.
- Ruiz, M. (2016). Pedofilia y derechos sexuales: el problema del estilo erótico de vida. En J. M. Valcuende del Rio et al. (eds.), *Sexualidades, represión, resistencias, cotidianidades* (53-78). Aconcagua.
- Sambade, I. (2017). La instrumentalización de la sexualidad. Masculinidad patriarcal, pornografía y prostitución. En L. Nuño y A. De Miguel (eds.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional* (169-180). Editorial Comares.
- Sambade, I. (2020). *Masculinidades, violencia e Igualdad. El (auto)control de los hombres como estrategia de poder social*. Ediciones Universidad de Valladolid, Colección Igualdad.
- Somanader, T. (2014). *President Obama Launches the “It's On Us” Campaign to End Sexual Assault on Campus*. <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2014/09/19/president-obama-launches-its-us-campaign-end-sexual-assault-campus>
- Springora, V. (2020). *El consentimiento*. Lumen.
- Stack, L. (2016). "In Stanford Rape Case, Brock Turner Blamed Drinking and Promiscuity. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2016/06/09/us/brock-turner-blamed-drinking-and-promiscuity-in-sexual-assault-at-stanford.html>
- Sykes, G. y Matza, D. (2004) Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia (1957), *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 20, 127-136.
- Valcárcel, A. (1991). *Sexo y Filosofía*. Anthropos.
- Vigarello, G. (1999). *Historia de la violación*. Cátedra.

Sobre el uso de imágenes fotográficas como prueba en casos de violencia sexual*

On the Use of Photographic Images as Evidence in Sexual Violence Cases

Pablo R. Bonorino
Universidade de Vigo
 ORCID ID 0000-0002-8016-4245
bonorino@uvigo.es

Cita recomendada:

Bonorino, P. R. (2023). Sobre el uso de imágenes fotográficas como prueba en casos de violencia sexual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 78-106.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7991>

Recibido / received: 06/06/2023
 Aceptado / accepted: 18/08/2023

Resumen

¿Es necesario incluir descripciones detalladas del contenido de las imágenes fotográficas utilizadas como prueba en casos de violencia sexual en las sentencias judiciales? En este artículo sostendremos (1) que las imágenes fotográficas se introducen en una argumentación probatoria a través de afirmaciones que describen su contenido y afirmaciones que lo interpretan, (2) que ambos tipos de afirmaciones son el producto de inferencias mentales (hipercodificadas e hipocodificadas) que pueden ser explicitadas verbalmente para someterlas a un control intersubjetivo, (3) que en los casos de violencia sexual los órganos decisores deberían argumentar de forma entimemática al justificar sus decisiones, incorporando solo las premisas más generales de sus inferencias hipocodificadas y evitando reproducir sus inferencias hipercodificadas. De esta manera podrían garantizar el derecho de defensa de los acusados y el derecho a la tutela judicial efectiva, sin vulnerar innecesariamente el derecho a la intimidad de las víctimas.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2019-105841RB-C22 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y del programa de ayudas estructurales para grupos de excelencia de la Xunta de Galicia (GPC-AGAF). Una versión preliminar fue presentada en las *Jornadas sobre sesgos, argumentación y decisión judicial*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo el 10 de noviembre de 2022, tal como aparece registrada en sus actas. Agradezco los aportes realizados durante las discusiones por Juan Antonio García Amado, Victoria Iturralde Sesma, María Concepción Gimeno Presa, Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, Sonia Esperanza Rodríguez Boente, Marta Fernández León, Xose Manuel Pacho Blanco, José Antonio Sendín Mateos y Andrea Fernández Beneitez. También quiero agradecer las evaluaciones anónimas que me han permitido mejorar este trabajo.

Palabras clave

Argumentación probatoria, imágenes fotográficas, percepción visual, inferencias semióticas, motivación de las sentencias judiciales, delitos contra la libertad sexual.

Abstract

Is it necessary to include detailed descriptions of the content of photographic images used as evidence in sexual violence cases in court rulings? In this article, we will argue (1) that photographic images are introduced into an evidentiary argument through statements describing their content and statements interpreting their content, (2) that both types of statements are the product of mental inferences (hypercoded and hypocoded) which can be made explicit verbally about subjecting them to intersubjective control, (3) that in cases of sexual violence, decision-makers should argue in an enthymematic way when justifying their decisions, incorporating only the most general premises of their hypocoded inferences and avoiding reproducing their hypercoded inferences. In this way, they could guarantee the accused's right to defence and effective judicial protection without unnecessarily infringing on the victims' right to privacy.

Keywords

Evidentiary argumentation, photographic images, visual perception, semiotic inferences, grounds for court rulings, crimes against sexual freedom.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Qué ves cuando me ves? 3. Describir e interpretar una imagen fotográfica. 4. Inferencias semióticas y argumentación. 5. El uso de imágenes fotográficas en las argumentaciones probatorias. 6. Conclusiones.

¿Qué ves?
¿Qué ves cuando me ves?
Cuando la mentira es la verdad.
Mollo-Arnedo-Gil Solá

1. Introducción

Un grupo recorre las calles de Pamplona al finalizar una noche de fiesta. Son cinco hombres y una mujer jóvenes. Ingresan todos juntos en el portal de un edificio de viviendas. ¿Qué ocurrió después? Esta fue la cuestión sobre la que giró la discusión en el llamado caso «La Manada». Los varones habían registrado las relaciones sexuales que mantuvieron secuencialmente con la joven con sus teléfonos móviles: siete vídeos cortos y dos fotografías. Las defensas sostuvieron que esas imágenes mostraban una relación sexual grupal consentida. La fiscalía, por su parte, consideró que en ellas se podía ver cómo los varones habían violado a la joven. En un primer fallo, dividido y polémico, uno de los magistrados vio en las filmaciones una serie de relaciones sexuales consentidas y absolvío a los acusados. Otros dos vieron en ellas varias relaciones sexuales no consentidas por la joven, por lo que condenaron a los acusados por abuso sexual. El escándalo estalló de inmediato. La calificación de las conductas acaparó la mayoría de las críticas¹. Pero también se cuestionó que la

¹ El voto absolutorio fue el más cuestionado. La calificación con la que se condenó por mayoría también fue objeto de críticas. Para muchos se trataba de un caso claro de violación y no de abuso sexual. La sentencia de alzada confirmó la calificación inicial (por no existir ni violencia ni intimidación). El Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación, calificó los hechos como violación y subió considerablemente las penas. La polémica dio lugar a la sanción de la llamada «ley del solo sí es sí»

sentencia introdujera una descripción detallada del contenido de los videos aportados como prueba. ¿Estaban justificadas esas críticas? En este artículo abordaremos esta cuestión, pero nuestro interés trasciende el análisis y la valoración de la sentencia. Creemos que para tomar posición es necesario analizar –desde un punto de vista teórico– la función que cumplen las imágenes fotográficas en la argumentación probatoria. Nos centraremos en la forma en la que los contenidos de esas imágenes deberían ser introducidos en la motivación de una sentencia judicial en casos de violencia sexual. Examinaremos casos reales e hipotéticos en los que se utilizan imágenes fotográficas como prueba para mostrar que: (1) las imágenes fotográficas se introducen en una argumentación probatoria a través de dos tipos de afirmaciones: las que describen su contenido y las que lo interpretan, (2) que los dos tipos de afirmaciones son el producto de inferencias mentales (hipercodificadas e hipocodificadas respectivamente) que pueden ser explicitadas verbalmente para someterlas a un control intersubjetivo, (3) que en los casos de violencia sexual los órganos decisores deberían argumentar de forma entimemática al motivar sus sentencias, incorporando solo las premisas más generales de sus inferencias hipocodificadas y evitando reproducir sus inferencias hipercodificadas. De esta manera podrían maximizar la solidez de sus argumentaciones probatorias, minimizando su impacto sobre el derecho a la intimidad de las víctimas, el derecho de defensa de los acusados y el derecho a la tutela judicial efectiva.

2. ¿Qué ves cuando me ves?

Utilizaremos el término «imagen fotográfica» para aludir tanto a las fotografías como a los videos. Las imágenes fotográficas son creadas con dispositivos tecnológicos que emulan la percepción visual humana². Las imágenes pueden comunicar contenidos (información, emociones, experiencias, sensaciones) sin necesidad de que sean previamente traducidos al lenguaje natural. Pero cuando se las utiliza como pruebas en una argumentación se torna ineludible expresar verbalmente esos contenidos.

Tomemos como ejemplo el uso de imágenes fotográficas para video arbitraje en el fútbol (VAR). El árbitro puede tomar una decisión sobre acciones que no ha percibido visualmente en el campo mirando las imágenes fotográficas reproducidas en una pantalla. En ese caso solo debe mirar las imágenes y a continuación comunicar –mediante gestos– su decisión. Todo ocurre de manera inmediata: el árbitro percibe lo ocurrido minutos antes y toma la decisión aplicando las reglas del juego. Pero si al terminar el partido el reglamento le exigiera la redacción un informe escrito justificando su decisión, el árbitro debería traducir verbalmente en su escrito lo que vio en esas imágenes. Usaría las imágenes fotográficas como elementos de prueba –o evidencias– en su argumentación.

El término polisémico «prueba» se emplea para aludir al apoyo que reciben ciertos enunciados en una argumentación, pero también al apoyo que se le otorga a una afirmación mediante una argumentación. En este último de sus sentidos se refiere al acto de argumentar para demostrar la verdad de una aseveración (i.e. «Con las razones que expuso en su alegato el fiscal logró probar que el imputado era culpable»). Argumentar implica defender la veracidad de ciertas afirmaciones

que unificó todos esos delitos contra la libertad sexual en un tipo único denominado «agresión sexual». Los efectos indeseados no previstos que generó su aplicación hicieron necesaria su reforma. En este trabajo no ingresaremos en ninguna de estas discusiones, ni nos detendremos a examinar la fundamentación de esas sentencias.

² Los videos que incluyen sonido movilizan al mismo tiempo la percepción auditiva del observador. En este trabajo nos centraremos en la dimensión visual pero un análisis más detallado debería incorporar la manera en la que lo que se escucha en un vídeo influye en lo que podemos ver en él.

(conclusiones) mediante el respaldo de otras afirmaciones (premisas). Las argumentaciones consisten en conjuntos de argumentos estructurados en diferentes niveles. En un argumento, la conclusión es una función de verdad de sus premisas, que actúan como variables de la función. Las premisas cuya verdad depende de la verdad de otras premisas son sus variables dependientes. La verdad de las variables independientes, por el contrario, depende de elementos externos a la función. En una argumentación, esos «elementos externos» se denominan también «pruebas» (i.e. «El informe pericial prueba que la sustancia en poder del sujeto era cocaína»). Para distinguir este uso y evitar confusiones se suelen utilizar expresiones como «elemento de prueba» o «medio de prueba». En nuestro caso usaremos a partir de ahora la palabra «evidencia» para aludir a este segundo sentido de «prueba»³. Sin embargo, el término «evidencia» también es ambiguo, ya que se puede referir tanto a las premisas que describen un estado de cosas accesible sensorialmente para los receptores (premisa-evidencia), como a los propios estados de cosas (empíricos, discursivos o mixtos) que se presentan como soporte para la percepción y atribución de valor de verdad a las premisas-evidencias (objeto-evidencia).

Las imágenes fotográficas se pueden usar como objetos-evidencias y las afirmaciones sobre su contenido como premisas-evidencias en una argumentación. Las imágenes fotográficas son objetos externos al discurso argumentativo de los que depende la verdad de ciertas afirmaciones utilizadas como premisas⁴. Siguiendo con nuestro ejemplo deportivo, los videos que se repiten en distintas pantallas durante el encuentro de fútbol son los «objetos-evidencias» y las afirmaciones sobre su significado que se emplean en el informe final del árbitro para apoyar con argumentos su decisión son «premisas-evidencias». Estas premisas, a veces denominadas coloquialmente como «hechos» o «evidencias», son afirmaciones sobre las propiedades de los objetos a los que se refieren. Su veracidad depende, al igual que en todas las afirmaciones con contenido empírico, de que los objetos en cuestión realmente posean las propiedades atribuidas. En el caso de las premisas-evidencias, la determinación de su verdad requiere que el observador perciba directamente esos objetos.

Regresemos a nuestro estadio de fútbol. Pensemos en una situación hipotética en la que dos aficionados están mirando el partido desde lugares diferentes del estadio y el árbitro lo está haciendo desde su posición en el campo de juego. Cuando ocurre una jugada controvertida, cada uno de ellos, al percibirla desde diferentes perspectivas, cree que han acontecido sucesos diferentes. Sin embargo, al mostrar las repeticiones del VAR en las pantallas del estadio, los tres pueden compartir la misma perspectiva, lo que podría ayudar a resolver ciertas discrepancias sobre lo que realmente sucedió en el campo de juego. Por ejemplo, si el balón cruzó completamente la línea de meta o si golpeó la mano de un jugador. Sin embargo, esto no significa que se elimine cualquier posible desacuerdo sobre los hechos. Podría darse el caso de que ninguno de los tres estuviera de acuerdo en lo que han visto en

³ Uno de los informes anónimos nos sugirió utilizar «prueba» en lugar de «evidencia» por tratarse de un anglicismo no justificado con el que se suele aludir a lo que no requiere prueba. Consideramos que, a pesar de que en castellano existen ciertos usos del término «evidencia» que lo aproximan al sentido que tiene la expresión «evidente», en el texto haremos una clara diferenciación entre el adjetivo «evidente» –que utilizaremos para referirnos exclusivamente a ciertas afirmaciones cuya verdad se asume sin necesidad de prueba– y el sustantivo «evidencia». Ambos sentidos se encuentran recogidos por el *Diccionario de la Lengua Española* y tienen su origen en dos expresiones diferentes del latín (*evidētia* y *evīdens*) por lo que no se pueden considerar anglicismos. Pero hemos adoptado esta decisión terminológica porque facilita la construcción de las expresiones compuestas que proponemos en este mismo párrafo para dar cuenta de la ambigüedad de la palabra «evidencia». Sobre otros posibles significados de los términos «evidente» y «evidencia», véase Schauer (2022, p. 4).

⁴ Véase Fleming (1996). En contra véase Dove (2012) y Groarke (2013). Sobre este debate véase Bonorino (2023).

esas imágenes: si el jugador ha tocado la pelota con la mano de manera intencional, por ejemplo. Mirar las mismas imágenes desde una misma perspectiva no garantiza ver lo mismo en ellas.

Las imágenes fotográficas son un producto tecnológico que hace posible algo físicamente imposible para los seres humanos: observar desde una posición física idéntica eventos (hechos o acciones) ocurridos en el pasado que son por definición únicos e irrepetibles. Permiten compartir una misma perspectiva frente a acontecimientos pasados. Pero nuestro ejemplo ha mostrado que percibir visualmente la misma imagen fotográfica no es condición suficiente para que los sujetos vean lo mismo en ella ni para que compartan las mismas afirmaciones sobre lo ocurrido. ¿Cómo explicar este fenómeno?

Las imágenes fotográficas son creadas mediante dispositivos técnicos que adoptan frente a los eventos una perspectiva física definida por el operador del dispositivo y que son el resultado de una relación causal entre esos hechos y ciertos elementos del aparato. Los eventos causan una impronta física en el mecanismo que la convierte luego en la imagen-objeto (fotografía o video). El dispositivo que las crea emula el aparato perceptivo humano y debe ocupar una posición espacial al momento de «mirar» los fenómenos a fotografiar⁵. La perspectiva física determina los estímulos sensoriales que llegan a los sentidos del observador, pero los mismos estímulos pueden generar diferentes juicios perceptivos en individuos con capacidades sensibles similares. Esos juicios dependen de ciertas creencias del observador que filtran y dan sentido a sus experiencias sensoriales. Ese marco cognitivo interno constituye la perspectiva cognitiva del observador. Aunque la perspectiva física está presente en cualquier acto de mirar una imagen, es la perspectiva cognitiva la que resulta fundamental para comprender lo que los individuos realmente ven en ella. Mientras «mirar» involucra una acción física, «ver» se refiere al resultado cognitivo en el sujeto.

Puede ocurrir que todas las personas que miraran las imágenes del VAR vieran en ellas que el balón entró en contacto con la mano de un jugador, pero que al mismo tiempo unos vieran un acto intencional de tocar el balón con la mano y otros un mero accidente. Para comprender lo que ocurre en estos casos puede resultar útil introducir una distinción conceptual entre dos tipos de afirmaciones cuya verdad depende de lo que se ha visto al mirar una imagen. Las que «describen la imagen» y las que «describen el significado que se atribuye a la imagen»⁶. En nuestro ejemplo los sujetos están de acuerdo al describir ciertos contenidos de la imagen, pero disienten sobre el sentido que cabe darles. Este desacuerdo sobre la verdad de las afirmaciones que describen el significado de los eventos representados en la imagen surge porque cada uno de los observadores miran las imágenes desde perspectivas cognitivas diferentes⁷. Se podría pensar que las imágenes fotográficas por sí solas permitirían dirimir desacuerdos sobre aquellos aspectos de su contenido que son producto de la perspectiva física y la impronta causal que los fenómenos dejan en ellas. Pero no los desacuerdos generados por la perspectiva cognitiva desde la que

⁵ La creación de imágenes fotográficas asume siempre la posición de un eventual sujeto-observador humano. No obstante, las nuevas tecnologías permiten crear imágenes fotográficas desde posiciones en el espacio que ningún ser humano podría ocupar (i.e. un rincón en lo alto de una habitación, una cavidad estrecha, o el interior de un cuerpo vivo). Los dispositivos técnicos permiten mirar los eventos desde perspectivas físicas inhumanas en sentido espacial, pero humanas en sentido perceptivo.

⁶ En sentido estricto ambos tipos de afirmaciones atribuyen significado a la imagen en tanto objeto de interpretación. Su diferencia radica en el grado de codificación y automatismo de la inferencia semiótica que realiza el observador en uno y otro caso. Ver *infra* sección 3.

⁷ La relación de esta «perspectiva cognitiva» con los sesgos en la argumentación y con la adopción de una «perspectiva de género» al valorar argumentaciones probatorias se puede ver en Bonorino (2022).

cada sujeto ha visto lo ocurrido a través del acto de mirar solidificado en ellas⁸. Sin embargo, esta explicación no resulta aceptable.

La distinción entre perspectiva física y cognitiva es teórica. En la práctica es muy difícil trazar límites claros entre ellas. Las imágenes fotográficas son capaces de transmitir por completo la perspectiva física, pero, al hacerlo, no pueden dejar de transmitir una parte importante de la perspectiva cognitiva de su creador. La manera en la que se fija la mirada del dispositivo para generar la imagen está condicionada por los aspectos de la realidad que el sujeto quiere mostrar en ella. Tomar una foto de un grupo de indigentes desde cierta distancia, con un fondo determinado, en primer plano o de manera que no se puedan percibir rasgos individuales en los sujetos, transmite tanto la perspectiva física como la perspectiva cognitiva de quien decide la ubicación de la cámara y sus ajustes. Esas decisiones dependen de la experiencia visual que pretende transmitir con la imagen fotográfica. Aspira a que cualquier otro sujeto que mire la foto en el futuro repita su acto no solo de mirar, sino de ver en ella ciertos hechos o acciones. Quien crea la imagen fotográfica lo hace con la finalidad de que en ella se puedan ver solo ciertos aspectos de la realidad. Todas sus decisiones dependen de los fines para los que está creando la imagen. La perspectiva física y la perspectiva cognitiva se entrelazan e influyen mutuamente.

¿Cómo explicar entonces lo que ha ocurrido en nuestra disputa imaginaria en torno a las imágenes del VAR? Los sujetos miran las mismas imágenes fotográficas, ven en ellas lo mismo, pero al mismo tiempo están en desacuerdo sobre lo que ven en ellas. En sus argumentaciones se valen de los mismos objetos-evidencias, pero defienden la verdad de premisas-evidencias incompatibles. Describen el contenido de la imagen de la misma manera, pero atribuyen distintos significados a ese contenido. Esto es lo que ocurre en los procesos judiciales cuando las partes valoran las imágenes fotográficas aportadas como evidencias de forma diferente en sus argumentaciones probatorias. Las imágenes fotográficas son entidades creadas con la finalidad de transmitir ciertos significados mediante un acto de percepción visual. Para comprender mejor como se las puede (o debe) utilizar como evidencias en una argumentación probatoria debemos ser capaces de entender y evaluar el proceso y el producto de esos actos individuales de percepción visual.

3. Describir e interpretar una imagen fotográfica

Las imágenes fotográficas no hablan por sí solas. Deben ser acompañadas por textos que dirijan la mirada del observador y guíen su labor de interpretación, ofreciendo información relevante sobre el contexto en el que fueron creadas y lo que se pretende mostrar con ellas⁹. Es necesario ubicar temporal y espacialmente su acto de creación para poder identificar los eventos del pasado que las causaron. «El supuesto que subyace a todos los usos de la fotografía, según el cual cada fotografía es un trozo del mundo, significa que no sabemos cómo reaccionar ante ella... Hasta que sabemos de qué fragmento del mundo se trata» (Sontag, 2005, p. 135). El contexto (lingüístico y material) en el que se originó la imagen fotográfica limita la libertad del observador, pero no determina lo que puede ver en ella. Quien la crea establece un límite físico a todo acto futuro de mirar ciertos retazos del pasado, ya que tiene el poder de fijar la única perspectiva física desde la que se podrá llevar a cabo. Pero al poner la imagen fotográfica a disposición de otros su creador pierde el control sobre los futuros actos

⁸ Tampoco podrían eliminar los desacuerdos generados por la falta de nitidez, el tipo de plano o la incidencia de la luz, por ejemplo, elementos constitutivos de esas imágenes-objeto que condicionan su interpretación. Sobre el uso de imágenes borrosas como evidencias, véase Mnookin (2014).

⁹ «Lo que exigen los moralistas a una fotografía es algo que ninguna puede hacer jamás: hablar. La voz ausente es el pie, y se espera que diga la verdad. Pero aun un pie absolutamente preciso es sólo una interpretación, necesariamente limitada, de la fotografía que acompaña» (Sontag, 2005, p. 156).

de mirar y de ver a través de ella lo que ha ocurrido en el mundo. Es incapaz de determinar incluso sus propios actos futuros de mirar y de ver esa imagen. En la película *Blow-Up*¹⁰ el protagonista toma una fotografía en un parque y luego, al mirarla en su estudio, es capaz de ver en ella cosas que no percibió al tomarla ni fue su intención captar –porque no sabía que estaban allí–. La perspectiva física desde la que fotografió a una pareja hizo que la cámara reflejara también la presencia de un cuerpo muerto entre la vegetación. Cuando vuelve a mirar la imagen ampliada en su estudio, prestando atención a otros aspectos de su contenido, es cuando puede ver el cuerpo que no había percibido cuando fijó los parámetros del dispositivo para tomar la fotografía.

Berger (1992) sostiene que las fotografías solo pueden comunicar la apariencia de ciertos eventos del pasado, nunca su significado. Podemos explicar el contenido de las imágenes si nos limitamos a dar cuenta de ese conjunto de apariencias, pero para poder atribuirles sentido se las debe comprender¹¹. El uso de las imágenes fotográficas como evidencias en una argumentación requiere llevar a cabo simultáneamente los dos tipos de actividades epistémicas: explicar su contenido (mediante afirmaciones que «describen el contenido de la imagen») y comprender su significado (con afirmaciones que «describen el significado que se atribuye a la imagen¹²»). El acto de mirar una imagen fotográfica es selectivo, se detiene en ciertos aspectos, omite otros, vuelve a fijar la atención en ciertos detalles; todo ello guiado por la finalidad que persigue el observador. Solo interpretando esos rasgos selectos es capaz ver algo en ellas al mirarlas. Hay muchas maneras de hacer hablar a las imágenes fotográficas y todas dependen de lo que busque el observador en ellas¹³. Quien las utiliza como evidencias en una argumentación busca apoyo para la verdad de ciertas afirmaciones sobre hechos y acciones ocurridos en el pasado. Para ello debe ofrecer la información necesaria para que los demás puedan comprenderlas de la misma manera.

Utilicemos estas categorías para analizar un caso real ocurrido en los EEUU. Una joven *stripper* denunció haber sufrido una agresión sexual e indicó que existían filmaciones realizadas por los propios perpetradores. La policía los detuvo inmediatamente e incautaron las imágenes fotográficas. Pero la fiscalía al mirarlas decidió dejar en libertad a los acusados y procesar a la denunciante por falso testimonio. Vieron en las imágenes actos sexuales consentidos. Durante el proceso posterior otras voces intervinieron, aportando información que hizo posible mirar las imágenes desde otra perspectiva cognitiva, lo que permitía ver en ellas el acto de agresión sexual que la joven había denunciado. La resolución del caso fue más conflictiva aún que la del caso «La Manada». Se retiraron los cargos de falsa denuncia, pero no se procesó a los acusados por la comisión de delitos sexuales. En la misma imagen fotográfica unos sujetos vieron sexo consentido y otros vieron sexo forzado, la misma mirada (fijada por el dispositivo que grabó la película) permitió ver dos actos diferentes en el pasado.

¹⁰ Antonioni, Michelangelo. (1966). *Blow-Up* [a.k.a. *Deseo de una mañana de verano*].

¹¹ «The camera saves a set of appearances [...] It holds them unchanging [...] Yet, unlike memory, photographs do not in themselves preserve meaning. [...] Meaning is the result of understanding functions. And functioning takes place in time, and must be explained in time. [...] Photographs preserve instant appearances» (Berger, 1992, p. 55).

¹² Ver *supra* nota 7.

¹³ «Cada fotografía es un mero fragmento, su peso moral y emocional depende de dónde se inserta. Una fotografía cambia según el contexto donde se ve... Cada una de estas situaciones propone un uso diferente para las fotografías, pero ninguna de ellas puede asegurar su significado. Con cada fotografía ocurre lo que Wittgenstein argumentaba sobre las palabras: su significado es el uso ...» (Sontag, 2005, pp. 152-53).

Hemos elegido este caso porque es uno de los pocos ejemplos en los que tenemos acceso a las imágenes usadas como evidencia en la causa, ya que fueron incorporadas en un documental que se rodó años después para denunciar lo ocurrido¹⁴. Cuando se mira el documental –y en él las imágenes utilizadas en la causa penal–, se pueden ver en ellas actos diferentes según se va incorporando nueva información a la perspectiva cognitiva del espectador, principalmente a través del testimonio de los protagonistas y de algunos expertos. Oír a la víctima narrar lo que sentía o pensaba en ciertos pasajes. Ver las imágenes grabadas previamente por uno de los supuestos perpetradores expresando sus expectativas para la noche de fiesta. El testimonio de los abogados de los acusados. La declaración de un experto en violencia sexual que da relevancia a ciertos elementos presentes en la filmación que de otra manera podrían pasar desapercibidos por falta de conocimiento técnico. Todo esto influye en la interpretación del contenido de las imágenes. El documental muestra como las mismas imágenes de video se pueden utilizar como evidencias-objetos para apoyar afirmaciones incompatibles en un intercambio argumentativo (evidencias-premisas). Estos desacuerdos no son sobre las improntas que los acontecimientos pasados dejaron físicamente en el dispositivo mecánico y que se perciben al mirar las imágenes fotográficas, sino sobre la manera de interpretar su contenido.

Es importante destacar la influencia que ejerce el primer nivel de asignación de significado a una imagen, aquellas afirmaciones que describen los aspectos de su contenido relevantes para el observador, en la manera en la que el argumentador la terminará comprendiendo. La finalidad con la que se observa una imagen influye en lo que se puede percibir en ella. Al describir una imagen, se enfatizan únicamente aquellos elementos que son relevantes para el propósito o la finalidad que se persigue al mirarla¹⁵. Es crucial comprender que una descripción verbal, por más detallada y minuciosa que sea, no puede capturar completamente todos los contenidos (proposicionales y actitudinales) que una imagen es capaz de transmitir. Esto se evidencia, por ejemplo, en la imposibilidad de imaginar cómo es exactamente un cuadro que no se ha visto previamente basándose únicamente en la descripción contenida en un libro de arte¹⁶.

Es necesario tener presente las imágenes (o al menos haber visto anteriormente imágenes del mismo tipo) para poder entender tanto las afirmaciones que describen su contenido como aquellas que les atribuyen significados más complejos. Las afirmaciones que describen el contenido de una imagen y aquellas que atribuyen significado a esos contenidos se influyen mutuamente. Pero si se usan imágenes fotográficas como evidencia resulta indispensable acompañarlas junto a la argumentación (oral o escrita), porque para determinar el valor de verdad de cualquiera de los dos tipos de premisas-evidencias es necesario poder observar directamente las imágenes. Sin embargo, en ninguno de los dos casos su verdad está determinada únicamente por las propiedades físicas del objeto-imagen, sino que también depende de la perspectiva cognitiva del observador, sus intereses y el uso que se pretenda dar a la imagen. Admitir esta dependencia no implica entender la

¹⁴ Corben (2001). *Raw Deal: A Question of Consent* [no exhibido en salas comerciales en España].

¹⁵ «If I say [some remark] of a picture [...]. What I am doing is not to inform, but to point to an aspect of its interest, as I see it. The act is one of demonstration... I direct attention to one element in the picture and... I propose a characterization of it» (Baxandall, 1987, p. 9).

¹⁶ «But what really is the description [of a picture] to be considered as representing? It would not enable us to reproduce the picture... we could not reconstruct the picture from his description» (Baxandall, 1987, p. 3). Se puede someter a verificación empírica esta afirmación utilizando las herramientas de inteligencia artificial capaces de crear imágenes a partir de una descripción del contenido deseado en lenguaje natural. Es importante destacar que ninguna descripción podrá garantizar la reproducción exacta de la imagen que se intentaba describir inicialmente. De hecho, el algoritmo generará diversas imágenes en función de las distintas descripciones que se introduzcan.

interpretación de imágenes como una operación lingüística cuyo objeto son las afirmaciones que previamente se hayan realizado describiendo su contenido¹⁷.

Pensemos en las imágenes fotográficas que registran los objetos hallados en una requisita policial. Aunque no reprodujéramos ninguna en este escrito, el lector podría apelar a sus recuerdos de imágenes similares vistas en periódicos o telediarios para comprender de lo que estamos hablando. En ellas aparecen distintos objetos minuciosamente ordenados sobre una superficie plana (por lo general una mesa), con un cartel que indica el cuerpo de policía que realizó el procedimiento. En un trabajo reciente, se afirma que además del contenido informativo que transmiten, esas imágenes pueden ser interpretadas como un signo ideológico cuya finalidad «es ratificar un mensaje de orden basado en el sentido inequívoco de la culpabilidad» (Balló, 2023, p. 23). Este tipo de «bodegones policiales» (por asociación con el género iconográfico barroco), «se presenta como una prueba irrefutable de que los propietarios de estos objetos son delincuentes de cualquier tipo de criminalidad [...]. Aunque, observados por separado y detenidamente, cada uno de esos objetos [...] pueda tener otro significado. Lo que aumenta su capacidad de culpabilización es la disposición en forma de naturaleza muerta, una imagen que se asocia en la esfera pública a la figuración de la delincuencia» (Balló, 2023, p. 19). Al ordenar los objetos de determinada manera, los investigadores policiales evocan las funciones iconográficas de esas naturalezas muertas barrocas, en particular sus tintes alegóricos. Si aceptamos los resultados de este análisis, nos encontraríamos frente a un escenario en el que la elección de la perspectiva física por parte del creador de una imagen fotográfica no solo restringe cualquier acto posterior de mirar al pasado a través de ella, sino que también influye en la perspectiva cognitiva del observador futuro al activar su memoria iconográfica al momento de atribuirle un significado.

Para apoyar su hipótesis el autor utiliza como evidencia diez imágenes de ese tipo. En cada caso el autor explica el contexto en el que fue creada la imagen, describe su contenido (resaltando los aspectos que considera relevantes) y luego procede a interpretar las imágenes a la luz de esas afirmaciones sobre sus contenidos. Si lo que hemos dicho hasta ahora es cierto, deberíamos verlo reflejado en cada uno de los casos que pone como ejemplo. Tomemos el primero, en el que el autor se vale de la fotografía de los objetos requisados en el mediático caso «Nadia Blanco». Lo primero que podemos corroborar es que cualquier análisis de una imagen en particular debe ponerla a disposición de sus potenciales receptores –tal como hace el autor en su texto–. Pero nosotros también debemos ponerla a disposición de los lectores de este artículo para que puedan comprender y valorar el uso que le damos a su análisis en este trabajo.

Finalidad del observador:

Utilizar la imagen como evidencia en apoyo de su hipótesis general sobre el sentido ideológico del género al que la ha adscrito: el «bodegón policial».

Contexto de creación:

«Este bodegón se creó tras la detención domiciliaria de Fernando Blanco y Margarita Garau acusados de estafa por no haber destinado el dinero

¹⁷ Uno de los informes anónimos nos hizo notar, acertadamente, que había pasajes de la primera versión de este trabajo que se podían entender de esa manera. Esperamos que en esta versión corregida se perciba mejor nuestra posición: los dos tipos de afirmaciones interpretativas con las que se puede expresar lo que se ha visto al mirar una imagen se refieren a las imágenes-objeto y son el producto de inferencias semióticas del observador. Sobre la manera de distinguirlas y su impacto en la práctica judicial, ver *infra* sección 4.

recaudado en diversas colectas populares al tratamiento médico de su hija, Nadia. En el momento de la detención, existía un clamor general contra los autores de este engaño» (Balló, 2023, p. 23).

Finalidad atribuida al creador:

«[...] Este bodegón solo tiene un objetivo: crear el sentido de la culpa a través de mostrar indicadores del lujo y el derroche» (Balló, 2023, p. 23).

Reproducción de la imagen fotográfica:



Descripción del contenido:

«[...] Lo que se ve en la parte izquierda [...]: un ordenador de mesa, un portátil, un disco duro, tres tabletas y tres móviles [...]. En la parte central domina una pistola y las balas de fogueo... En la parte alta se despliega una colección de relojes, separados entre unos que no llevan título y otros donde se especifica en un rótulo policial que son de "alta gama". Unos billetes ordenados por colores, unas monedas apiladas, una pluma estilográfica y un bote de hierbas con una etiqueta de "marihuana" [...]» (Balló, 2023, pp. 23-24).

Descripción del significado atribuido a su contenido:

Lo que se ve en la parte izquierda no parece especialmente lujoso y se corresponde con objetos que es normal hallar en un piso donde viven tres personas. La pistola y las balas de fogueo puestas en el centro pretenden transmitir la idea de que la pareja es afín a la violencia (aunque no se los acusaba de ningún acto violento). «La impresión que quiere provocar esta imagen es que los padres de Nadia dedicaron todo el dinero que recaudaron a malgastar los recursos de los demás. Pero de todos los objetos expuestos, solo los relojes de "alta gama" podrían responder lejanamente a este principio. Todo lo demás es la suma de elementos heterogéneos que por sí solos no responden a la categoría "lujo", pero que dispuestos en bodegón componen una alegoría moderna de la avaricia.» (Balló, 2023, pp. 23-24).

Antes de valorar la forma en la que se justifica esta interpretación, necesitamos adentrarnos previamente en algunas cuestiones más generales relacionadas con el uso de las imágenes fotográficas como evidencias. Según Baxandall (1987), nuestras afirmaciones sobre una imagen no son representaciones de la imagen misma ni del

acto de observarla, sino la representación de nuestros pensamientos al mirarla¹⁸. Al percibir visualmente una imagen fotográfica se generan procesos mentales que dan lugar a la formación de creencias sobre su contenido y sobre los hechos y acciones pasadas que la imagen representa. Surgen varias preguntas sobre el tipo de creencias que se forman al observar una imagen fotográfica: ¿son solo imágenes mentales?, ¿pueden tener un contenido proposicional?, ¿son directamente causadas por el objeto que se observa, o son el resultado de un proceso inferencial? Además, cuando un individuo adopta ciertas creencias como resultado de ver una imagen fotográfica y utiliza el lenguaje para argumentar en su defensa, ¿es necesario expresar verbalmente el contenido de esas creencias, o es suficiente con mostrar la fotografía confiando en que los demás verán lo mismo? Estas preguntas son fundamentales para comprender el uso de las imágenes fotográficas como evidencias en la argumentación. Para responder a estos interrogantes, es necesario presuponer una concepción sobre cómo podemos conocer el mundo a través de los sentidos y, en particular, a través de la percepción visual de imágenes.

4. Inferencias semióticas y argumentación

Podemos simplificar el debate sobre la naturaleza de la percepción visual distinguiendo dos posiciones. La concepción empirista sostiene que los actos de percepción visual causan directamente creencias en el observador, dando lugar a experiencias perceptivas directas que no requieren el auxilio del lenguaje natural. La percepción se considera un proceso primordialmente sensorial, donde las sensaciones visuales inmediatas se transforman automáticamente en creencias sin que medien procesos cognitivos superiores. Esto implica que las experiencias perceptuales están ancladas en la esfera de lo subjetivo y personal, y resulta difícil comunicar plenamente el contenido de dichas experiencias a través del lenguaje verbal. Si se asume esta concepción, aquellos que utilizan una imagen fotográfica como evidencia se limitarían a describir verbalmente lo que percibieron al mirarlas. Para respaldar estas afirmaciones, solo podrían mostrar las imágenes fotográficas para permitir que los demás argumentadores realizaran su propio acto de percepción visual que les permitiera corroborarlas o rechazarlas (Dove, 2012).

La concepción inferencialista, por su parte, plantea que la percepción es un proceso inconsciente y mayormente inferencial, el cual genera una ilusión de inmediatez en el observador debido a su rapidez y automatismo. Esta sensación de inmediatez se presenta en cada acto de percepción sensorial. Para muchos, la capacidad de realizar inferencias de manera inconsciente a partir de estímulos sensoriales representa una ventaja evolutiva en los seres humanos. Por ejemplo, al escuchar un sonido y reconocer la presencia de un depredador, no se requiere tiempo alguno para reaccionar y ponerse a salvo de manera efectiva. No obstante, esto no implica que en situaciones diferentes y con más tiempo no sea posible explicitar esas inferencias implícitas y someterlas a una revisión crítica (Carruthers, 2017). Si se comprende la percepción visual desde esta concepción, el argumentador que se vale de una imagen fotográfica como evidencia no sólo debería introducir verbalmente el contenido proposicional que le atribuye, sino que, para poder justificar esas afirmaciones, debería explicitar verbalmente el contenido de las creencias que conforman su perspectiva cognitiva y los procesos inferenciales tácitos que le permitieron ver eso al mirar las fotografías.

En este trabajo adoptaremos la concepción inferencialista, ya que consideramos que se ajusta de manera más precisa a la naturaleza significativa de

¹⁸ «We explain the picture as pointed up by a selective verbal description which is primarily a representation of our thoughts about it» (Baxandall, 1987, p. 10).

las imágenes como objetos de observación. Esta posición nos permitirá comprender que las imágenes fotográficas no solo son capturas estáticas de la realidad, sino que encierran múltiples capas de significado que se despliegan a través de distintos tipos de procesos inferenciales interrelacionados. Al reconocer que la interpretación de una imagen implica la construcción de significados a partir de los estímulos visuales, nos adentramos en un enfoque que reconoce la influencia de la experiencia, los conocimientos previos y las inferencias en la comprensión del sentido de las imágenes. Lo que hemos llamado la perspectiva cognitiva desde la que se las mira. Al asumir esta postura, podremos explorar de manera más profunda cómo se usan las imágenes como evidencia en la argumentación, y si ese uso requiere explicitar verbalmente todo el contenido de esas inferencias semióticas tácitas¹⁹.

Las imágenes fotográficas son objetos cuyo significado es capaz de generar en el observador creencias sobre estados de cosas ocurridos en el pasado. En semiótica se denomina «signo» a todo objeto al que se le puede atribuir un significado. Eco (1991) sostiene que el significado que se atribuye al signo es el resultado de una inferencia semiótica que conecta la entidad significativa (significante) con su significado (representamen) desde una posición en particular (interpretante). Esa inferencia depende del código que emplee el interpretante. Un mismo objeto (significante), por ejemplo, una huella en la nieve, puede tener distintos significados según el código que emplee el interpretante para llevar a cabo esas inferencias semióticas. Puede significar que allí se ha apoyado un objeto de cierta forma y de cierto peso, que ha pasado un tipo específico de animal, o que no ha nevado desde la noche anterior. La misma entidad significante puede significar cosas diferentes según el código empleado en la inferencia semiótica de la que depende su significado. El grado de justificación que esa inferencia puede aportar dependerá de la fuerza que le atribuya a la relación entre significante y significado el código utilizado por el interpretante.

Se pueden distinguir dos tipos de reglas en ese código: reglas hipercodificadas y reglas hipocodificadas. Las primeras establecen una correlación entre una clase de eventos y la clase de sus causas posibles, por ejemplo, la marca de un casco sobre la tierra que se enlaza con el paso de un caballo o la caída de una rama que significa que alguna fuerza exterior ha actuado sobre ella. Mediante este tipo de reglas podemos atribuir a la presencia de humo el significado de que algo se está prendiendo fuego. Las reglas hipocodificadas, por el contrario, admiten más de una correlación posible entre el significante y su significado. Siguiendo con el ejemplo de la huella del casco sobre la tierra, esta puede significar que por allí ha pasado el caballo Anselmo o la yegua Libertad, a partir del conocimiento previo de que son los dos únicos caballos que pastan en ese predio. Si el interpretante estuviera en posesión de un conocimiento preciso sobre ciertas particularidades de los cascos de cada uno de los animales, podría inferir de manera hipercodificada cuál de los dos caballos ha pasado por allí. Estas reglas forman parte de lo hemos denominado la perspectiva cognitiva desde la que se lleva a cabo un acto de percepción visual.

Las imágenes fotográficas pueden tener distintos significados según las inferencias semióticas que realice quien las interpreta. Lo que la gente ve al mirar una fotografía depende de las reglas utilizadas en las inferencias semióticas mediante las que le atribuyen significado. Este proceso inferencial puede pasar desapercibido cuando el sujeto se vale de ciertas reglas hipercodificadas. Que en una imagen fotográfica se pueda ver que a dos sujetos realizando un acto sexual en particular (un coito, una felación o una masturbación) es el producto de una inferencia semiótica hipercodificada. El resultado de este tipo de inferencias es lo que Berger denomina

¹⁹ Sobre las razones para esta elección véase Bonorino (2023, p. 62).

«describir el contenido de la imagen». Pero que en esa misma imagen se pueda ver que una de las personas está realizando el acto sexual porque se siente intimidada por la otra es el producto de una inferencia semiótica hipocodificada. Esto explica la existencia de una cantidad mayor de desacuerdos sobre la «descripción de lo que se vio al mirar la imagen» –en términos de Berger–. Lo más importante de este análisis no es que todo lo que se ve en una imagen es el producto de una inferencia (aunque no sea consciente), sino que cuando se debe decidir entre significados incompatibles atribuidos a las mismas imágenes lo que se debe hacer es valorar la solidez de esas inferencias semióticas. Cuando un tercero es el que debe decidir una disputa de ese tipo, esa valoración exige el esfuerzo previo de explicitar las premisas relevantes utilizadas en esas inferencias semióticas. Cuando se utiliza una imagen fotográfica como evidencia-objeto se deben expresar verbalmente las razones para aceptar la verdad de las evidencias-premisas que se pretenden apoyar con ella.

El término «argumentación» posee una ambigüedad proceso-producto. Se utiliza en ocasiones para aludir al proceso inferencial que realiza un sujeto para generar una creencia novedosa a partir de otras creencias que ya poseía. Pero también sirve para referirse al acto de comunicar a otros el resultado de esa actividad, ofreciendo una justificación capaz de generar en otros las mismas creencias. Las inferencias semióticas más o menos automatizadas se producen en la esfera mental cada vez que un sujeto ve algo al mirar una imagen. Cuando el observador pretende que otros vean lo mismo al mirar la imagen debe explicitar esas inferencias utilizando el lenguaje natural para influir en ellos. En la sentencia judicial el órgano decisor debe justificar las afirmaciones (evidencias-premisas) cuya verdad depende del contenido significativo atribuido a una imagen (evidencia-objeto). Las inferencias semióticas que realizó de manera inconsciente al mirarlas –y que le permitieron ver algo en ellas– deben ser explicitadas como parte de la argumentación probatoria en su sentencia.

La ambigüedad se manifiesta en casos como los de Sherlock Holmes y Ulises, quienes llegan a la misma conclusión mediante un razonamiento indiciario similar. En el canto XVI de la *Odisea*, Ulises escucha pasos aproximándose a la fogata donde está con el porquero Eumeo, pero se percata de que los perros del porquero no ladran y mueven la cola. A partir de esta observación, infiere que la persona que se acerca es uno de los hombres del anciano o alguien conocido (una inferencia acertada, ya que poco después llega su hijo Telémaco, quien no lo reconoce debido a que Ulises aún mantiene su disfraz de mendigo). El proceso descrito ocurre exclusivamente en la mente de Ulises, quien, en ese momento, guarda silencio. Es el narrador omnisciente quien nos da acceso a esa información. Por otro lado, en el relato *Estrella de Plata*, Sherlock Holmes interroga al cuidador de la caballeriza donde se robó un caballo famoso. El cuidador menciona que había un perro guardián que no ladró en toda la noche. Holmes también asume la ausencia de ladridos del perro como un signo. Su inferencia semiótica concluye con la afirmación de que el ladrón es alguien conocido de la familia. Sin embargo, en este caso, Holmes expresa verbalmente su razonamiento como un argumento para convencer a quienes lo escuchan de la veracidad de su conclusión. Al hacerlo solo describe el contenido del significante como si fuera la única premisa relevante. Pero tanto los destinatarios de su argumentación como el propio Holmes podrían reconstruir y evaluar el argumento completo, introduciendo para ello las premisas tácitas.

En este tipo de argumentos incompletos (o entimemas) lo que se suele dejar sin expresar es la regla (hipercodificada o hipocodificada) que se empleó en el plano mental, porque el automatismo presente en todo acto de percepción tiende a invisibilizarla. Pero una vez que se produce el acto de habla argumentativo, tanto el argumentador como aquellos a quienes pretende convencer, están en condiciones de

identificarlas, explicitarlas y evaluarlas como al resto de las premisas²⁰. En los ejemplos precedentes los dos personajes emplean la misma regla hipocodificada para atribuir significado al comportamiento del perro cuando se le aproxima un ser humano: «los perros no ladran a quienes conocen», o, dicho de otra manera, «si un perro no ladra cuando un sujeto se le aproxima entonces quien se acerca es alguien conocido». Estas premisas tácitas pueden, en ocasiones, ser afirmaciones en la que los sesgos cognitivos o las creencias ideológicas del argumentador (ambos elementos inconscientes en la esfera mental) pueden ser visibilizados y sometidos a escrutinio racional²¹.

Retomemos el análisis de la manera en la que se justificó la interpretación del bodegón policial en el caso «Nadia Blanco». La descripción del contenido está guiada por la finalidad que persigue el observador, que en este caso es poner de manifiesto que la imagen fotográfica transmite ciertas afirmaciones ideológicas de manera encubierta –lo que le permite defender su hipótesis más general en el trabajo–. La interpretación teniendo en cuenta esos contenidos es que la imagen evoca la iconografía barroca –una alegoría del lujo y la avaricia– para resaltar la culpabilidad de los padres de la niña, que se dedicaron a gastar en bienes lujosos el dinero que recolectaron para el tratamiento médico de su hija. ¿Cómo argumenta en defensa de esa interpretación?

Argumento contenido en el texto

- PD1: La fotografía muestra a la izquierda un ordenador de mesa, un portátil, un disco duro, tres tabletas, tres móviles.
- PD2: La fotografía muestra en el centro una pistola con sus balas de fogueo.
- PD3: La fotografía muestra en la parte alta una colección de relojes, separados entre unos que no llevan título y otros con un rótulo que dice «relojes/alta gama».
- PD4: La fotografía muestra a la derecha unos billetes ordenados por colores, unas monedas apiladas, una pluma estilográfica y un bote de hierbas con una etiqueta de «marihuana».
- PI1: La fotografía muestra un conjunto de objetos heterogéneos que no responden a la categoría «lujo»²².
- PI2: La fotografía muestra solo unos cuantos relojes que podrían responder a la categoría «lujo».
- PI3: La disposición espacial de los objetos en la fotografía crea una alegoría moderna de la avaricia²³.
- C [I]: En la fotografía se puede ver que los propietarios de esos objetos (los padres de la niña Nadia Blanco) son culpables de malgastar en bienes de consumo lujosos el dinero que recolectaron para el tratamiento médico de su hija.

²⁰ Sobre los criterios para identificar las premisas tácitas de un entimema probatorio, véase Bonorino (2015).

²¹ Los sesgos cognitivos pueden tener un impacto significativo en lo que un individuo percibe en una imagen, incluso sin ser consciente de su influencia. Dado que estos sesgos residen en la esfera mental del sujeto, resulta difícil contrarrestar su efecto, a menos que se vea obligado a explicitarlos, como ocurre cuando se le solicita justificar sus creencias. Véase Fernández Rodicio (2021).

²² La argumentación presupone ciertas definiciones para los términos teóricos como «lujo», «avaricia» y «alegoría». Esas definiciones podrían considerarse como premisas tácitas solo si las premisas PI1-3 fueran respaldadas con otros argumentos en el texto, en lugar de ser asumidas como verdaderas sin una justificación explícita, como ocurre en este caso.

²³ La premisa PI3 es una instancia de aplicación de la hipótesis general del autor, en la que se establece una subsunción genérica entre el predicado «bodegón policial» y el predicado «bodegones barrocos con contenido alegórico».

Esta reconstrucción pone de manifiesto la naturaleza entimemática del argumento. A partir de las premisas contenidas en el texto no se puede derivar el contenido de la conclusión. El concepto que aparece sorpresivamente en ella es el de «culpables de malgastar en bienes lujosos el dinero recolectado para el tratamiento médico de su hija»²⁴. Para identificar las premisas con las que se podría cubrir este hueco deberíamos explorar las inferencias semióticas que son el correlato de esa argumentación.

Inferencia semiótica subyacente

- PD1-4: La fotografía muestra a la izquierda un ordenador de mesa, un portátil, un disco duro, tres tabletas, tres móviles. En el centro una pistola con sus balas de fogueo. En la parte alta una colección de relojes, separados entre unos que no llevan título y otros con un rótulo que dice «relojes/alta gama». A la derecha unos billetes ordenados por colores, unas monedas apiladas, una pluma estilográfica y un bote de hierbas con una etiqueta de «marihuana».
- PI1: La mayoría de los objetos heterogéneos de uso ordinario mostrados en la fotografía no son lujosos.
- PI2: Los relojes de alta gama mostrados en la fotografía son lujosos.
- PI3: La disposición espacial de los objetos en la fotografía crea una alegoría moderna de la avaricia²⁵.
- RH1: Toda fotografía de objetos materiales requisados en un procedimiento policial dispuestos espacialmente en un cierto orden simboliza ideas, conceptos o mensajes abstractos.
- RH2: Si en una fotografía de objetos materiales requisados en un procedimiento policial se ordenan unos objetos de uso ordinario no lujosos junto a otros pocos objetos lujosos entonces se pretende simbolizar la avaricia de sus propietarios²⁶.
- RH3: Si los propietarios de ciertos objetos son avaros entonces son culpables de malgastar el dinero que cuestan los objetos que poseen.
- C [I]: En la fotografía se puede ver que los propietarios de esos objetos (los padres de la niña Nadia Blanco) son culpables de malgastar en bienes de consumo lujosos el dinero que recolectaron para el tratamiento médico de su hija.

La justificación de lo que se ha visto en la imagen fotográfica (con la que se aspira a que los demás vean lo mismo en ella al mirarla) es un entimema en el que se expresan todas las premisas que describen el contenido atribuido a la imagen –y algunas de sus interpretaciones–, las que se pueden entender como el producto de inferencias semióticas hipercodificadas. Las premisas tácitas son las reglas hipocodificadas presupuestadas por el observador en la inferencia semiótica que le permitió ver algo al mirar la imagen fotográfica. Si estuviéramos interesados en evaluar la solidez del argumento utilizaríamos esta reconstrucción para someter a escrutinio la plausibilidad de esas reglas²⁷. Pero el problema que tenemos entre manos en este artículo es

²⁴ Sobre la manera de identificar entimemas en textos argumentativos, véase Bonorino (2015).

²⁵ Se entiende por «alegoría» la figura retórica que utiliza elementos materiales para simbolizar ideas, conceptos o mensajes abstractos.

²⁶ Parece suponer una definición lexicográfica de «avaricia» como todo comportamiento caracterizado por un afán desmedido de acumular bienes materiales (en ocasiones lujosos), sin que importen (por lo general) los medios utilizados o las consecuencias que pueda tener para uno mismo o para los demás.

²⁷ Las tres reglas hipocodificadas implícitas podrían ser cuestionadas. RH1, por ejemplo, refleja la hipótesis general del autor: los «bodegones policiales» transmiten un contenido moralizante porque evocan la iconografía de las naturalezas muertas del barroco. Pero no todos los bodegones barrocos se pueden considerar alegóricos. Las naturalezas muertas de ese período en ocasiones representan de

diferente, porque no tiene que ver con lo que el argumentador ha callado, sino con aquello que ha dicho al argumentar.

En todos los textos argumentativos tomados como ejemplos la descripción del contenido del acto de percepción está presente, lo que se debe incorporar verbalmente durante la reconstrucción de sus argumentos sería la regla tácita empleada para inferir, a partir de esas afirmaciones, la verdad de la conclusión. Trasladados a un ejemplo judicial en casos de violencia sexual, lo que estaría siempre presente –si se argumentara de manera entimemática–, serían las descripciones del contenido de los videos y fotografías aportados como pruebas, y lo que se dejaría tácito y debería ser reconstruido son las reglas utilizadas en la inferencia semiótica de la que dependen. ¿Estamos ante un rasgo necesario de la argumentación probatoria cuando se utilizan imágenes fotográficas como evidencias o se trata de una propiedad habitual, pero contingente? Solo en este último caso podríamos aceptar que las críticas a sentencias como las de «La Manada» están fundadas, porque el argumentador –al justificar lo que vio al mirar la imagen– podría dejar de explicitar aquellas premisas que describieran los comportamientos sexuales de quienes aparecen en ellas, sin alterar con ello la solidez de su argumentación ni impedir que otros puedan evaluarla de manera independiente.

5. El uso de imágenes fotográficas en las argumentaciones probatorias

Buscamos un ejemplo adecuado para aplicar el análisis previo y encontrar respaldo para nuestra posición. Sin embargo, resulta inviable utilizar un caso judicial real debido a la necesidad de proporcionar acceso a las imágenes fotográficas a los lectores. Para sortear este obstáculo, plantearemos un experimento mental basado en imágenes extraídas de una película de ficción clásica ampliamente reconocida y disponible de manera gratuita en diferentes sitios web. Utilizaremos estas imágenes para imaginar un debate entre individuos que discrepan sobre si constituyen evidencia suficiente para afirmar que en el pasado ocurrió un acto de violencia sexual.

El filme elegido es *Perros de paja*²⁸. La escena seleccionada es el acto sexual entre la esposa del protagonista y su anterior novio. Las imágenes corresponden a los segmentos comprendidos entre los minutos 56:08 (el hombre empuja a la mujer que cae de espaldas sobre el sofá) y 1:01 (el hombre y la mujer se besan uno junto al otro). El experimento mental requiere aislar solo los planos generales que muestran el acto sexual sobre el sofá (eliminando los insertos, primeros planos y efectos de montaje) cómo si hubiera sido captado por la cámara del ordenador de la mujer. Se busca construir un ejemplo de filmación susceptible de generar un debate razonable sobre su contenido, lo que se podría considerar un caso probatorio difícil²⁹. Para imaginar las argumentaciones utilizaremos como inspiración los análisis y discusiones que ha generado el filme, y esa escena en particular, pero sin reproducir ninguno de ellos³⁰.

Comencemos con la evidencia-objeto: una filmación con imágenes y sonido de los actos sobre los que gira la controversia jurídica en un proceso judicial por violación. Ha sido grabada en formato digital con la cámara de un ordenador de ciertas

manera realista y detallada objetos inanimados –como frutas, libros, alimentos o utensilios–, sin atribuirles un significado simbólico más profundo. Como dijo Freud: «A veces un cigarro es solo un cigarro».

²⁸ Peckinpah, Sam. (1971). *Straw Dogs* [a.k.a. *Perros de paja*].

²⁹ Si se ampliara la secuencia con las escenas previas de violencia física sobre la víctima, o las escenas posteriores en las que otro perpetrador la amenaza con un arma antes de penetrarla, no se podría plantear un desacuerdo interpretativo verosímil sobre el significado de las imágenes.

³⁰ Véase, Prince (2000); Bliss (ed.), 2012; Iniesta (2020).

características técnicas específicas (de las que dependen la calidad de la imagen, la profundidad de campo, la amplitud del plano, etc.), a cierta distancia y desde cierto ángulo. No ha sido manipulado ni adulterado. Todas estas afirmaciones relacionadas con el objeto-evidencia no tienen que ver con sus contenidos proposicionales, por ello no las incorporaremos en las argumentaciones. Esto no significa que en muchos casos no resulten decisivas para evaluar su solidez. Se trata de afirmaciones empíricas sobre objetos artificiales cuya verdad depende de ciertos conocimientos técnicos sobre los dispositivos con los que fueron creados. De ellas depende que el objeto-evidencia se admita como elemento de prueba y pueda ser valorado, pero no son determinantes en los desacuerdos sobre su interpretación.

Para simplificar el caso vamos a suponer que no existe desacuerdo entre los observadores A y B sobre la descripción del contenido de las imágenes, sino sobre lo que se puede ver en ellas asumiendo como verdadera esa descripción. Ambos coinciden en que el contenido de las imágenes relevante para el caso se puede describir con el siguiente conjunto de afirmaciones³¹:

- D1: En el video se puede ver que Z acostó a X por la fuerza sobre el sofá de su casa.
- D2: X repitió en varias ocasiones «No».
- D3: Z amenazó con golpear con la mano a X cuando intentó resistirse.
- D4: Z rompió la camiseta de X.
- D5: Z rompió las bragas de X.
- D6: Z penetró vaginalmente a X empleando su pene.
- D7: X volvió a decir que «No» en repetidas ocasiones.
- D8: Z continuó la penetración y realizó movimientos rítmicos sobre X.
- D9: X dirigió los movimientos de Z diciéndole «Calma» [«Easy»].
- D10: X realizó movimientos y sonidos asociados a la experiencia subjetiva de tener un orgasmo.
- D11: X y Z se besaron, se acariciaron y se abrazaron.

A pesar de describir el contenido de las imágenes de la misma manera, los observadores sostienen distintas posiciones sobre el significado de esos contenidos.

Posición de A

PI-A: En el video se puede ver que Z penetró vaginalmente a X con su pene sin su consentimiento.

Posición de B

PI-B: En el video se puede ver que Z penetró vaginalmente a X con su pene con su consentimiento.

Aplicaremos los resultados del análisis realizado en las secciones precedentes a este caso para explorar la manera en la que A y B podrían argumentar si tuvieran que justificar sus posiciones en un proceso judicial.

Todas las afirmaciones que describen el contenido de la filmación –que señalamos con la letra D– son compartidas porque son el producto de inferencias semióticas hipercodificadas. Estas inferencias se valen de un conjunto de reglas que forman parte del conjunto de creencias que determinan la perspectiva cognitiva desde las que llevan a cabo el acto de percepción visual. Podemos distinguir distintos grados

³¹ Utilizaremos las letras X para aludir al sujeto mujer y Z para el hombre. Todas las afirmaciones comienzan con la expresión: «En el video se puede ver que...» seguida de los distintos contenidos proposicionales (D). Para simplificar a partir de D2 solo transcribiremos estos últimos.

de codificación en esas reglas, lo que se traduce en una automatismo mayor o menor al aceptar el resultado de la inferencia tácita. Por ejemplo, «D4: Z rompió la camiseta de X» depende de una correlación causal entre ciertos movimientos corporales de las manos sobre la tela y la posterior fragmentación del objeto registrados por el dispositivo que creó la imagen. La acción de romper una prenda se puede comprender (en nuestra cultura) a partir de un conjunto de reglas hipercodificadas compartidas y cuando se lleva a cabo utilizando las manos su identificación genera muy pocos desacuerdos perceptivos. Distinto es el caso de la proposición «D3: Z amenazó con golpear con la mano a X cuando intentó resistirse». Las acciones de amenazar e intentar resistirse a una acción realizada por otro están culturalmente conectadas con una serie de comportamientos a partir de una serie de reglas altamente codificadas, pero no con la misma fuerza causal que en el ejemplo anterior. El margen de posibles desacuerdos sobre si ciertos movimientos corporales constituyen una amenaza o un intento de resistencia es mayor³². No obstante, existen un conjunto amplio de movimientos correlacionados con dichas acciones a partir de ciertas reglas compartidas (en el seno de una cultura) que permiten que al mirar esos movimientos en una imagen fotográfica distintos sujetos vean en ella lo mismo (de manera inmediata o automática). Estas reglas hipercodificadas compartidas de manera tácita por todos los miembros de una comunidad hacen posible la existencia del teatro y la creación de narraciones audiovisuales para la televisión o el cine. Debemos comprender lo que ocurre en el escenario o en la pantalla sin tener que detenernos a pensar en ello, como si la comprensión surgiera directamente del acto de percepción visual³³.

En el experimento mental, el desacuerdo sobre lo que ven en la imagen fotográfica se produce sobre las afirmaciones que son el producto de inferencias semióticas hipocodificadas. Ver en la filmación un coito consentido o una agresión sexual es el producto de una inferencia semiótica que utiliza como premisas las afirmaciones compartidas sobre el contenido de la imagen (D) pero que emplea códigos diferentes para darles significado. Los observadores se valen de un conjunto de reglas para correlacionar la descripción del contenido no disputado con otros significados, en cuya descripción se emplean por lo general términos no observables (como los que aluden a estados mentales: emociones, intenciones, fines, etc.). En nuestro ejemplo ver en las imágenes un acto sexual consentido (o forzado) depende de las reglas hipocodificadas que utilizan en sus inferencias semióticas tácitas. Podemos explicitar las reglas hipocodificadas (RH) utilizadas en las inferencias semióticas que apoyan la «descripción de lo que vieron al ver el contenido de la filmación» de la siguiente manera:

Inferencia semiótica observador A

- D: 7, 1, 4, 5, 6: En el video se muestra que X repitió en varias ocasiones la expresión «No» mientras Z la acostaba por la fuerza, le rompía la ropa y la penetraba vaginalmente con su pene.
- D: 3: En el video se muestra que Z amenazó con golpear a X cuando se resistía a las acciones anteriores.
- D: 9, 10: En el video se muestra que una vez consumada la penetración X dirige los movimientos de Z diciéndole «Calma», realiza

³² La distinción entre «reglas hipercodificadas» e «hipocodificadas» no es absoluta. Dentro del continuo de creencias del intérprete, nos encontramos con reglas que presentan un grado de codificación que permitiría clasificarlas de manera indistinta según el contexto de uso.

³³ De la misma manera se puede explicar la atribución en general de estados mentales a otros seres, lo que permitiría conectar estas reflexiones con los trabajos que analizan la prueba judicial de ese tipo de entidades. Véase, Paredes Castañón (2001); González Lagier (2003).

movimientos y sonidos asociados a la experiencia subjetiva de tener un orgasmo, y abraza y besa a Z.

RH1: Si una mujer dice que «No» antes de otra persona la penetra vaginalmente significa que no consiente la penetración.

RH2: Si una persona amenaza con golpear a otra para que deje de resistirse a su penetración vaginal significa que esta persona no consiente la penetración vaginal.

RH3: Una persona que está siendo penetrada vaginalmente sin su consentimiento puede realizar acciones que simulan su disfrute sexual si cree que de esa manera puede evitar que el agresor se comporte de forma más violenta produciéndole mayores daños físicos, lo que no implica que haya consentido los actos previos ni consienta los que se produzcan durante y después de dicha simulación.

C [PI-A]: En el video se puede ver que Z penetró vaginalmente a X con su pene sin su consentimiento.

Inferencia semiótica observador B

D: 7, 1, 4, 5, 6: En el video se muestra que X repitió en varias ocasiones la expresión «No» mientras Z la acostaba por la fuerza, le rompía la ropa y la penetraba vaginalmente con su pene.

D: 3: En el video se muestra que Z amenazó con golpear a X cuando se resistía a las acciones anteriores.

D: 9, 10: En el video se muestra que una vez consumada la penetración X dirige los movimientos de Z diciéndole «Calma», realiza movimientos y sonidos asociados a la experiencia subjetiva de tener un orgasmo, y abraza y besa a Z.

RH4: El acto sexual comienza con los actos preliminares y termina cuando una o todas las personas que participen llegan al orgasmo.

RH5: Si una persona participa activamente en cualquier etapa del acto sexual, llega al orgasmo al ser penetrada y al finalizar abraza y besa a la otra, significa que ha participado en él de forma consentida.

RH6: Es muy común que durante los actos preliminares de una relación sexual las mujeres digan que «No» y los hombres deban realizar acciones que simulan actos de agresión sexual, como romper sus ropas, amenazar con golpearlas si se resisten y penetrarlas en contra de su voluntad.

C [PI-B]: En el video se puede ver que Z penetró vaginalmente a X con su pene con su consentimiento.

Si este desacuerdo ocurriera entre las partes en un proceso judicial, y la única prueba fueran estas imágenes fotográficas, el órgano decisor debería asumir una posición sobre lo que se puede ver en ellas. Esta decisión exigiría evaluar la solidez de las argumentaciones con las que las partes hubieran justificado sus interpretaciones y asumir como propia alguna de las dos en la sentencia con la que se pusiera fin a esa etapa del procedimiento.

Para poder llevar a cabo esa valoración lo primero que se debe hacer es exigir a las partes que expliciten verbalmente las inferencias semióticas tácitas, incluyendo las premisas que describen el contenido de las imágenes y las reglas hipocodificadas que determinan el significado que les atribuyen. La solidez de esos argumentos depende de las relaciones lógicas entre variables dependientes y de la verdad de las variables independientes. En nuestro ejemplo las afirmaciones D son variables dependientes (su verdad depende de la solidez de ciertas inferencias semióticas

tácitas) pero en la práctica se las suele considerar variables independientes: se las asume como premisas evidentes –dado el carácter hipercodificado de las reglas que se emplean en esas inferencias–. Pero las premisas RH son legítimas variables independientes, su verdad no depende de las relaciones lógicas con otras premisas sino de estados de cosas externos al discurso argumentativo. En este caso tienen que ver con la perspectiva de género desde la que cada una de las partes lleva a cabo esas inferencias semióticas³⁴. Pero en este trabajo no nos proponemos abordar el problema relacionado con la valoración de este tipo de inferencias probatorias, sino con la forma en la que los órganos decisores deberían reflejar verbalmente esas valoraciones en sus sentencias³⁵.

Si pensamos en el caso «La Manada» con el que hemos abierto este trabajo, y recordamos las críticas que recibió la sentencia por traducir en palabras de forma detallada lo que los magistrados vieron al ver las filmaciones aportadas como evidencia, podríamos concluir que esos cuestionamientos carecían de fundamento. No solo es jurídicamente deseable que los decisores expliciten las afirmaciones que consideran probadas por las imágenes (como forma de garantizar el derecho a revisión de la decisión en instancias superiores) sino que es epistemológicamente imprescindible haber pasado por dicha etapa antes de valorar la imagen como evidencia. El fundamento que una imagen puede aportar en una argumentación jurídica es el resultado de lo que el argumentador que la emplea ha visto en ella. Los datos que la imagen pueda aportar como objeto físico funcionan como límite, pero no determinan lo que el argumentador ha visto en ella. Los órganos judiciales deben incluir esa información cuando motivan sus decisiones porque es la condición de posibilidad para que se pueda ejercer un control sobre su tarea. Es lo que permite detectar errores o descartar ciertos usos de la imagen en una argumentación probatoria. Si el sujeto ha visto un cuerpo en un sitio en el que, tomando en cuenta la fuente de luz y las leyes ópticas, es físicamente imposible que hubiera un cuerpo, por ejemplo, su propia descripción del contenido de la imagen permitiría rechazar como errónea su interpretación posterior. Un argumentador, y con mayor razón un decisor judicial argumentando para justificar el contenido de su acto de decisión, debería explicitar lingüísticamente que es lo que vio en la imagen y argumentar en su defensa. De esa manera, su interpretación podría ser valorada en una dimensión intersubjetiva, contrastándola con otras interpretaciones posibles. La descripción del contenido de la imagen es compatible con interpretaciones alternativas incompatibles entre sí. La imagen –en tanto objeto empírico– no determina cuál, de las varias interpretaciones que se podrían ofrecer, es la interpretación correcta. Su comparación se puede hacer examinando la solidez del correlato verbal de las respectivas inferencias semióticas que las sostienen, en otras palabras, determinando cuál de las dos ofrece una mejor comprensión del significado de la imagen. Siguiendo esta línea argumental, las críticas a las sentencias de «La Manada» por incorporar la descripción detallada del contenido de los videos y fotografías aportadas como prueba carecería de fundamento. El cuestionamiento no tendría en cuenta que esa traducción lingüística es indispensable para garantizar el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva, porque es la única forma en la que una argumentación que se vale de imágenes como evidencia pueda ser discutida –y eventualmente revisada en una instancia superior–. Incluso resultaría fundamental para poder examinar la perspectiva de género desde la que se valoraron las imágenes fotográficas como pruebas. La única forma de controlar intersubjetivamente el valor que cabe darle a una imagen en una

³⁴ Sobre la obligación de adoptar una perspectiva de género en la valoración de la prueba, véase Gimeno Presa (2020).

³⁵ Para un examen de esas cuestiones véase Bonorino (2022).

argumentación probatoria es a través de la revisión de todas las afirmaciones que describen lo que el argumentador ha visto al mirarlas.

Sin embargo, si argumentáramos de esta manera cometeríamos un error. Nuestra argumentación apoya razonablemente que se deberían decodificar las inferencias semióticas y también que se las debería expresar verbalmente en las sentencias judiciales. Para rechazar las críticas a las sentencias de «La Manada» se debería afirmar, además, que el control intersubjetivo de esas inferencias requeriría que se incorporasen todas sus premisas en la argumentación probatoria. Pero esta afirmación no se puede deducir sin más de lo dicho hasta el momento.

Consideramos que no es necesario verbalizar de manera exhaustiva el contenido de las inferencias semióticas para garantizar el control intersubjetivo de la valoración de una imagen fotográfica como evidencia en un proceso judicial. Trataremos de mostrar que la descripción del contenido de las imágenes fotográficas, el producto de las inferencias semióticas hipercodificadas del observador, puede ser eliminado de la justificación en la sentencia sin poner en riesgo la posibilidad de cuestionar esas inferencias o impedir su revisión en instancias superiores. En la argumentación solo bastaría con señalar su ubicación en los argumentos mediante indicadores (similares a los que se utilizan para remitir a ciertos textos normativos usando un número de artículo, por ejemplo). Pero las inferencias hipocodificadas que se apoyan en esas afirmaciones sí deberían expresarse y justificarse, porque son las creencias que forman parte de la perspectiva cognitiva del observador incorporadas como premisas en esos argumentos los que justifican lo que el sujeto vio al mirar las imágenes. Las premisas más generales de esas inferencias son explicitables y deben ser explicitadas en la sentencia cuando de ellas depende la verdad de afirmaciones sobre hechos ocurridos en el pasado relevantes para la decisión judicial.

Regresemos a nuestro experimento mental para ver si podemos encontrar en él razones para defender esta posición. Anteriormente hemos presentado las inferencias semióticas que respaldan las afirmaciones de A y B sobre lo que han visto al mirar las imágenes fotográficas. Esas inferencias contienen todas las premisas necesarias para evaluar la solidez de las argumentaciones. Pero en el experimento mental nos hemos movido hasta ahora en el terreno del proceso argumentativo, cuando el problema que pretendemos abordar se encuentra ubicado en la argumentación como producto, en la manera en la que se expresan lingüísticamente esas inferencias. Por lo tanto, deberemos llevar nuestro experimento un paso más allá, y especular sobre la manera en la que cada argumentador podría expresar esas inferencias (sin alterarlas sustancialmente).

La primera variante maximiza el número de afirmaciones utilizadas como premisas o conclusión en esas inferencias que se trasladan al lenguaje natural. Por ejemplo, el argumentador A podría expresarse (de forma oral o escrita) de la siguiente manera³⁶:

Texto argumentativo del Argumentador A (MAXI)

«El visionado de las imágenes recogidas en los archivos multimedia que obran en la causa, de una duración total aproximada de cuatro minutos, permite apreciar que el acusado Z penetró vaginalmente a X –utilizando para ello su pene– sin que mediara ningún tipo de consentimiento por parte de la víctima. En el video se muestra que X repitió en varias

³⁶ En lo que sigue nos valdremos únicamente de la posición de A para simplificar. Incorporar los posibles argumentos de B no generaría ninguna diferencia significativa en nuestro análisis. Distinto sería si nuestro interés fuera el de valorar la solidez de sus respectivas argumentaciones en el debate.

ocasiones la expresión “No” mientras Z la acostaba por la fuerza, le rompía la ropa y la penetraba vaginalmente con su pene. Si una mujer dice que “No” antes de otra persona la penetra vaginalmente significa que no consiente la penetración. También se puede ver en el video que Z amenazó con golpear a X cuando se resistía mientras llevaba a cabo la penetración. Si una persona amenaza con golpear a otra para que deje de resistirse a su penetración vaginal significa que esta persona no consiente la penetración vaginal. Por último, en las imágenes se percibe que una vez consumada la penetración X dirige los movimientos de Z diciéndole “Calma”, realiza movimientos y sonidos asociados a la experiencia subjetiva de tener un orgasmo, y abraza y besa a Z. Estos hechos no deben interpretarse como una manifestación de consentimiento por parte de la víctima. Una persona que está siendo penetrada vaginalmente sin su consentimiento puede realizar acciones que simulan su disfrute sexual si cree que de esa manera puede evitar que el agresor se comporte de forma más violenta produciéndole mayores daños físicos, lo que no implica que haya consentido los actos previos ni consienta los que se produzcan durante y después de dicha simulación. Por todo lo expuesto, queda suficientemente probado que las imágenes fotográficas aportadas como evidencia en esta causa permiten ver con claridad que el acto sexual entre Z y X allí registrado no fue consentido».

En el otro extremo, si aceptáramos la concepción sobre la percepción visual que entiende que en este tipo de actos el resultado cognitivo es causado directamente en la mente del observador a partir de sus experiencias sensitivas, el acto argumentativo debería reducirse considerablemente. Al negar la naturaleza inferencial de la percepción visual de las imágenes, nos encontraríamos con una variante en la que se minimizan las afirmaciones sobre el contenido de la imagen que es necesario aportar para justificar lo que se ha visto en ellas. El resultado podría ser el siguiente:

Texto argumentativo del Argumentador A (MIN)

«El visionado de las imágenes recogidas en los archivos multimedia que obran en la causa, de una duración total aproximada de cuatro minutos, permite apreciar con suficiente claridad que el acto sexual entre Z y X allí registrado no fue consentido».

Pero hemos mostrado en las secciones precedentes que existen buenas razones para rechazar esta forma de entender la percepción visual, al menos cuando se trata de la percepción de imágenes fotográficas utilizadas como evidencias en una argumentación. En la práctica, cuando se ofrecen argumentos probatorios en esos casos, los sujetos se mueven entre estos dos extremos. Adoptan formas entimemáticas en las que, por lo general, las premisas de las inferencias semióticas que se mantienen tácitas son las reglas que sostienen la interpretación. En nuestro caso hipotético, la primera variante entimemática capaz de maximizar la solidez de la argumentación minimizando el número de las premisas que se explicitan verbalmente (Maximin-1) sería la siguiente:

Texto argumentativo del Argumentador A (MAXIMIN-1)

«El visionado de las imágenes recogidas en los archivos multimedia que obran en la causa, de una duración total aproximada de cuatro minutos, permite apreciar que el acusado Z penetró vaginalmente a X –utilizando para ello su pene– sin que mediara ningún tipo de consentimiento por parte de la víctima. En el video se muestra que X repitió en varias ocasiones la expresión “No” mientras Z la acostaba por la fuerza, le

rompía la ropa y la penetraba vaginalmente con su pene. También se puede ver en el video que Z amenazó con golpear a X cuando se resistía mientras llevaba a cabo la penetración. Por último, en las imágenes se percibe que una vez consumada la penetración X dirige los movimientos de Z diciéndole “Calma”, realiza movimientos y sonidos asociados a la experiencia subjetiva de tener un orgasmo, y abraza y besa a Z. Ninguno de estos hechos puede interpretarse como una manifestación de consentimiento por parte de la víctima. Por lo tanto, queda suficientemente probado que las imágenes fotográficas aportadas como evidencia en esta causa permiten ver con claridad que el acto sexual entre Z y X allí registrado no fue consentido».

Esta manera de argumentar, mediante la formulación de argumentos incompletos o entimemas, permitiría que sus destinatarios identificaran e introdujeran las premisas que no fueron verbalizadas (en este caso las reglas hipocodificadas de la inferencia semiótica). Su ausencia en el texto no iría en desmedro de la solidez de la argumentación que en él se expresa, ni impediría al resto de argumentadores identificar e introducir esas premisas tácitas para poder evaluarla. Esta es la forma de presentar las argumentaciones en una sentencia judicial que ha generado la discusión que nos ha traído hasta aquí. ¿De qué vale restringir el visionado de las filmaciones para proteger la intimidad de quienes aparecen en ellas si luego se describe con sumo detalle su contenido en un documento destinado a hacerse público como es la sentencia que pone fin a un proceso judicial? En este punto la teoría sobre los entimemas nos puede servir de auxilio, porque para construirlos en nuestro caso no sería necesario que las premisas tácitas fueran las reglas. Se podrían construir entimemas en los que las premisas tácitas sean las descripciones del contenido específico del objeto a interpretar. En nuestro ejemplo, estaríamos ante una variante (Maximin-2) en la que las únicas premisas que se explicitarían serían las reglas hipocodificadas utilizadas en la inferencia semiótica.

Texto argumentativo del Argumentador A (MAXIMIN-2)

«El visionado de las imágenes recogidas en los archivos multimedia que obran en la causa, de una duración total aproximada de cuatro minutos, permite apreciar que el acusado Z penetró vaginalmente a X –utilizando para ello su pene– sin que mediara ningún tipo de consentimiento por parte de la víctima. Si una mujer dice que “No” antes de otra persona realice una serie de acciones –como las que se pueden apreciar del minuto xx al minuto xx en el video– significa que no consiente la realización de ninguna de ellas. Por otra parte, si una persona amenaza con golpear a otra para que deje de resistirse a la realización de ciertos actos –como los que se pueden apreciar del minuto xx al minuto xx en el video– significa que esta persona no consiente la realización de esos actos. Por último, una persona que está sufriendo ciertos actos sin su consentimiento –como los que se pueden apreciar en los minutos xxx a xxx del video– puede simular que disfruta con ellos si cree que de esa manera puede evitar que el agresor se comporte de forma más violenta produciéndole mayores daños físicos, lo que no implica que haya consentido los actos previos ni consienta los que se produzcan durante y después de dicha simulación. Por todo lo expuesto, queda suficientemente probado que las imágenes fotográficas aportadas como evidencia en esta causa permiten ver con claridad que el acto sexual entre Z y X allí registrado no fue consentido».

En este texto se mantienen tácitas las afirmaciones sobre el contenido de las imágenes fotográficas que son el producto de inferencias semióticas hipercodificadas, pero se expresan las reglas hipocodificadas que permiten justificar con ellas las afirmaciones relevantes sobre lo que se ha visto en las imágenes. Además, se puede indicar exactamente la parte del objeto-evidencia en la que se debe mirar para introducir esas afirmaciones tácitas durante el proceso de reconstrucción (y valorar al mismo tiempo las inferencias semióticas que las soportan). De esta forma, la argumentación que se está ofreciendo es idéntica a la que aparece en la variante en la que se maximizaba el número de afirmaciones y en la variante *maximin-1*, pero el texto evita verbalizar aquellos contenidos capaces de violar la intimidad de los sujetos que aparecen en las imágenes fotográficas. La posibilidad de revisión de la argumentación probatoria en instancias superiores es la misma en cualquiera de las tres.

Nuestro experimento mental permite sostener que las críticas que se formulan a los magistrados que, en casos de violencia sexual en los que se aportan imágenes fotográficas como evidencias, incorporan en sus sentencias descripciones destalladas sobre el contenido de esas imágenes, se encuentran plenamente justificadas. Están violando innecesariamente el derecho a la intimidad de las víctimas, porque podrían garantizar el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva de la misma manera mediante una argumentación en la que esas descripciones (producto de inferencias semióticas hipercodificadas) estuvieran ausentes, ofreciendo una justificación igualmente sólida al contenido de sus actos de decisión.

Se podría argumentar que esta forma de entender el uso de las imágenes fotográficas como evidencias implica que los organismos de revisión deben tenerlas siempre a mano para evaluar las inferencias probatorias en las que se han utilizado. Dado que ninguna descripción puede capturar completamente el contenido de una imagen, su presencia resulta crucial si se busca verificar la precisión de la descripción en la que se basa su interpretación. Esta peculiaridad no resulta problemática, porque en la práctica jurídica las imágenes fotográficas siempre son revisadas al mismo tiempo que las argumentaciones en las que se utilizan como evidencia. Distinto es el caso en el que el órgano revisor debe resolver un recurso en el que no se cuestiona la veracidad de las premisas fácticas apoyadas por las imágenes, sino la manera de calificar jurídicamente esos hechos. En esos casos la presencia del objeto-evidencia no resulta necesaria³⁷.

Una objeción adicional, de carácter más general, podría sostener que, si la imagen debe acompañar la argumentación probatoria, los organismos de revisión estarían reemplazando constantemente la valoración de la prueba realizada en las etapas anteriores, lo cual iría en contra de las reglas probatorias y procesales vigentes. En respuesta a esto, se podría argumentar que la revisión de una sentencia (según la interpretación de nuestros tribunales) permite evaluar la corrección de los razonamientos basados en la valoración de la prueba, sin que esto implique un intento de sustituir la valoración realizada por el órgano que originalmente recibió la prueba. Para comprender y evaluar la solidez de dichos argumentos probatorios, es necesario

³⁷ Esta es una de las principales diferencias entre las inferencias semióticas que determinan los hechos probados (afirmaciones sobre hechos del pasado consideradas verdaderas) a partir del acto de mirar una imagen fotográfica, y las inferencias interpretativas que usan esas afirmaciones como premisas para justificar la calificación jurídica de esos hechos (afirmación subsuntiva particular). Su articulación en una argumentación probatoria compleja permitiría explicar la influencia que la conclusión subsuntiva que se defiende en una controversia judicial puede ejercer sobre las inferencias semióticas hipercodificadas e hipocodificadas realizadas sobre las evidencias-objeto (en este caso imágenes fotográficas). Explorar estas relaciones excede los límites impuestos a este artículo, pero debería ser abordada en futuros trabajos sobre el tema.

tener presente la imagen utilizada como evidencia, pero esto no implica llevar a cabo un nuevo acto de valoración de la prueba³⁸.

Aunque no era nuestro objetivo principal analizar las sentencias del caso «La Manada» debido a la falta de acceso a los videos y fotografías utilizados como evidencia, no queremos concluir este artículo sin decir algo sobre ellas. La sentencia mayoritaria de la Audiencia Provincial de Navarra³⁹ dedicó doce folios a realizar una extensa y superflua descripción de los contenidos de los videos y fotografías, mientras que solo destinó unos pocos párrafos a su interpretación, sin mencionar las reglas hipocodificadas que respaldaban esa atribución de sentido. Aunque no podemos reconstruir las imágenes fotográficas a partir de esas afirmaciones, son lo suficientemente detalladas como para visualizar con precisión el trato vejatorio y humillante que recibió la víctima. Como hemos demostrado anteriormente, se podrían haber defendido las mismas conclusiones interpretativas con una referencia genérica al lugar donde se incorporarían las inferencias hipercodificadas, formulando solo las afirmaciones más generales necesarias para transmitir el carácter entimemático del argumento. Sin embargo, lo más preocupante es que los hechos probados a partir de las imágenes fotográficas no se incluyeron en la sección de «hechos probados» de la sentencia. No solo se consideraron irrelevantes para justificar la decisión tomada, sino que, al excluirlos, tampoco pudieron utilizarse como premisas fácticas en las instancias de revisión. Esta omisión fue juzgada como «inexplicable» por el Tribunal Supremo.

La sentencia fue apelada. Entre los motivos con los que se sustentó el recurso, se adujo que se había producido «un error en la valoración de la prueba en su particular interpretación de los videos». Según la defensa en ellos se podía ver que la denunciante había consentido sin reserva alguna los actos sexuales. Pero en lugar de describir detalladamente los contenidos de las imágenes que respaldan su interpretación, en la argumentación se indican los momentos exactos del video en los que se puede observar el comportamiento de la víctima, cuya descripción se considera parte de las premisas. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra⁴⁰ desestimó la petición después de mirar las imágenes (objeto-evidencia) al tiempo que valoraba el grado de apoyo que eran capaces de aportar a las afirmaciones-evidencias utilizadas en la sentencia objeto de revisión. «Y la Sala tras examinar los videos se ratifica en la convicción de instancia de que de ninguna manera puede entenderse que se deduzca asentimiento alguno o participación activa de la joven en los inicuos y vejatorios actos que se muestran en las imágenes». Reprodujo los hechos probados en la sentencia apelada y los calificó de la misma manera (aumentando las penas impuestas). La motivación de esta sentencia demuestra que no es necesario exponer la intimidad de la víctima para argumentar a favor de una interpretación de las imágenes utilizadas como evidencia en los argumentos probatorios.

El Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación⁴¹, calificó los hechos como violación con agravante de trato degradante o vejatorio. La sentencia de primera instancia dedicó doce folios a describir minuciosamente los actos sexuales sufridos por la víctima, detallando cada imagen presentada como prueba. Concluyó que en las imágenes se podía observar a la víctima «acorralada contra la pared por dos de los acusados» y a los perpetradores jactándose de sus actos, «con desprecio y afrenta

³⁸ Lo que se entienda por «valorar la prueba» es clave para evaluar tanto las objeciones como las réplicas que hemos realizado. Esta cuestión excede los límites impuestos a este trabajo. Véase Gascón Abellán (2005); Ferrer Beltrán (2007); Nieve Fenoll (2010); Cruz Parcero y Laudan (2010).

³⁹ SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

⁴⁰ STSJ Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

⁴¹ STS 344/2029, de 4 de julio.

hacia la dignidad de la denunciante». Sin embargo, estas afirmaciones no se incluyeron en la sección de «hechos probados», apartado que luego se reprodujo en la sentencia que resolvió el recurso de apelación. Por lo tanto, el Tribunal Supremo tuvo que inferir de esos «hechos probados» las afirmaciones que le permitieron justificar la nueva calificación, incluyendo la intimidación sufrida por la víctima, así como las humillaciones y la «clara denigración como mujer».

En dos ocasiones la sentencia del Tribunal Supremo pone de relieve esas omisiones y las califica como «inexplicables». En primer lugar, cuando debe hacer un esfuerzo argumentativo para poder acreditar la existencia de hechos que puedan calificarse de «intimidatorios» por parte de los acusados⁴². La segunda después de dar por acreditado el agravante de trato degradante o vejatorio mediante otra curiosa argumentación en la que debe interpretar la sentencia apelada de manera forzada para mantener su justificación dentro de los límites del «más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado» en ella. En un apartado separado, sin incorporar ningún otro elemento relevante para la motivación de la sentencia, afirma: «En este punto, este Tribunal quiere destacar que existen numerosos elementos fácticos en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, que no solo describen la intimidación a la que fue objeto la víctima [...], sino también el trato vejatorio y humillante la que fue sometida, los cuales si bien no los tendremos en cuenta para configurar la citada agravación ya que la misma como hemos analizado se desprende de los hechos probados, pero queremos ponerlos de relieve ante lo inexplicable que resulta que los mismos no hayan sido incorporados al *factum*». Lo que se puede leer a continuación en la sentencia también resulta «inexplicable», aunque por razones diferentes. El Tribunal Supremo dedica doce líneas a transcribir la descripción del contenido de una de las fotografías en la que se puede ver a la víctima realizando un acto sexual particularmente degradante⁴³. Sin embargo, aclara que no será necesario tenerla en cuenta, ya que lo que se podría justificar con ella ya ha sido justificado previamente a partir de los hechos probados en la sentencia apelada. Otra exhibición innecesaria de la víctima en la situación más humillante de todas las que fueron registradas por los perpetradores. El análisis presentado en este artículo permite explicar solo algunos de los fenómenos aparentemente «inexplicables» que ocurren cuando se utilizan imágenes fotográficas como evidencias en un proceso judicial. El resto es silencio.

6. Conclusiones

Hemos defendido que, en el caso particular de la percepción visual de imágenes fotográficas utilizadas como evidencias en una argumentación, las afirmaciones sobre su contenido y sobre lo que el observador ha visto al mirarlas son el producto de inferencias semióticas hipercodificadas e hipocodificadas respectivamente. En ciertos contextos argumentativos, como los procesos judiciales, el argumentador debe justificar las afirmaciones relevantes sobre los hechos del pasado que acepta como verdaderas como producto de su acto de percepción visual. En esos casos debe hacer el esfuerzo de explicitar verbalmente esas inferencias semióticas. Cuando esas

⁴² «No podemos dejar de hacer mención al hecho de que la sentencia, inexplicablemente, no recoge en el relato fáctico determinados extremos, aunque sí los da por probados en el análisis de la prueba que lleva a cabo en la fundamentación [...]. Afirma el Tribunal al menos en cinco ocasiones, que ha quedado probado mediante el visionado de los videos grabados por los acusados, que en un determinado momento de los hechos la «denunciante estaba agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando» (pp. 59, 72, 73, y 74 de la sentencia de la Audiencia Provincial), en concreto los vídeos 6 y 7 [...].»

⁴³ No transcribimos el párrafo en cuestión para no incurrir en el mismo error que queremos poner de relieve: incorporar en el texto la descripción detallada del contenido de una fotografía que viola innecesariamente el derecho a la intimidad de la víctima.

imágenes reflejan posibles actos de violencia sexual debería utilizar deliberadamente ciertas técnicas argumentativas que permiten maximizar el grado de solidez de sus argumentos minimizando la cantidad de afirmaciones que pongan en riesgo la intimidad de las personas que aparecen representadas en ellas. Los entimemas (o argumentos incompletos), formas argumentativas conocidas desde los tiempos de Aristóteles, son las herramientas con las que se pueden asegurar al mismo tiempo el derecho a la intimidad de las víctimas, el derecho de defensa de los acusados y derecho a la tutela judicial efectiva para todas las partes.

Sostuvimos que el resultado de las inferencias semióticas hipercodificadas (que justifican la atribución de cierto contenido a las imágenes) se deberían introducir en la argumentación mediante ciertos indicadores que permitan a otros observadores valorarlas mediante un acto de percepción visual. Dado la naturaleza de las reglas utilizadas en ese tipo de inferencias (leyes científicas o reglas de comportamiento culturalmente muy arraigadas) el grado de consenso al correlacionar ciertos rasgos de la imagen con esos contenidos suele ser muy alto. Las conclusiones de ese tipo de inferencias, por otra parte, son las que traducen verbalmente los hechos y acciones que se pretende mantener fuera del conocimiento público prohibiendo la difusión de las imágenes.

Distinto es el tratamiento que cabe dar a las inferencias hipocodificadas, aquellas de las que depende lo que el sujeto ha visto al mirar las imágenes fotográficas. Su resultado son las afirmaciones sobre los hechos del pasado en los que se le atribuyen propiedades jurídicamente relevantes. Ya no se trata de describir el contenido de la imagen (i.e. X sujetó la mano izquierda de Z para evitar que continuara tocándole con ella sus pechos desnudos, el sujeto Z levantó su mano derecha hasta la altura de su rostro, se detuvo y abrió los ojos mientras alzaba las cejas) sino de ver en ella una acción determinada (i.e. el sujeto Z amenazó con golpear a X si continuaba resistiéndose a sus tocamientos). En este tipo de inferencias se utilizan como premisas afirmaciones sobre el contenido de las imágenes fotográficas y ciertas reglas que dan significado social y jurídico a esos contenidos. Esas reglas son generalizaciones subdeterminadas por el contenido de las imágenes⁴⁴. Lo que se puede ver al mirarlas variará según la regla hipocodificada empleada, por lo que las disputas sobre lo que se puede ver en una imagen suelen ser desacuerdos sobre la regla hipocodificada que se debería emplear en la inferencia semiótica. Por ello es necesario explicitar verbalmente esas reglas y justificarlas argumentativamente para dirimir ese tipo de controversias. Estas premisas, que no ponen en riesgo la intimidad de las personas que se reflejan en las imágenes, son las que permiten identificar las premisas sobre el contenido no verbalizadas y reconstruir las inferencias semióticas hipercodificadas que las sostienen para proceder a su evaluación posterior si fuera necesario.

Finalmente, si trasladamos este análisis teórico al terreno de la práctica judicial, los órganos decisores deberían exigir a las partes que expliciten todo lo que puedan las inferencias semióticas que sostienen tanto sus afirmaciones sobre el contenido de las imágenes fotográficas como sobre aquello que han visto (y pretenden que los demás también vean) al mirarlas. Pero al redactar sus sentencias, destinadas a ser difundidas públicamente y sujetas a una posible revisión por instancias superiores, deberían dejar tácitas las afirmaciones sobre el contenido de las imágenes

⁴⁴ Tal como nos ha señalado uno de los revisores anónimos (o una de las revisoras anónimas) se debería analizar la relación entre estas reglas y lo que en teoría procesal de la prueba se denominan «reglas de la sana crítica» –en particular las que se identifican como «máximas de la experiencia»–, y las similitudes entre las inferencias semióticas presentes en el uso de imágenes fotográficas como evidencias-objeto y los razonamientos probatorios indiciarios. Reconocemos el acierto de la sugerencia, pero para poder abordar estas cuestiones necesitaríamos escribir otro artículo de una extensión similar a este.

que han asumido como verdaderas (señalando el lugar que ocupan y que aspectos de las imágenes-objeto se han tenido en cuenta para ello). Asimismo, para que sus argumentaciones entimemáticas pudieran ser reconstruidas –y su solidez evaluada–, deberían explicitar y justificar las premisas más generales de sus inferencias semióticas hipocodificadas: justificar las afirmaciones que describen lo que han visto (de relevancia jurídica) al mirar las imágenes. Nuestro estudio muestra que la mayor parte de las críticas dirigidas a la forma en la que se redactaron las sentencias en el caso «La Manada» fueron acertadas. Las posiciones que defendimos en este trabajo no solo tienen un interés teórico, sino que también pueden servir de guía para mejorar la calidad de las discusiones en la práctica jurídica.

Bibliografía

- Balló, J. (2023). Los elementos del crimen. El bodegón policial. En A. Salvadó y J. Balló. (Eds.), *El poder en escena. Motivos visuales en la esfera pública* (pp. 18-35). Galaxia Gutenberg.
- Baxandall, M. (1987). *Patterns of Intention. On the Historical Explanation of Pictures*. Yale University Press.
- Berger, J. (1992). *About Looking*. Vintage Books.
- Bliss, M. (2012). *Peckinpah Today: New Essays on the Films of Sam Peckinpah*. Southern Illinois University Press.
- Bonorino, P. (2015). Entimemas probatorios. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 41-71. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.02>
- Bonorino, P. (2022). Sesgos, discrecionalidad y valoración de la prueba. En P. Bonorino. (ed.), *Sesgos, argumentación y decisión judicial* (85-107). Thompson Reuters-Aranzadi.
- Bonorino, P. (2023). ¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 47, 45-72. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.3>
- Carruthers, P. (2017). The illusion of conscious thought. *Journal of Consciousness Studies*, 24, 228-252.
- Cruz Parcerio, J. A., y Laudan, L. (2010). *Prueba y estándares de prueba en el derecho*. UNAM.
- Dove, I. J. (2012). On images as evidence and arguments. En F. Van Eemeren y B. Garssen. (eds.), *Topical Themes in Argumentation Theory. Twenty Exploratory Studies* (223-238). Springer.
- Eco, U. (1991). *Tratado de semiótica general*. Lumen.
- Fernández Rodicio, C. I. (2021). Sesgos cognitivos y decisión judicial. En P. Bonorino Ramírez, et al. (eds.), *Justicia, administración y derecho: Nuevos retos del derecho en el siglo XXI* (213-230). Thompson Reuters-Aranzadi.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Fleming, D. (1996). Can pictures be arguments? *Argumentation and Advocacy*, 33 (1), 11-22.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.10>
- Gimeno Presa, M. C. (2020). *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*. Thompson Reuters-Aranzadi.
- González Lagier, D. (2003). Buenas razones, malas intenciones (Sobre la atribución de intenciones). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 635-685. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.26>
- Groarke, L. (2013). On Dove, visual evidence and verbal repackaging. En D. Mohammed y M. Lewinski. (eds.), *Virtues of Argumentation. Proceedings of the 10th International Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation* (1-8). OSSA.

- Iniesta, M. (2020). Perros de paja: si tu ojo te hace pecar, arráncatelo. *Solaris. Textos de cine*, 4, 105-118.
- Mnookin, J. (2014). Semi-legibility and visual evidence: An initial exploration. *Law, Culture and the Humanities*, 10 (1), 43-65. <https://doi.org/10.1177/174387211435998>
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Paredes Castañón, J. M. (2001). Problemas metodológicos en la prueba del dolo. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 67-94.
- Prince, S. (2000). The Aesthetic of Slow-Motion Violence in the Films of Sam Peckinpah. En S. Prince. (ed.). *Screening Violence* (175-201). Rutgers University Press.
- Schauer, F. (2022). *The Proof: Uses of Evidence in Law, Politics, and Everything Else*. The Belknap Press.
- Sontag, S. (2005). *Sobre la fotografía*. Alfaguara.

Una propuesta de construcción judicial del derecho a la individualidad

A proposal for the judicial configuration of the right to individuality

Javier Sánchez Sánchez
Universidad Carlos III de Madrid
jsanchez@asambleamadrid.es

Cita recomendada:

Sánchez Sánchez, J. (2023). Una propuesta de construcción judicial del derecho a la individualidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 107-130
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7992>

Recibido / received: 16/06/2021

Aceptado / accepted: 25/10/2021

Resumen

En este trabajo se postula la construcción por vía jurisprudencial de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la individualidad, cuyo objetivo sería proporcionar al ciudadano herramientas útiles para reaccionar frente a los intentos de menoscabar o confundir la conciencia personal, bien tratando de diluir al ser humano individual en colectivos diversos, o bien eliminando, minusvalorando o desconociendo sus características particulares con la finalidad de condicionar su pensamiento o su conducta en su actuación social, ya sea como sujeto político o como consumidor. Se analizan determinadas amenazas surgidas con el proceso de globalización y las posibilidades de este derecho para responder eficazmente frente a ellas. Por último, se apuntan técnicas concretas de defensa judicial del derecho postulado.

Palabras clave

Individualidad, derechos fundamentales, globalización, Estado-garante.

Abstract

In this paper, the definition by jurisprudential way of a new fundamental right, the right to individuality, is being postulated, whose purpose would be to provide the current citizen with useful tools to react against attempts to undermine or confuse personal conscience, either by trying of diluting the individual human being in diverse groups, or eliminating, undervaluing or ignoring their particular characteristics in order to condition their thinking or behaviour as political subject or consumer. Certain threats arising from the globalization process and the possibilities of this right to respond effectively to them are analyzed. Finally, specific techniques of judicial defence of the right are pointed out.

Keywords

Individuality, fundamental rights, globalization, guarantor-State.



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 25, octubre 2023 – marzo 2024, pp. 107-130. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7992>

Copyright: Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución-SinDerivadas 3.0 España (CC BY-ND 3.0 ES).

SUMARIO. 1. Concepto. 2. Contenido. 3. Amenazas y agresiones. 3.1. En relación con la dimensión biológica de la conciencia. 3.1.1. Fase de construcción. 3.1.2. Fase de conservación. 3.2. En relación con la dimensión psicológica de la conciencia. 3.3. En relación con la dimensión moral de la conciencia. 3.4. En relación con la dimensión sociológica de la conciencia. 4. Facultades. 5. Sujeto activo. 6. Sujeto pasivo. 7. Sujeto garante. 8. Técnicas de garantía institucional. 9. Conclusión.

1. Concepto

Los derechos fundamentales se han ido definiendo, proclamando y afirmando a lo largo del tiempo para hacer frente a las amenazas que históricamente han surgido contra determinados bienes y valores esenciales del ser humano. En el marco de la globalización, sobre el que se desarrollará el próximo estadio de la humanidad, uno de los peligros que se cierne con mayor intensidad y extensión sobre el individuo es el que, desde diversos niveles y con múltiples manifestaciones, amenaza la existencia, mantenimiento y desarrollo de las peculiares cualidades de cada sujeto que le confieren su particular y propia configuración como ser único e irrepetible. En este sentido alertaba Leonidas Donskis al señalar: «He aquí dos de las manifestaciones del nuevo mal: insensibilidad al sufrimiento humano y deseo de colonizar la privacidad arrebatando el secreto de alguien; eso de lo que no debería hablarse ni hacerse público», añadiendo seguidamente: «Robar a los seres humanos su rostro e individualidad no constituye una forma de mal inferior a socavar su dignidad...» (Bauman y Donskis, 2015, pp. 16 y 21). En el plano normativo destaca recientemente, como prueba de la toma en consideración de la seriedad del problema, la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial, de la Comisión en el seno de la Unión Europea, en abril de 2021 (*Artificial Intelligence Act*), uno de cuyos objetivos declarados es asegurar que los sistemas basados en IA utilizados en la Unión son seguros y garantizan el respeto a los derechos fundamentales¹.

Entiendo por ello procedente proponer la construcción tentativa de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la individualidad, como:

(...) Derecho de carácter reaccional frente a los intentos de menoscabar o confundir la conciencia personal, bien tratando de diluir al ser humano individual en colectivos diversos, o bien eliminando, minusvalorando o desconociendo sus características particulares con la finalidad de condicionar su pensamiento o su conducta en relación con su actuación política, social o económica².

¹<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>

² Ese carácter finalista que definimos con configurador de la dimensión de protección de la individualidad en el marco de la libertad de conciencia, marca la diferencia en relación con otras propuestas como la de los Cinco Derechos propugnada por el neurocientífico Rafael Yuste –aunque se sitúa en la misma línea evolutiva–, y que entendemos podrían comprenderse perfectamente en los actuales derechos a la intimidad, a la libertad ideológica, a la igualdad y a la integridad personal, ya que más que cinco nuevos derechos pueden considerarse como fases de su actualización técnica y parecen limitar su proyección al individuo, sin tener en consideración su comportamiento social; lo que no hace por ello menos loable e interesante, en todo caso, la propuesta. Los cinco derechos propuestos por Yuste son el derecho a la privacidad mental, a la identidad personal, al libre albedrío, al aumento de la neurocognición y a la protección de sesgos. Un resumen de su propuesta puede consultarse en Yeste (2018). Y sobre el *Proyecto Brain*, dirigido por el neurocientífico español citado en la Universidad de Columbia, puede verse David Salinas (2015). Sobre el desarrollo del *Proyecto Brain* en la Unión Europea:

En todo caso, la vía de construcción jurisprudencial que aquí se postula sólo podría resultar definitivamente exitosa con el posterior reconocimiento del derecho en sede constitucional para conferirle verdadera naturaleza fundamental. Su carácter de derecho reaccional hace que su contenido esté determinado, precisamente, por el surgimiento y alcance de las amenazas frente a las que puede reaccionar³. Las amenazas y los ataques que contra el mismo se dirigen cuenta con una triple finalidad acumulativa:

-Una inmediata o próxima: los intentos de menoscabar o confundir la conciencia personal.

-Otra mediata: condicionar su pensamiento o su conducta.

-Y una última: Incidir sobre su actuación política, social o económica.

Los medios, mecanismos o procedimientos de ataque pueden ser, a título no excluyente:

-Intentos de diluir al ser humano individual en colectivos diversos.

-Intentos de eliminar, minusvalorar o desconocer las características particulares del sujeto.

Que son susceptibles, a su vez, de articularse mediante diversas técnicas, entre las que cabe apuntar las siguientes:

-Políticas de homogeneización cultural.

-Captación y tratamiento de actuaciones, opiniones o movimientos del sujeto para el procesamiento masivo de datos.

-Imposición de una limitación injustificada y excesiva de la pluralidad de medios, soportes y sistemas de expresión, formación y comunicación o sobre la diversidad de contenidos en los ya existentes.

La proclamación del derecho a la individualidad de forma específica no se orienta, en exclusiva, a preservar la existencia real del individuo como sujeto de una vida digna, sino también y con igual intensidad, a procurar la formación y el desarrollo de una sociedad dinámica y cohesionada, mediante el libre intercambio de propuestas, valores y planteamientos por parte de los sujetos que la integran, a través de procedimientos intersubjetivos de deliberación y decisión inclusivos y transparentes. En otras palabras, garantizar la libertad real –formal y material– del individuo es asegurar el progreso, la cohesión y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

El derecho a la individualidad incorpora elementos que parcialmente ya se encuentran protegidos en derechos fundamentales similares, tales como el derecho a la intimidad, el derecho a la información, el derecho a la educación, la libertad

<https://www.humanbrainproject.eu> y en los Estados Unidos: <https://braininitiative.nih.gov> y del propio científico español: Yuste (2017).

³ Sobre el carácter reaccional del derecho postulado es necesario aclarar que se trata de una posición inicial y simplificadora, a pesar de que pueda compartir otros rasgos que permitirían situarlo en el ámbito de los derechos de autonomía, los de participación o incluso los prestacionales; más allá de la genérica consideración de que todos los derechos fundamentales tienen, de una u otra manera, una dinámica reaccional.

ideológica o incluso el propio derecho a la vida. Así mismo, su contenido guarda una conexión causal necesaria con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado entre nosotros en el artículo 10.1 de la Constitución española⁴. Lo que le diferencia de todos ellos y le confiere un contenido esencial propio es el carácter finalista de la amenaza frente a la que surge, que siempre persigue la reducción o limitación de la conciencia individual, usualmente con la asimilación del individuo en una masa homogénea para condicionar su pensamiento y conducta, en orden a incidir en su actuación política, social o económica mediante técnicas de programación cualificadas, de tal manera que los derechos fundamentales similares, antes citados, se verán afectados en estos casos, de manera instrumental o, por utilizar una figura penalista, en concurso medial.

La necesidad de la configuración de un nuevo derecho autónomo obedece a la magnitud y naturaleza de las amenazas frente a la que se enfrenta en la actualidad la conciencia individual como propiedad esencial y única del ser humano, que desbordan los mecanismos de defensa tradicionales. Aboga también en la conveniencia de su autonomía la mayor visibilidad y tratamiento específico que ello proporcionaría, en términos similares al fenómeno que hizo necesario desgajar, por ejemplo, el derecho de sindicación del genérico derecho de asociación.

La configuración de un nuevo derecho fundamental partiendo del contenido y proyección de otros preexistentes no es un fenómeno insólito. No exige necesariamente, por lo tanto, la modificación del vigente catálogo de derechos fundamentales en los textos positivos constitucionales –aunque ésta sea la meta deseable–, sino tan solo su construcción jurisprudencial partiendo del contenido implícito de los actuales. Así ocurrió, por ejemplo, con la construcción de la *privacy* en el sistema jurídico norteamericano, por obra de la doctrina científica y la jurisprudencia, sobre las determinaciones contenidas en diversas enmiendas constitucionales, partiendo del célebre estudio de los abogados Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la reformulación de la expresión «*the right to be let alone*» que fue publicado en diciembre de 1890 en la *Harvard Law Review* con el título «*The Right to Privacy*». Desde entonces y por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la *privacy* ha pasado de la esfera de las manifestaciones de la propiedad particular a la esfera del derecho constitucional norteamericano.

Como señala, en este sentido, Nievias Saldaña:

En efecto, aunque ni la Constitución Federal de 1787 ni sus Enmiendas reconocen expresamente un «*right to privacy*», sin embargo, como se analiza en el presente estudio, el Tribunal Supremo, a lo largo de una extensa y gradual jurisprudencia, lo ha considerado implícito en la libertad de asociación garantizada por la Primera Enmienda, que salvaguarda frente a cualquier obligación estatal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarias (*unreasonable searches and seizures*), que limita la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también de vigilancia electrónica; en la Quinta Enmienda, que protege frente a la incriminación contra uno mismo y la obligación de revelar información personal; en la reserva de derechos del pueblo que reconoce la Novena Enmienda; y en el concepto de libertad sustantiva que el Tribunal Supremo ha interpretado ampara la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*) de la Decimocuarta Enmienda, que garantiza el derecho de la persona a adoptar por sí misma las decisiones fundamentales que configuran su vida personal y familiar sin injerencia estatal alguna, incluyéndose el derecho a contraer matrimonio, a tener hijos y decidir sobre la

⁴ Sobre la íntima relación entre dignidad, personalidad e individualidad puede consultarse: García-San Miguel Rodríguez Arango (1995); Presno Linera (2015).

educación y crianza de éstos, al uso de anticonceptivos, el derecho al aborto y a la libertad sexual en el ámbito privado, planteándose incluso si la cláusula del debido proceso ampara el derecho a rechazar un tratamiento médico; y, finalmente, en la década de los sesenta emerge una jurisprudencia vacilante que tiende a incluir en la zona de privacidad protegida constitucionalmente por el concepto de libertad de la Decimocuarta Enmienda el interés individual en evitar la divulgación de información personal, la llamada «*informational privacy*» (Nieves Saldaña, 2011, p. 280).

De tal manera que, como la misma autora considera:

Así, en el sistema constitucional norteamericano el derecho a la privacidad es un concepto amplio, que va más allá del derecho a la intimidad vigente en el ámbito europeo, difícil de definir con precisión y que se ha configurado a lo largo de más de un siglo al delimitarse progresivamente los intereses constitucionales que lo integran, esto es, aquellos ámbitos de la esfera privada que tienden a preservar esos intereses de soledad, secreto, autonomía, individualidad, intimidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, control de la información personal, así como del sustrato esencial de la inviolable dignidad humana (Nieves Saldaña, 2011, p. 280).

Y un fenómeno similar y más cercano, si bien en la vertiente de adición de contenido nuevo a un derecho preexistente, se ha producido con la incorporación de elementos prestacionales a la tradicional configuración del derecho a la vida como derecho de autonomía, llevada a cabo por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que la sentencia de 28 de octubre de 1998, en el caso Osman contra Reino Unido, es paradigmática:

El Tribunal observa que la primera frase del artículo 2.1 encomienda al Estado no sólo a abstenerse de infligir la muerte de manera intencional e ilegal, sino también a tomar las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de las personas dentro de su jurisdicción (...). Ha quedado acreditado que la obligación del Estado en este sentido se extiende más allá de su obligación primaria de garantizar el derecho a la vida mediante el establecimiento de disposiciones de derecho penal eficaces para disuadir la comisión de delitos contra las personas, respaldadas por mecanismos de implementación de la ley para la prevención, la represión y la sanción de las infracciones de tales disposiciones. Por tanto, es aceptada por los que comparecen ante el Tribunal que el artículo 2 de la Convención también puede suponer, en ciertas circunstancias bien definidas, una obligación positiva en cabeza de las autoridades de tomar medidas operativas preventivas para proteger a un individuo cuya vida está en riesgo por los actos criminales de otro individuo (...)⁵.

El derecho a la individualidad que aquí proponemos presenta más cercanía con la *privacy* norteamericana que con el derecho a la intimidad en su configuración europea⁶; no obstante, se diferencia de la primera en la necesaria vocación finalista de su amenaza en el orden conceptual, así como en la incorporación de técnicas protectoras propias del Estado garante en el orden procesal, como luego veremos.⁷

⁵ La línea jurisprudencial se había abierto en las sentencias del caso Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979 y del caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979 y se consolidó en el caso Ramsahai y otros contra Holanda, de 15 de mayo de 2007.

⁶ La individualidad es un concepto de los liberales clásicos que, en su versión contemporánea, ha pasado a nuestra doctrina bajo la forma de autonomía. En este sentido cabe señalar que mientras la autonomía hace referencia a la capacidad del sujeto para adoptar sus propias decisiones en orden a la satisfacción de sus propios intereses, la individualidad que aquí se postula se sitúa en una fase anterior: la de la libre identificación y construcción de los personales intereses y valores del sujeto, sin interferencias manipuladoras ilegítimas.

⁷ Algunos autores identifican, al menos terminológicamente, el derecho a la intimidad y el *right to privacy*, de forma que estimo bastante voluntarista. Véase, por ejemplo, Martínez De Pisón Cavero (2016) y Cobos Campos (2013).

Desde luego, no es nueva la percepción de que la esfera de la libertad del individuo precisa ser defendida frente a las injerencias extrañas del poder público o del conjunto de la sociedad. Entre otras, las reflexiones de John Stuart Mill al respecto son sumamente ilustrativas y clarividentes:

Al igual que las demás tiranías, también esta tiranía de la mayoría fue temida en un principio y todavía hoy se la suele temer, sobre todo cuando obra por medio de actos de autoridad pública. Pero las personas reflexivas observaron que cuando la sociedad es el tirano —la sociedad colectivamente, y sobre los individuos aislados que la componen— sus medios de tiranizar no se reducen a los actos que ordena a sus funcionarios políticos. La sociedad puede ejecutar, y ejecuta de hecho, sus propios decretos; y si ella dicta decretos imperfectos, o si los dicta a propósito de cosas en que no se debería mezclar, ejerce entonces una tiranía social mucho más formidable que la opresión legal: pues, si bien esta tiranía no tiene a su servicio tan fuertes sanciones, deja, en cambio, menos medios de evasión; pues llega a penetrar mucho en los detalles de la vida e incluso a encadenar el alma (Mill, 1962, p. 22).

En un breve recorrido sobre el panorama de protección frente a las injerencias en la vida del sujeto, dentro del sistema constitucional español, cabe señalar que el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución española tiene un contenido abierto y no claramente definido desde el punto de vista de las facultades que incorpora, aunque sí bastante mejor perfilado en su vertiente negativa, es decir, en la delimitación de las materias que quedan fuera de su ámbito. Así, Martínez de Pisón, recordando a Pérez Luño, resume:

Probablemente, como ha expuesto Pérez Luño, ha sido la literatura alemana la que mejor ha explicitado la complejidad del haz de realidades que constituyen lo que llamamos intimidad. Para ello, ha construido una composición de la intimidad ligada a las diferentes esferas a partir de las cuales el individuo manifiesta sus intereses personales y la voluntad de estructurar su vida. *Intimsphäre* (esfera íntima) hace referencia a lo más secreto de la persona, a lo relacionado con sus opiniones, decisiones y acciones más íntimas. Compondría una primera esfera, el círculo más cercano al individuo. *Privatsphäre* (esfera privada) constituye un segundo círculo más amplio en el que el individuo sigue ejerciendo su privacidad, su vida privada, su intimidad personal y familiar y que, por ello, quiere que esté asegurada y protegida frente a terceros. Finalmente, *Individualsphäre* (esfera individual), el último de los círculos de la intimidad antes de la vida pública, que estaría constituido por otros aspectos vinculados a la misma, como el honor y la imagen personal, que también reflejan la personalidad del individuo. Más allá de estas esferas nos encontraríamos con la vida pública, con el ámbito de las relaciones sociales, para las cuales no cabe pedir la imposición de límites a la participación de terceros (Martínez de Pisón, 2016, p. 413)⁸.

Sobre la delimitación negativa del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional español tardó en pronunciarse. En la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 170/1997 sostiene que salvaguarda:

(...) un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto. Más no es frente a invasiones de este tipo la protección que pide el recurrente en su recurso de amparo. La intromisión que denuncia, representada por la orden del empresario, trata de situarla en la esfera exclusiva de su individualidad. Dice así el recurrente: «... la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte

⁸ La cita de Pérez Luño se refiere a Pérez Luño (1986).

integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona». Pero a continuación, saliendo ya del reducto de su propia decisión que nadie le discute, tiene que dar al problema su verdadera dimensión y referirse a que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario (art. 20 E.T.) y el contenido esencial del art. 18.1 de la C.E., lógicamente debe resolverse... a favor del segundo». Delimitado así el problema es claro que transciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad. Y a este respecto es preciso recordar que, como dice la STC 73/1982, de 2 de diciembre, no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula». Y es desde esta perspectiva desde la que ha de analizarse la vulneración de los derechos invocados por el recurrente.

Otro de los escenarios empleados por el Alto Tribunal en la delimitación del derecho a la intimidad ha sido el de su conflicto con la libertad de expresión; en la STC 24/2019, de 25 de febrero, afirma en su fundamento jurídico 4º:

El derecho fundamental a la libertad de información no es ilimitado. Como declaró la STC 185/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 3º: “[C]onscientes de que un ejercicio sin límites podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia, entre ellos la intimidad de los ciudadanos, el constituyente, al proclamar el derecho en el artículo 20.4 CE, y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucionalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del artículo 20.1 CE frente al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE”.

En la relación con este último derecho fundamental a la intimidad, este Tribunal ha venido entendiendo que la relevancia pública de la información «justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia» (SSTC 134/1999, fundamento jurídico 8º; 154/1999, de 14 de septiembre, fundamento jurídico 9º; 52/2002, de 25 de febrero, fundamento jurídico 8º; 185/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 3º, antes citada, y 127/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 8º). En estos casos, a fin de delimitar si la afectación a la intimidad de las personas ha de reputarse legítima por hallarse justificada en la libertad de información, se ha venido sometiendo a cada uno de los datos publicados a un juicio de necesariedad, rechazando que quede protegida la transmisión de aquellos que se revelen como «manifestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, fundamento jurídico 8º, y 121/2002, de 20 de mayo, fundamento jurídico 5º).

En una precisa recapitulación sobre jurisprudencia constitucional, señala Ángeles González Escudero que el derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, al ámbito que éstas siempre preservan de las miradas ajena, aquél que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre), vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio). La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no sólo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar (SSTC 197/1991, de 17 de octubre o 231/1988, de 2 de diciembre) (González Escudero, 2011).

Como vemos, las garantías jurídico-constitucionales del derecho a la intimidad, se agotan en el propio individuo, como fin en sí mismo.

Respecto al contenido y las facultades de otro de los derecho fundamentales afines, la libertad ideológica, si bien el propio constituyente español derivó como necesario el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia para darle efectividad operativa, no parece que el Tribunal Constitucional con su doctrina haya ido mucho más allá en la dimensión social de la protección efectiva de la libertad de pensamiento en el plano de su formación y desarrollo, centrándose en un análisis casuístico de sus conflictos con el orden público o el derecho a la educación.

Una muestra significativa de ello se encuentra en el fundamento jurídico 5º de la STC 177/2015, de 22 de julio, en donde el Alto Tribunal sostiene:

Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, fundamento jurídico 8º, enmarcamos el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: “[C]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión —ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declarar este Tribunal—, que, entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde ‘el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a’ (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse ‘simplemente absorbido’ por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1”.

Entre nosotros señala Peralta Martínez:

Podemos considerar que el constituyente identificó prácticamente la genérica libertad de pensamiento con la libertad ideológica y de creencias («el vasto campo del pensamiento», según la STC 129/1990, fundamento jurídico 10), queriendo deslindar esta cuestión de la libertad religiosa y de culto. La voluntad del constituyente se fundamenta en el hecho de basar el nuevo orden político en la libertad «radical» de la persona que supone ese libre desarrollo de la personalidad, libertad radical que exige la posibilidad de una moralidad autónoma, moralidad personal que se conforma desde ese conjunto de ideas y creencias, en este caso al margen de cualquier tipo de dogma religioso; libertad de ideas y creencias que se sitúan ahora junto y más allá de la libertad religiosa (Peralta Martínez, 2012, pp. 256-257).

Por lo que respecta al derecho a la integridad moral proclamado en el artículo 15 de la Constitución española, otro de los colindantes con el propuesto derecho a la individualidad, lo primero que cabe destacar es que ha sido objeto de estudio, principalmente, por la jurisprudencia penal, con ocasión de la tipificación contenida en el artículo 173.1 del Código Penal⁹. Y así la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en

⁹ Artículo 173.1 Código penal español: «El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

su sentencia núm. 663/2014, de 15 de octubre, delimita el alcance y contenido de la integridad como bien jurídico protegido penalmente en los siguientes términos:

(...) Se declara que la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP, establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. Por otra parte, la Sentencia de esta Sala 294/2003, de 16 de abril, se refiere a los requisitos o elementos que caracterizan al delito contra la integridad moral y señala los siguientes: a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico. c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-victima.

En la esfera de la jurisprudencia constitucional los esfuerzos se han orientado más bien a definir su contenido negativo, como ocurre con el derecho a la intimidad. Y así, nos resume González Escudero que:

(...) en relación con el derecho a la integridad física y moral rechaza que la alimentación forzosa de un preso en peligro de muerte y en contra su voluntad pueda calificarse de tortura o de trato inhumano o degradante, pues "en sí misma, no está ordenada a infiligr padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médica sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo". No obstante, junto a ello recuerda su doctrina de que las limitaciones que se establezcan sobre un derecho fundamental para preservar otros derechos fundamentales protegidos "no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" –STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º– , de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" -SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º, 13/1985, fundamento jurídico 2.º- y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone" –STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º– y, en todo caso, respetar su contenido esencial (González Escudero, 2011).

Y en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), señala Raúl Canosa que:

Ya son muchas las sentencias al respecto en las que el TEDH no ha dejado lugar a dudas de que el artículo 8 protege la integridad tanto física como moral (o psicológica en la versión en inglés). Se ha conformado así un genérico derecho a tomar decisiones acerca de la propia integridad y a su protección frente a diversos peligros que la amenazan (Canosa Usera, 2017, p. 272).

Sin embargo, al exponer el abanico de ámbitos protegidos por ese derecho según la Corte, enumera los siguientes:

a) Derecho a la protección penal de la integridad; (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) 26 de marzo de 1985), donde afirma que: «la aplicabilidad del artículo 8 no se presta a controversia: los hechos que originan el caso afectan a la vida privada que cubre la integridad física de la persona y comprende la vida sexual».

b) Derecho a autorizar o negarse a recibir tratamientos médicos; (TEDH en el caso Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002), sosteniendo que: «...la

imposición de un tratamiento médico sin consentimiento del paciente adulto y sano de espíritu constituiría un atentado a la integridad física del interesado, pudiendo afectar los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención».

c) Derecho a la vida sexual y reproductiva, de forma muy casuística, comprendiendo tanto la negativa a un recurso a acudir a la inseminación artificial (STEDH 4.12.2007), el derecho de los transexuales a la inscripción oficial de su nueva identidad (STEDH 11.7.2007) o la protección a los homosexuales frente a la discriminación por su condición (STEDH 22.10.2002).

d) La problemática relativa al aborto; en el relevante caso A. B. y C. contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, al considerar que la falta de desarrollo legal de la previsión constitucional que autoriza el aborto en caso de peligro para la vida de la madre vulneró el artículo 8 CEDH.

e) Frente a la contaminación ambiental; donde desde la inicial sentencia del caso López-Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994, el TEDH considera que la contaminación, tras descartar que pueda encuadrarse en la órbita del artículo 3 CEDH —en este caso por malos olores producidos por una depuradora—, aun cuando no suponían un riesgo grave para la salud, lesionaba el derecho a la vida privada.

f) En el ámbito de la violencia doméstica; apreciando violación del artículo 8 del Convenio, por ejemplo, en el caso Hajduova contra Eslovaquia, de 13 de noviembre de 2010, no se ha protegido «la integridad física y mental de las personas, en particular vulnerables de la violencia doméstica».

Pero en ninguno de los supuestos se incluye la protección en los términos del derecho a la individualidad que aquí se postula, con dimensión finalista.

Como vemos, ni el derecho a la intimidad, ni la libertad ideológica, ni el derecho a la integridad moral, parecen haber desplegado en nuestros sistema jurídico –nacional y convencional– el contenido necesario y las facultades precisas para proteger la libre formación y desarrollo de la conciencia personal de los ciudadanos específicamente en orden a su actuación política, social y económica, sino que agotan su eficacia en el propio sujeto. Si esto es predictable de los tres derechos más directamente concernidos por el asunto, la conclusión cabe proyectarla asimismo sobre otros derechos perfilados de forma más autónoma, como el derecho a la vida, a la educación o incluso el derecho a la información, si bien es cierto que en este último sí se trata de proteger de forma mediata una dimensión social –la formación libre de la opinión pública–, aunque desde el ámbito de un sujeto cualificado, el periodista.

Considero por ello procedente el intento de definir el contenido y facultades del nuevo derecho postulado.

En la medida en que las técnicas de manipulación social se encuentran principalmente a disposición de grandes grupos corporativos públicos o privados de carácter transnacional, que son además los principales prestadores de los servicios propios del mundo globalizado en materia de comunicación, información y gestión del conocimiento, entiendo que el derecho a la individualidad se configurará como un derecho fundamental esencial en el nuevo marco del Estado garante, pues en su defensa y protección son articulables las técnicas y políticas típicas de esta nueva configuración del poder público.

El elemento teleológico característico del derecho postulado permite identificar de forma más precisa las lesiones al bien jurídico protegido –a existencia, mantenimiento y desarrollo de la conciencia individual del sujeto como ser único dentro de la comunidad, para la libre formación de la voluntad social– así como articular mecanismos más precisos de protección y garantía.

2. Contenido

El contenido del derecho a la individualidad se define materialmente por «el conjunto de facultades, recursos y procesos que un ser humano necesita para construir, conservar y expresar una conciencia personal autónoma, real y operativa en el seno del grupo social en el que desarrolla su existencia».

La construcción y conservación de la conciencia personal de un ser humano precisa que éste cuente con recursos de diversa naturaleza, desde los meramente biológicos hasta los institucionales.

Como ser vivo necesita los nutrientes y cuidados necesarios para el mantenimiento y desarrollo del cuerpo como soporte material de su conciencia individual, a través de la correcta formación y funcionamiento de su sistema nervioso central. En esta perspectiva afirma Vicente M. Simón que

desde el punto de vista biológico, la aparición de la conciencia de orden superior requiere, por una parte, el desarrollo del aparato laringeo de fonación. Por otra, el de las áreas del lenguaje del hemisferio cerebral izquierdo, las áreas de Wernike y de Broca¹⁰ (Simón Pérez, 2000, p. 18)

Junto a su desarrollo biológico se lleva a cabo el proceso de endoculturación, que se define por Marvin Harris como «una experiencia de aprendizaje, parcialmente consciente y parcialmente inconsciente, a través de la cual la generación de más edad incita, induce y obliga a la generación más joven a adoptar los modos de pensar y comportarse tradicionales» (Harris, 2011, p. 4)¹¹.

Desde el punto de vista psicológico se entiende por conciencia la «capacidad de experimentar o sentir, con sentido de individualidad y teniendo el control ejecutivo de la mente» (Farthing, 1992). En una perspectiva filosófica, la conciencia personal es definida en su dimensión de conciencia moral, esto es, como capacidad propia del individuo, fruto de su naturaleza humana, para distinguir y juzgar entre lo bueno y lo malo; mientras que, desde un enfoque sociológico de base empírica, puede considerarse como una internalización de las reglas de los grupos a los que los individuos pertenecen.

Con una visión más general, para Adela Cortina la conciencia moral:

¹⁰ Añade el autor que: «Según la concepción de Edelman, primero se habría desarrollado la capacidad semántica, que a su vez presupone la existencia previa de conceptos, y después, secundariamente, se habría producido el desarrollo de la sintaxis. La sucesión temporal en esta línea evolutiva habría sido por tanto así: conceptos, semántica y, por último, sintaxis» (Simón Pérez, 2000, p. 18).

¹¹ Continúa el citado autor señalando que: «Así, los niños chinos usan palillos en lugar de tenedores, hablan una lengua tonal y aborrecen la leche porque han sido endoculturados en la cultura china en vez de en la de los Estados Unidos. La endoculturación se basa, principalmente, en el control que la generación de más edad ejerce sobre los medios de premiar y castigar a los niños. Cada generación es programada no sólo para replicar la conducta de la generación anterior, sino también para premiar la conducta que se adecué a las pautas de su propia experiencia de endoculturación y castigar, o al menos no premiar, la conducta que se desvió de éstas» (Harris, 2011, p. 4).

Puede entenderse como una voz estratégica que nos aconseja cómo alcanzar nuestros intereses de forma prudente, sin soliviantar al grupo, que puede castigarnos. El ser humano es egoísta y para alcanzar sus objetivos tiene que calcular hasta dónde puede llegar sin perder su reputación y sus bienes. En este sentido, entiende Alexander que la conciencia moral es la pequeña voz silenciosa que nos dice hasta dónde podemos llegar persiguiendo nuestros intereses sin correr riesgos intolerables. Sin embargo, también es posible entender que tener conciencia es identificarse con los valores de la comunidad, lo cual significa identificarse con las reglas del grupo. Hay que conectar con esas reglas emocionalmente, sentirse orgulloso cuando se cumplen y avergonzado cuando no. Desde esta perspectiva, la realidad neurobiológica de la conciencia consistiría en el dolor que experimentamos al ser rechazados, en el placer de pertenecer a un grupo y en la imitación de aquellos a los que admiramos (Cortina, 2013, p. 257).

La conciencia personal, que constituye el bien jurídico protegido por el derecho a la individualidad, estaría integrada por la combinación acumulativa de las cuatro perspectivas expuestas, de manera que cualquier ataque, amenaza o agresión contra cualquiera de sus dimensiones y del correcto desarrollo éstas, ya sea la biológica, la psicológica, la moral o la sociológica, supondría una vulneración del derecho fundamental.

3. Amenazas y agresiones

La enumeración de ataques, amenazas o agresiones contra cualquiera de las dimensiones de la conciencia personal sería siempre insuficiente y provisional, ya que la propia evolución de las posibilidades técnicas y las circunstancias sociológicas hace que sea inviable tratar de relacionar de forma definitiva y cerrada las posibilidades y técnicas efectivas de las primeras.

Con una pretensión meramente ilustrativa, podemos llamar la atención de algunos de los riesgos que se ciernen en la actualidad sobre el bien jurídico protegido por el derecho a la individualidad, agrupados según las diferentes dimensiones de la conciencia y en atención a las fases del proceso.

3.1. En relación con la dimensión biológica de la conciencia

Puede parecer excesivo contemplar, aunque sea teóricamente, la posibilidad de que conscientemente se pongan en marcha procedimientos que busquen interferir en los procesos biológicos de construcción y conservación de la conciencia personal con la finalidad de condicionar su desarrollo y funcionamiento para generar un individuo más manipulable y, por ello, menos autónomo.

La cuestión no es si existe en la actualidad o si puede llegar a existir en el futuro la voluntad de interferir en el correcto funcionamiento de la dimensión biológica de la conciencia individual, sino averiguar si existen posibilidades materiales y técnicas para intentarlo, llamando la atención sobre las mismas con la finalidad de anticiparse, si es posible, a su eventual verificación.

Como se comprende, esta cuestión tiene un contenido más propio de las ciencias naturales y las técnicas de bioingeniería, por lo que será a los profesionales de éstas a quienes les corresponderá exponer con propiedad la relación de amenazas viables. Por nuestra parte nos limitaremos tan solo a llamar la atención sobre algunas de las que ya aparecen como evidentes, bien porque se ha utilizado en el pasado o porque la posibilidad de su manejo resulta hoy en día ya cierta e indiscutible.

3.1.1. Fase de construcción

La conciencia personal es el producto final del sistema nervioso central del ser humano (SNC); en consecuencia, todo lo que incida negativamente en la correcta formación y desarrollo del SNC repercutirá desfavorablemente en la adecuada construcción de la conciencia individual.

En este sentido, se ha señalado por la doctrina científica que:

Los niños que sufren grave desnutrición proteica energética (DPE) pueden presentar disminución del crecimiento cerebral y de la producción de neurotransmisores. Además, se afecta el proceso de mielinización nerviosa, lo cual provoca una disminución de la velocidad de conducción nerviosa. Las células más afectadas son las neuronas y las células productoras de mielina. Se puede producir degeneración axonal además de la desmielinización (Garófalo Gómez, Gómez García, Vargas Díaz y Novoa López, 2009).

Por lo tanto, provocar déficits nutricionales en determinados grupos o sectores de la población, mermaría las posibilidades de la correcta formación del SNC de los individuos afectados.

Este tipo de ataque puede dirigirse directamente contra los niños en su edad temprana o incluso antes, durante su desarrollo fetal, provocando el déficit nutricional en las madres durante el periodo de embarazo, con los efectos que se han señalado también por la doctrina (Garófalo Gómez, Gómez García, Vargas Díaz y Novoa López, 2009)¹².

Es difícil pensar en gobiernos o poderes públicos que de forma intencionada provoquen conscientemente déficits nutricionales en su población o en determinados grupos para lesionar la correcta formación de la conciencia personal de los individuos y así, aumentar sus posibilidades de manipulación; es difícil, pero no imposible, sobre todo si ampliamos el foco de atención a instancias privadas nacionales o transnacionales y abrimos la puerta al dolo eventual como título de imputación.

3.1.2. Fase de conservación

Una vez configurada, de forma plena, la conciencia biológica precisa de las atenciones adecuadas para mantenerse real y operativa durante el desenvolvimiento de la vida adulta. La alimentación suficiente y apropiada es aquí igualmente necesaria, sin embargo, las amenazas en esta fase suelen atacar la conciencia procurando su alteración o intoxicación.

Son conocidos los métodos para alcoholizar a los indios que se emplearon durante la conquista de territorios en Estados Unidos y en Canadá, al igual que ocurrió en Brasil o con los aborígenes australianos; pero en modo alguno se trata de una actuación propia de épocas pasadas; en la actualidad, como se expone con claridad

¹² Igualmente, «La exposición a deficiencias nutricionales durante la etapa fetal puede ser un factor de riesgo para el desarrollo de determinadas afecciones psiquiátricas como la esquizofrenia y el trastorno bipolar. El cerebro puede ser la estructura del SNC más vulnerable a la malnutrición temprana. Algunas de las anomalías cerebelosas son irreversibles, como la reducción de gránulos. Los trastornos del desarrollo del SNC en la primera mitad del embarazo afectan la citogénesis y la histogénesis. En la segunda mitad de la gestación y en el período posnatal se alteran los procesos de crecimiento cerebral y de diferenciación celular. La desnutrición prenatal y durante los dos primeros años de vida puede disminuir el crecimiento cerebral. La medida de la circunferencia cefálica constituye el signo clínico más sensible de desnutrición grave en los niños» (Garófalo Gómez, Gómez García, Vargas Díaz y Novoa López, 2009).

en el Informe General de la Consulta sobre Alcoholismo y Pueblos Indígenas, elaborado en México en 2008:

La población indígena de todas las regiones expresa su preocupación por que el alcoholismo está afectando su salud física y su vida cotidiana. Padres, hermanos y, con más severidad, esposas e hijos sufren las consecuencias de este padecimiento. El alcoholismo, instaurado en las comunidades indígenas, provoca incumplimiento de los compromisos y las responsabilidades comunitarias; genera violencia intrafamiliar, accidentes, desajustes de identidad, depresión y suicidios. En algunos casos también hace víctimas de sojuzgamiento por deuda a los trabajadores del campo, pues al momento de su liquidación se les descuentan sus consumos o bien el pago directo de materias primas se les hace con bebidas alcohólicas (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2008, p. 14).

3.2. En relación con la dimensión psicológica de la conciencia

Si por conciencia psicológica entendemos la «capacidad de experimentar o sentir, con sentido de individualidad y teniendo el control ejecutivo de la mente», constituirán amenazas a la misma todos los intentos de limitar el conocimiento que tenemos de nuestro propio yo y de la relevancia y trascendencia de nuestros actos en el mundo. Por ello, habrán de reputarse ilegítimas las actuaciones encaminadas a dificultar la formación de una imagen propia, de una concepción individual del sujeto y de sus propios actos.

Los sistemas educativos de tipo colectivista supondrían una lesión contra la conciencia psicológica en su fase de formación; así como, en relación con la fase de conservación, los terribles programas de «reeducación» que históricamente se pusieron en marcha por algunos regímenes políticos, como el tristemente célebre experimento Pitesti en Rumanía entre 1949 y 1942 o las técnicas que todavía desarrollan determinadas sectas pseudo religiosas, que actúan como «grupos potencialmente generadores de trastornos en la personalidad» que otros preferimos calificar como sectas destructivas en razón a que en su dinámica de captación y/o adoctrinamiento se sirven de técnicas de persuasión coercitiva que tienden a destruir o a desestructurar la personalidad previa del adepto dañando severamente su equilibrio y autonomía así como sus lazos afectivos y familiares y la relación libre con su entorno laboral y social (Maqueda Abreu, 1996, p. 182).

Como una amenaza tradicional y aún vigente en la actualidad sobre la conciencia psicológica, destaca el papel de las sectas religiosas o ideológicas, que tratan de anular el sentimiento de valoración personal para someter al sujeto a los designios del grupo, que suelen ser son los establecidos por el líder o los dirigentes relevantes. Esta es una de las amenazas que ha recibido mayor atención expresa por parte de los poderes públicos¹³.

3.3. En relación con la dimensión moral de la conciencia

Si entendemos por conciencia moral la capacidad para conocer y distinguir el bien y el mal (Adela Cortina, Ferrater Mora), de manera que el individuo actúe con voluntad real de ejecutar acciones plausibles o reprobables y asumir sus consecuencias, habremos de considerar agresiones frente a este tipo de conciencia a todas aquellas

¹³ Véanse el Documento del Consejo de Europa sobre las actividades ilegales de las sectas, de 1999 (<http://www.aiiap.org/PDF/informe08.pdf>); el informe presentado ante la Asamblea Nacional francesa el 4 de octubre de 1958 sobre el estado económico y patrimonial de las sectas (<http://www.aiiap.org/PDF/informe07.pdf>) o el Dictamen aprobado por la Comisión de Estudio del Congreso de los Diputados sobre las sectas en España (http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/E/E_174.PDF).

actuaciones que se orienten a desdibujar la diferencia entre ambos conceptos o incluso a negarla. La conciencia moral

comprende, una conciencia psicológica que varía de una persona a otra y que puede ser definida como la actividad de la conciencia del sujeto que se examina a sí mismo, sus actividades, su experiencia y su comportamiento, sea externo o interno. Conciencia moral y conciencia psicológica se integran y se influencian recíprocamente (Sastoque, 2001; citado en Vargas Vargas, 2009, p. 110).

La importancia de la conciencia moral estriba en que se constituye como presupuesto y fundamento de la autonomía personal. Señala así Jorge Eduardo Vargas que:

El concepto moderno de autonomía surge principalmente con Kant y da a entender la capacidad del sujeto de gobernarse por una norma que él mismo acepta como tal sin coerción externa. Por el solo hecho de poder gobernarse a sí mismo, el ser humano tiene un valor que es el de ser siempre fin y nunca medio para otro objetivo que no sea él mismo (Vargas Vargas, 2009, p. 111).

Tal vez la mayor amenaza sobre la formación de la conciencia moral en el contexto de la globalización sea el intento de negar la vigencia del propio concepto autónomo de moral, cuestionando su validez y eficacia y suplantando los modelos de trasmisión tradicional por otros más poderosos, pero menos evidentes.

Siendo cierto que, en la actualidad y desde un punto de vista técnico, el sujeto individual puede acceder más fácilmente a las distintas fuentes de conocimiento que le permitan construir su propio sistema de valores, también lo es que, en la práctica, hoy en día es cuando más homogeneidad existe entre los conocimientos y valores transmitidos y recibidos, por lo que el individuo, en realidad, se está debilitando como instancia única de dimensión moral autónoma, diluyéndose en una gran moral colectiva unidireccional, superficial y fácilmente dirigible desde un solo centro de poder [la moralidad líquida, sobre la que ya teorizó (Bauman y Donskis, 2015)].

3.4. En relación con la dimensión sociológica de la conciencia

La conciencia sociológica, entendida como identificación con los valores de la comunidad, que proporciona sentimiento de orgullo al sujeto cuando adecúa su comportamiento a los mismos o de culpa y vergüenza cuando los desconoce o vulnera injustificadamente, no ha de confundirse con un mecanismo de sumisión grupal, sino antes bien, como una dimensión de crecimiento personal del ser humano en cuanto ser social (animal gregario) que coadyuva a su completo desarrollo individual al sentirse reconocido en los otros, lo que no le impedirá cuestionar, criticar y tratar de modificar esos valores desde sus propias convicciones a través de los procesos dialógicos oportunos.

El sesgo patológico puede surgir desde dos perspectivas: cuando al individuo no se le reconoce como miembro de la colectividad, o cuando se destruye o desprecia el valor de su comunidad natural; en ambos casos la conciencia sociológica se verá lesionada. Los procedimientos de ataque son variados, desde los procesos de *bullying* en el ámbito individual, hasta la estigmatización de colectivos minoritarios por motivos raciales, religiosos, sexuales, etc., en una dimensión colectiva (Escuder, 2019).

Otra variante de esta amenaza se articula mediante la distorsión intencionada de las circunstancias objetivas que afectan a una comunidad para confundir su entendimiento y alterar su voluntad. Un ejemplo altamente significativo de esta

modalidad se ha manifestado recientemente con la campaña de segmentación de la información puesta en marcha en Gran Bretaña durante el proceso de consulta al electorado sobre el *Brexit*.

Pues bien, expuestas someramente las amenazas sobre cada una de las dimensiones que integran la conciencia personal, pasaremos a analizar las facultades que atribuiría el derecho a la individualidad postulado a su titular para su defensa y protección.

4. Facultades

Todo derecho subjetivo –y los derechos fundamentales lo son– se caracteriza porque atribuye a su titular una serie de facultades para garantizar su contenido, ejercitando en su caso las acciones procesales necesarias para su satisfacción. Esas acciones se traducen en pretensiones dirigidas al órgano judicial para que imponga a los obligados por el derecho invocado los mandatos de dar, hacer o no hacer que resulten procedentes.

Las facultades están, pues, directamente relacionadas con el contenido del derecho y, cuando nos encuadramos ante uno de carácter reaccional, han de estar imbricadas correlativamente con las amenazas y agresiones que se ciernen o se ejecutan sobre él.

Como ya hemos dicho en otro lugar (Sánchez Sánchez, 2020, pp. 4-5), cualquiera que sea la definición que pueda darse del concepto de derecho subjetivo, de entre las muchas existentes en el panorama doctrinal, tanto civilista, como iusfilosófico –respecto del que ha realizado una magnífica síntesis, Juan de Páramo (1996)–, entiendo que, hoy por hoy, admitiendo la simplificación que ello representa, al utilizar la expresión «derecho subjetivo» estamos haciendo referencia, fundamentalmente a dos aspectos:

1º) A una facultad, a un poder de disposición que le corresponde a un sujeto respecto de una cosa y/o frente a otro u otros sujetos y que el primero puede esgrimir ante los tribunales de justicia, puede hacer valer en juicio, obteniendo así la protección y ayuda del poder coactivo estatal para satisfacer su pretensión.

2º) A la circunstancia de que la facultad o poder con que cuenta un sujeto lo tiene precisamente por su condición de ser humano, al margen, por el momento, de que respecto de tal facultad el ordenamiento jurídico realice exclusivamente una función de mero reconocimiento (tesis iusnaturalista) o de atribución (tesis positivista).

Aunque ambos aspectos suelen presentarse de forma conjunta y simultánea, como inherentes al propio concepto de derecho subjetivo, lo cierto es que no es necesario que conceptualmente se den en esa disposición, pues cada uno responde a planos distintos (al de la eficacia el primero, al de la fundamentación el segundo) y, además, surgen históricamente en momentos diferentes (con la obra de Guillermo de Occam uno y con Locke, sobre las formulaciones del Juez Coke, el otro).

Al configurarse como un derecho reaccional frente a las amenazas o agresiones que se dirijan contra él, lo habitual será que las acciones jurídicas que se orienten a preservar su contenido incorporen pretensiones de no hacer, negativas, esto es, que persigan del órgano administrativo o judicial mandatos dirigidos contra los atacantes o perturbadores para que cesen en su actividad. No obstante, no son descartables acciones que incorporen pretensiones de dar o de hacer cuando ya se haya lesionado efectivamente el contenido del derecho y sea precisa su restitución,

mediante la realización de actuaciones o la entrega de bienes y la prestación de servicios (*in natura*) «piénsese por ejemplo en la ejecución de un programa de desintoxicación o la entrega de dispositivos electrónicos libres de aplicaciones manipuladoras», o bien mediante indemnización por equivalencia, cuando el daño sea materialmente irreparable.

Se trata pues, conceptualmente, de uno de los derechos fundamentales integrantes de la denominada primera generación, aunque cronológicamente se formule mucho tiempo después de las revoluciones de finales del siglo XVIII y en una sociedad muy distinta de la dominada por la burguesía liberal. La característica fundamental de esta categoría de derechos, como sabemos, es que articulan pretensiones abstencionistas frente al Estado y al conjunto de la sociedad, para permitir así el desarrollo de la libertad individual; son conocidos por ello también como derechos de libertad o de autonomía. Sin embargo, en la fase del Estado garante, la protección que éste viene obligado a dispensar se puede (y a veces se debe) articular mediante la imposición de conductas positivas o prestacionales a terceros, ya sean sujetos públicos o privados. Es decir, en el momento inicial del ejercicio procesal, la acción declarativa podrá acumularse con una acción de condena, ya sea de hacer o de dar.

Como característica propia de la acción de protección del derecho a la individualidad, dada la manifiesta asimetría existente entre quien sufre el ataque y los que tienen la capacidad suficiente para provocar una lesión efectiva, se habría de articular necesariamente, en su dimensión procesal, el principio de inversión de la carga de la prueba, para equilibrar con ello los poderes de los implicados.

Como se sabe, la inversión de la carga de la prueba es una técnica procesal no desconocida en el ordenamiento jurídico español, que tiene ya una considerable experiencia aplicativa en campos como el del derecho laboral frente a sanciones o despídos discriminatorios o en el del derecho de daños en el ámbito civil¹⁴.

En el sistema norteamericano fue una de las técnicas procesales más tempranamente adoptadas para luchar contra la discriminación, en virtud del denominado *Antidiscrimination Law*. Así nos recuerda Ángeles Martín que:

Y es que, según la opinión unánime de la Corte, al Congreso, al elaborar la *Civil Rights Act*, le preocupaban más los efectos de las prácticas de empleo que la intención de los empleadores. Al desplazar la carga de la prueba se conseguiría que las empresas, para evitar tener que probar tal necesidad justificativa de la medida (prueba

¹⁴ El artículo 96.1 de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establece: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». En el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establecen mecanismos de inversión de la carga de la prueba en determinados procesos especiales como los que afecten a conflictos sobre competencia desleal y publicidad ilícita o cuando las alegaciones del actor se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. El mismo mecanismo inversor se contempla para procesos derivados de la Ley de Responsabilidad y Seguros en la circulación de vehículos a motor, de forma tal que «el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del *riesgo creado* por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación»; así como en Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que presume que «los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio».

generalmente difícil de aportar), pusiesen en marcha a iniciativa propia planes de acción afirmativa que corrigiesen el impacto desproporcionado y les eximiesen de aquella prueba, porque en caso de no poder probar tales necesidades empresariales, quedaban sujetos a responsabilidad frente a los perjudicados por su conducta objetivamente dañosa (Martín Vida, 2003, p. 162).

Con la articulación de esta técnica procesal sería suficiente que el demandante aportase unos indicios mínimos de verosimilitud sobre la existencia efectiva y real de la lesión al bien jurídico protegido, para que el órgano competente –ya sea administrativo o judicial– requiriese al demandado la aportación de prueba en contrario, estimando la demanda si no puede hacerlo en términos convincentes. Es evidente que, asimismo, el ejercicio procesal de este derecho podría dar lugar a la adopción de un amplio abanico de medidas cautelares y cautelarísimas, dentro del elenco abierto que contempla el derecho positivo, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno¹⁵.

En cuanto al orden jurisdiccional competente, lo cierto es que cualquiera de los existentes en los sistemas de derecho continental podría resultar involucrado, según provenga el ataque o la lesión de un poder público o de un particular y en función de que la situación conflictiva se presente bien en una relación civil, en una laboral o en una estatutaria; no siendo descartable, por supuesto, el orden penal cuando la lesión resulte constitutiva de delito según la legislación criminal vigente. Como apuntaremos más adelante, la ubicación del Estado en la posición de sujeto garante en el sistema de protección de este derecho no tendría por qué afectar al reparto primario de la jurisdicción.

5. Sujeto activo

El titular o sujeto activo de este derecho será siempre de forma necesaria una persona física, pues solo el ser humano está dotado de sistema nervioso central generador de una conciencia personal.

Se plantea, como en otros derechos, el problema de la titularidad de aquellos sujetos que, por razones patológicas, no han llegado a alcanzar o han perdido su capacidad de conciencia individual, tales como dementes profundos, discapacitados cerebrales desde el nacimiento o accidentados por traumatismos que limitan o eliminan la capacidad cerebral. Esta cuestión, que ya ha sido abordada en el estudio de la titularidad de los derechos subjetivos en general, desde la teoría del interés de Ihering, la de la voluntad de Windscheid o la ecléctica de Jellinek, resulta de particular relevancia en el derecho a la individualidad, por razón del específico objeto de éste, precisamente la conciencia personal de la que se encuentra privado el titular afectado.

Nuestro ordenamiento se ha decantado en el plano del derecho positivo procesal por la teoría del interés legítimo¹⁶ y consideramos que así debe también entenderse en relación con este derecho, reforzado, sin duda, por la fuerza expansiva de todos los derechos fundamentales y el obligado correlato de la interpretación

¹⁵ El artículo 727 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil contempla una amplia panoplia de medidas cautelares que pueden adoptar los tribunales con ocasión de la presentación de una demanda, contemplando además en su apartado 11: «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

¹⁶ En el artículo 4.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se considera interesados en un procedimiento a «quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos».

restrictiva de sus limitaciones¹⁷. Por ello, habría de reconocerse también en estos casos capacidad jurídica a los titulares, desplazando la capacidad de obrar a sujetos particulares con los que mantenga una especial vinculación (tutores, familiares, etc.) o a las instituciones públicas oportunas, ya sea el Ministerio Fiscal o determinadas administraciones y organismos especializados (defensorías o agencias de tutela).

Por último, surge el problema de la admisión del ejercicio colectivo de acciones en defensa de este derecho, dada su esencial configuración individual. Entiendo, como ya ocurre en otros casos, que su carácter *uti singuli* no impediría una acción colectiva siempre y cuando se conecte el daño o amenaza y las pretensiones ejercitadas con la conciencia personal de cada uno de los demandantes¹⁸. Esta viabilidad procesal resulta reforzada con el carácter finalista y social de las amenazas y lesiones que se proyecta sobre el derecho postulado, que constituye, además, su característica esencial.

6. Sujeto pasivo

Los sujetos con capacidad para lesionar de forma efectiva el libre desarrollo de la conciencia personal de otros precisarán, con carácter general, de una especial masa crítica en su dimensión y extensión. No cualquier individuo o grupo tiene la capacidad efectiva para articular mecanismos de ataque real sobre la conciencia personal de su próximo (salvo supuestos de sujeción patológica o esclavitud funcional que entran de lleno en el campo del derecho penal).

Por ello, lo habitual será que los sujetos pasivos del derecho sean aquellos que, pudiendo efectivamente lesionar el bien jurídico protegido por el mismo, vengan obligados a abstenerse de hacerlo y, en su caso, a reparar las consecuencias perjudiciales si la lesión o el ataque ya se ha verificado; en términos procesales se podría decir «que tengan una relación material y efectiva con el objeto del derecho»¹⁹.

¹⁷ En el sistema español se reconoce legitimación activa a quien ostenta «en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido» (Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) 634/2010, de 14 de octubre de 2010, de la Sala de lo Civil; 346/2014, de 27 de junio de 2014).

¹⁸ En la STC 11/1981, de 11 de abril, en relación con el derecho de huelga, se afirma: «Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que, si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales».

¹⁹ La STS de la Sala de lo Civil núm. 306/2019, de 3 de junio, afirma que: «La legitimación pasiva *ad causam* [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida –titularidad jurídica afirmada– y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996, 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente».

Ello acota inicialmente el ámbito de los sujetos pasivos a corporaciones públicas o privadas que cuenten con la estructura, el tamaño, el poder económico y, en suma, las posibilidades ciertas de desplegar sistemas, mecanismos, procesos, programas y actuaciones con efectividad suficiente y real para atacar y eventualmente lesionar cualquiera de las dimensiones que integran la conciencia personal de los ciudadanos.

Nos situamos así en el grupo de los Estados y las grandes corporaciones privadas nacionales e internacionales, sin descartar organizaciones más reducidas pero altamente especializadas en el manejo de los sistemas y tecnologías de la información y la comunicación, aunque éstas habitualmente suelen actuar por encargo de los primeros; lo que nos aboca también a la necesidad de distinguir en el campo del sujeto pasivo varios planos, desde el autor principal al ejecutor instrumental o al beneficiario, abriendo una panoplia muy similar a las figuras del derecho penal entre autor intelectual, material, medial, cómplice, cooperador necesario y beneficiario.

Entendemos que, respecto de todos ellos en sus distintas figuras –y otras más que la casuística puede presentar–, se podría predicar la legitimación pasiva necesaria para ocupar la posición de demandados y codemandados –solidaria o mancomunadamente, principales o subsidiarios– en el ejercicio de una acción procesal para la protección del derecho a la individualidad, incluyendo pretensiones tanto mero-declarativas como de condena.

Otro aspecto que se deriva de la especial dimensión de los sujetos pasivos de este derecho es que, habitualmente, pueden dar lugar a que se configuren «casos de peso», en un sentido tanto mediático como funcional. En la primera dimensión generarán una inevitable presión hacia el órgano judicial –articulada sobre la opinión pública por aquellos que precisamente la gestionan e incluso la crean ordinariamente–; en la segunda se plantearán problemas de eficacia derivados de la complejidad técnica para ejecutar determinadas medidas cautelares o definitivas de protección; piénsese, por ejemplo, en cómo se podría ordenar a determinado prestador de servicios digitales que unos concretos mensajes publicitarios o ideológicos dejen de enviarse a un sujeto particular o a un grupo definido por ellos. No es preciso añadir que, por parte de los obligados, se argumentarán toda clase de imposibilidades que requerirán para su valoración de un correcto y eficaz asesoramiento técnico en el órgano judicial.

En fin, todo ello requerirá, sin duda, de una especialización adecuada que, en la dinámica procesal, podría verse auxiliada también con técnicas que trasladen al demandado (y en su caso condenado) la carga de demostrar la eficacia de medios de abstención y reparación menos gravosos que los establecidos en la resolución judicial o administrativa, así como, en su caso, las medidas alternativas que considere igualmente efectivas.

7. Sujeto garante

El garante es el sujeto o institución llamado en último término por el derecho objetivo a asegurar el ejercicio efectivo del derecho subjetivo²⁰. En consecuencia, el operador deóntico que determinará la conducta del garante será siempre de mandato. Desde esta perspectiva, el sujeto garante de este derecho ha de ser necesariamente el poder público, hoy en día en su personificación estatal, como depositario actual de la

²⁰ Sobre la configuración y funciones del Estado garante puede consultarse a Parejo Alfonso (2015). Y, también, sobre el papel garantista de las Administraciones Públicas, véase Aguilar Villanueva (2002).

soberanía ciudadana y hasta que no se consolide eficazmente otro tipo de personificación soberana.

Frente a cualquier ataque o lesión del derecho, el sujeto individual sólo puede ser eficazmente protegido –con las limitaciones técnicas a las que antes hacíamos referencia– por una potestad y potencia conceptual y operativamente irresistible para cualquier corporación pública o privada. Y esa capacidad de compromiso ideal y efectivo de una sociedad en su conjunto solo la posee en la actualidad el Estado nacional. Bien es cierto que la irresistibilidad del poder estatal es solo una afirmación apriorística, pero no lo es menos que su capacidad de coerción real sigue siendo poderosísima en la actualidad y, en todo caso, superior a la de cualquier otro agente económico o social aislado.

Las funciones de garantía del Estado en relación con este derecho pueden articularse tanto de forma institucional, con carácter preventivo, como de manera operativa, mediante su participación en el proceso reaccional instado por el particular amenazado o lesionado.

Cuando el individuo haya iniciado previamente un procedimiento de protección en vía administrativa, sin éxito, en el posterior proceso judicial el Estado se situará en posición de demandado o codemandado. En todo caso, habrá de asumir, si la demanda es estimada, también la posición de garante, dando lugar a una situación confusa, pero no novedosa, que Rafael de Asís ya definió como la paradoja de los derechos, al coincidir en el Estado tanto el papel de protector como el de obligado (Asís Roig, 2000).

En los supuestos en los que la acción judicial sea fruto de una amenaza o lesión procedente de un sujeto particular, el Estado, aunque no hay intervenido en el pleito principal, se situará como obligado subsidiario en la fase de ejecución, con el mandato de involucrarse –en su función de Administración y no solo de Poder Judicial– en el cumplimiento efectivo de todos los pronunciamientos de condena referidos a obligaciones de dar y hacer. Ello no exige, en modo alguno, que se canalicen todos los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que el Estado actuará en el proceso de ejecución no como parte, sino en el ejercicio necesario de sus funciones como poder público garante de los derechos; dicho de otro modo, su intervención no es ocasional sino estructural y, por lo tanto, deriva una configuración normativa previa, ya sea positiva o formulada por vía jurisprudencial. En términos de legitimación pasiva, en los pleitos contra particulares, la del Estado lo será *ad causam* por razón de la configuración del derecho y *ad processum* por disposición legal o mandato judicial.

8. Técnicas de garantía institucional

Que nos encontramos ante un derecho de carácter reaccional no impide que se puedan desplegar instrumentos generales para reforzar su protección, tal y como ocurre con otros de la misma naturaleza como, por ejemplo, el derecho fundamental a la igualdad en el ejercicio de cargos y funciones públicas reconocido en el artículo 23.3 de la Constitución Española.

Las técnicas de garantía preventiva se articulan generalmente en el plano normativo mediante el establecimiento de regulaciones generales sustantivas y procesales que dificultan las amenazas y lesiones al bien jurídico protegido, a la vez que diseñan procesos ágiles y eficaces para su defensa.

Entre las normas sustantivas se pueden incluir las que establecen requisitos y términos adecuados para la prestación de los servicios que incidan con mayor intensidad en el ejercicio del derecho, referidos en nuestro caso, por ejemplo, a sistemas de comunicación y difusión de la información o a especificaciones técnicas de dispositivos e instrumentos. La utilización de ámbitos normativos supranacionales para esta finalidad es esencial para la mayor eficacia de las disposiciones relativas a esta materia, ya sea por vía de integración normativa regional, como es el caso de la Unión Europea, o por la vía convencional; en este sentido, hemos de volver a hacer referencia a la muy reciente propuesta sobre la *Artificial Intelligence Act* de la Comisión europea. En Estados Unidos, el camino regulatorio avanza con la *National Defense Authorization Act* de 2021 (NDAA), de la que deriva la *White House Office of Science and Technology Policy* (OSTP), que determinó el 1 de enero el establecimiento de la *National AI Initiative Office*. Todas ellas en el ámbito de la Inteligencia Artificial, que es una de las dimensiones de más incidencia sobre el derecho postulado.

Una faceta de este plano normativo se desarrolla, como vemos, con la creación de organismos especializados para el estudio y, en su caso, intervención en las políticas de protección del derecho, dotados de autonomía personal en configuraciones de agencias o autoridades independientes, con potestades y atribuciones variables²¹.

En el ámbito de las normas procesales se ha de proceder al establecimiento de reglas que faciliten el ejercicio efectivo de la acción con mecanismos especiales de inversión de cargas probatorias, tanto en la fase declarativa como en la ejecutiva, habilitando casuísticamente una variada posición de legitimaciones pasivas específicas y la del Estado, en todo caso, en los incidentes de ejecución.

Por último, es necesario llamar la atención sobre la circunstancia de que la vía de construcción jurisprudencial de un derecho, ya se mediante formulación diferenciada autónoma o por redefinición de los preexistentes, requiere necesariamente de articular las pretensiones oportunas a petición de parte. Es decir, será en las demandas iniciales en defensa de los bienes jurídicos que pueden entenderse protegidos por el derecho a la individualidad, donde hayan de expresarse las amenazas, las lesiones y, por supuestos, las técnicas de protección y reparación oportunas en relación con el derecho postulado; todo ello, con la necesaria fundamentación conceptual y jurídica, a cuya incipiente formulación esperamos haber contribuido modestamente con este artículo.

9. Conclusión

La definición de un nuevo derecho a la individualidad, con naturaleza de derecho fundamental y carácter reaccional, como derivación funcional de los recogidos en el vigente catálogo de derechos de la Constitución Española, parece procedente ante la insuficiencia de las proyecciones efectivas de los actuales para proteger a los ciudadanos frente a los intentos de menoscabar o confundir la conciencia personal, bien tratando de diluir al ser humano individual en colectivos diversos, o bien eliminando, minusvalorando o desconociendo sus características particulares con la

²¹ Es prolífica la enumeración de agencias y organismos independientes con personificación jurídica propia que han ido surgiendo en los últimos años en el sistema español, tales como la Comisión Nacional de la Competencia, establecida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; la Comisión Nacional del Mercado de Valores, creada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores o el Consejo de Transparencia, creado por Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

finalidad de condicionar su pensamiento o su conducta en relación con su actuación política, social o económica.

La configuración dinámica y operativa del derecho puede articularse mediante la aplicación de técnicas procesales ya existentes, como las de inversión de la carga de la prueba o la adopción de medidas cautelares efectivas y, además, en algunos casos, con la creación normativa de organismos independientes especializados y de nuevas legitimaciones subjetivas, como la de Estado garante, en el incidente de ejecución de sentencias judiciales.

La apertura de una vía jurisprudencial para la construcción del derecho postulado requiere el previo ejercicio de las acciones judiciales de parte que se consideren necesarias y oportunas para la reacción frente a las amenazas y lesiones de los bienes jurídicos protegidos en la configuración propuesta.

Bibliografía

- Aguilar Villanueva, L. (2002). Los perfiles de la Gobernación y la Gestión Pública al comienzo del siglo XXI. *POSTData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, 8. <https://www.revistapostdata.com.ar/2011/12/los-perfiles-de-la-gobernacion-y-la-gestion-publica-al-comienzo-del-siglo-xxi-luis-aquilar-villanueva/>
- Asís Rogig, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Dykinson.
- Bauman, Z y Donskis, L. (2015). *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*. Paidós.
- Canosa Usera, R. (2017). La protección de la integridad personal. *Revista de Derecho Político*, 100, 257-310. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20700/17175>
- Cobos Campos, A. P. (2013). El contenido del Derecho a la intimidad. *Cuestiones Constitucionales*, (29), 45-81. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531578003>
- Cortina, A. (2013). La conciencia moral, entre la naturaleza y la autonomía". *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*. 40, 249-262. <https://doi.org/10.36576/summa.32440>
- David Salinas, F. (2015). El Proyecto BRAIN: ¿Sólo se estudia en computadoras? *Revista Médica de Chile*, 143 (8). <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872015000800020>.
- De Páramo, J. R. (1996). Derecho Subjetivo. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (coords.), *El Derecho y la Justicia* (367-394). Trotta.
- Escuder, J. (2019). La instrumentalización del marketing para la difusión de las mentiras. El caso del Brexit. *Researchgate*. <https://www.researchgate.net/publication/335208188>
- Farthing, G. W. (1992). *The Psychology of Consciousness*. Prentice Hall.
- García-San Miguel Rodríguez Arango, L. (1995). *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Editorial Universidad de Alcalá.
- Garófalo Gómez, N., Gómez García A. M., Vargas Díaz, J. y Novoa López, L. (2009). Repercusión de la nutrición en el neurodesarrollo y la salud neuropsiquiátrica de niños y adolescentes. *Revista Cubana de Pediatría*, 81 (2). <http://scielo.sld.cu/pdf/ped/v81n2/ped08209.pdf>
- González Escudero, Á. (2011). *Sinopsis artículo 15*. Congreso de los Diputados. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2&force=1>
- González Escudero, Á. (2011). *Sinopsis artículo 18*. Congreso de los Diputados. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

- Harris, M. (2011). *Antropología cultural*. Alianza Editorial.
- Maqueda Abreu, M. L. (1996). Sectas y Derecho Penal: Una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los tribunales. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1.
- Martín Vida, M. A. (2003). Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el derecho estadounidense. *Revista Español de Derecho Constitucional*, 23 (68), 151-194. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25670redc068149.pdf>
- Martínez De Pisón Cavero, J. M. (2016). El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 409-430. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10040900430
- Nieves Saldaña, M. (2011). El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 279-312. <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6960>
- Parejo Alfonso, L. (2015). Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 33. https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.33._Luciano_Parejo_Alfonso.pdf/da9bf06e-f570-ad1e-f678-746c92e5d164
- Peralta Martínez, R. (2012). Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 251-283.
- Pérez Luño, A. E. (1986). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos.
- Presno Linera M. A. (2015). Dignidad Humana y libre desarrollo de la personalidad. En R. L. Chueca Rodríguez (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Sánchez, J. (2020). *La formación de los derechos. De Estado conformado al Estado garante*. Comares.
- Simón Pérez, V. M. (2000). La conciencia humana: integración y complejidad. *Psicotema*, 12 (1), 15-24. <https://www.psicothema.com/pdf/248.pdf>
- Stuart Mill, J. (1962). *Sobre la libertad*. Aguilar.
- Vargas Vargas, J. E. (2009). Formación de la conciencia moral: referentes conceptuales. *Revista Educación y Desarrollo Social*, 3 (1), 9-128. <https://doi.org/10.18359/reds.866>
- Yuste R. (2017). The Origins of the BRAIN Initiative: A Personal Journey. *Cell*, 171 (4), 726-735. <https://doi.org/10.1016/j.cell.2017.10.026>
- Yuste, R. (2018). Necesitamos neuroderechos universales / Entrevistado por José Viosca Ros. *Revista Investigación y Ciencia. Mente y Cerebro*, 91. <https://www.equipoagora.es/Necesitamos-neuroderechos-universales-A430.html>

El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones*

Law of Exception. Shortcomings and contradictions

Tomás-Ramón Fernández Rodríguez

Universidad Complutense de Madrid

tomasfernandez@ucm.com

Cita recomendada:

Fernández Rodríguez, T.-R. (2023). El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 131-145

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7993>

Recibido / received: 17/04/2023

Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

La única diferencia importante entre la legislación administrativa de las situaciones de necesidad y el estado de alarma es que, mientras en aquella su uso escapa a todo control porque la justicia administrativa es a posteriori, en el estado de alarma se asegura el control parlamentario. Todo lo demás es exactamente igual. El Real Decreto 463/2020 recluyó en su domicilio a la totalidad de la población española que, excepciones aparte, no pudo pisar legalmente la calle durante todo el tiempo que estuvo en vigor ese primer estado de alarma. A juicio del autor, la declaración del estado de alarma no permite decretar, como se hizo, la suspensión generalizada del derecho de circulación y residencia de los españoles. También a juicio de autor, la diferencia entre los estados de alarma y excepción no está en el supuesto de hecho que justifica su declaración sino en la intensidad de las respuestas que uno y otro permiten.

Palabras clave

Pandemia, declaración del estado de alarma, estado de alarma y estado de excepción, Estado de Derecho.

Abstract

The only important difference between the administrative legislation of situations of necessity and the state of alarm is that, while in the former its use escapes any control because administrative justice is a posteriori, in the state of alarm parliamentary control is ensured.

* Texto del seminario impartido por el profesor Tomás Ramón Fernández en la Universidad de Alicante, el 28 de octubre de 2021, en el marco del proyecto de investigación PID2020-113472RB-100, del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado *El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar*.

Everything else is exactly the same. Royal Decree 463/2020 confined to their homes the entire Spanish population who, exceptions aside, could not legally set foot on the street during the entire time that this first state of alarm was in force. In the author's opinion, the declaration of a state of alarm does not permit the decree, as was done, of the generalized suspension of the right of movement and residence of Spaniards. Also, in the author's opinion, the difference between states of alarm and states of emergency does not lie in the event that justifies their declaration, but in the intensity of the responses that one and the other allow.

Keywords

Pandemic, declaration of a state of alarm, state of alarm and state of emergency, Rule of law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una breve referencia a la gestación del artículo 116 de la Constitución Española. 3. El Derecho de excepción y las situaciones de necesidad. 4. El estado de alarma y la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. 5. A modo de conclusiones.

1. Introducción

Ahora que la terrible pandemia oficialmente declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de Marzo de 2020 parece haber remitido¹, ha llegado el momento de evaluar los daños que ha producido, que son muchos y muy graves en todos los ámbitos y que van más lejos de los más visibles y más dolorosos también, como son las vidas perdidas y las que la enfermedad ha alterado seriamente.

A nosotros, como juristas, nos corresponde hacerlo, lógicamente, desde la perspectiva del Derecho y, muy especialmente, del Derecho Público porque el imponente edificio del Estado ha estado a punto de derrumbarse y se hubiera arruinado efectivamente si la Unión Europea no hubiera acudido en apoyo de sus miembros poniendo en marcha un poderoso programa de recuperación que evitó, por lo pronto, la quiebra. Un programa que podrá permitir en los próximos años volver a alcanzar el nivel en el que nos encontrábamos en 2019, a costa, eso sí, de un espectacular incremento de la deuda que, no se olvide, alguien tendrá que pagar algún día.

La crisis del COVID-19 ha puesto al descubierto –y conviene tomar buena nota de ello– que el Estado como institución, un Estado sólo, no es realmente nada porque su capacidad de resistencia frente a una crisis de estas proporciones es mínima. Teníamos razones, buenas razones, para haberlo aprendido ya porque en la crisis del euro, hace sólo diez años, pudimos comprobar que sin el respaldo decidido del Banco Central Europeo se hubieran ido a pique no solo los Estados que fueron «rescatados» pura y simplemente, sino también el nuestro, aunque sólo lo fue en parte, y muy probablemente también todos los demás de la zona euro, si la propia divisa hubiera claudicado.

No aprendimos, sin embargo, la lección, que fue muy dura, y hay razones para temer que tampoco vayamos a aprenderla ahora. Así permitían pensarlo las declaraciones que hiciera al diario El Mundo el 7 de Abril de 2020, ya en pleno estado de alarma por lo tanto, el Sr, Borrell, actualmente «Ministro de Exteriores» de la Unión

¹ En el pasado mes de mayo de 2023, la OMS declaró el fin de la emergencia de salud pública de importancia internacional por la COVID-19. Según su director, el doctor Tedros Adhanom Gebreyesus, «esto no significa que COVID-19 haya dejado de ser una amenaza para la salud mundial».

Europea, que es un político serio, de extensa experiencia y sólida formación. En esas declaraciones el Sr. Borrell seguía hablando del Estado como prestamista de última instancia, empleador de última instancia, propietario y asegurador de última instancia, etc., etc., en la línea de la más estricta ortodoxia socialdemócrata, discurso que, sin duda, sigue sonando bien a mucha gente pero que ya sólo tiene sentido cuando se cuenta con una instancia protectora supranacional, que, esa sí, es la última instancia.

En un continente pequeño como Europa, la integración, es decir, esa «unión cada vez más estrecha entre los pueblos» de la que habla el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea, es sencillamente vital, un problema de estricta supervivencia por exagerado que esto pueda parecer. El reciente giro de la política exterior de los Estados Unidos no ha hecho sino subrayar la necesidad a la que me refiero.

A esta primera línea de reflexión hay que añadir de inmediato otra y es la relativa a los desequilibrios del sistema institucional que ha venido a resultar de la gestión de la crisis. Desde el inicio de ésta, que podemos fijar convencionalmente en el 14 de Marzo de 2020, fecha en que se dictó por el Gobierno y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, el Gobierno ha gestionado la crisis a golpe de Decreto-Ley sin control parlamentario en muchos casos, o con un control absolutamente mínimo.

En ese tiempo, en efecto, se han aprobado más de cuarenta Decretos-Leyes, de los cuales sólo doce se han tramitado ulteriormente como proyectos de Ley y sólo uno se ha convertido en Ley, la Ley 3/2020, de 18 de Septiembre. Nadie se ha molestado en analizar críticamente los Decretos-Leyes en cuestión, muchos de ellos con decenas de artículos cuya «extraordinaria y urgente necesidad», es decir, la de cada una de las medidas adoptadas por esos artículos, no la del Decreto-Ley en su conjunto, sería muy discutible en la mayoría de los casos. El manto de la pandemia lo ha tapado todo y nos ha acostumbrado a aceptar sin protesta una forma de legislar rigurosamente excepcional con la Constitución en la mano. Un día, sin tardar demasiado, habrá que hacer lo que se hizo en la II República con la obra legislativa de la Dictadura, esto es, crear una Comisión que limpie y depure el ordenamiento jurídico y deje en pie, como Ley, sólo lo que sea efectivamente necesario y deba tener ese rango.

La mayor parte del tiempo transcurrido desde el 14 de Marzo de 2020 la hemos pasado en estado de alarma, porque el Real Decreto 463/2020 fue sucesivamente prorrogado, lo que prolongó la situación excepcional hasta el 21 de Junio siguiente. Apenas transcurrido el verano, un nuevo Real Decreto, el 900/2020, de 9 de Octubre, volvió a declarar el estado de alarma en Madrid capital y en varios municipios aledaños para hacer frente al rebrote de la enfermedad, declaración que se extendió a todo el territorio nacional por el Real Decreto 926/2020, de 25 de Octubre, que fue prorrogada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de Noviembre, pero esta vez no por quince días, como en las prórrogas precedentes, sino por seis meses, esto es, hasta el 9 de Mayo de 2021, lo que quiere decir que el Gobierno eludió durante medio año la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados.

La primera declaración de estado de alarma supuso el confinamiento domiciliario de toda la población española, lo que el Tribunal Constitucional en una polémica y dividida Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 terminó declarando inconstitucional y nulo. A lo que hay que unir la Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021 que ha anulado los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de Marzo y 21 de Abril de 2020, que hicieron cesar temporalmente las iniciativas parlamentarias de diputados del grupo parlamentario de Vox.

De un modo u otro, es evidente que el Ejecutivo ha crecido sin medida en este periodo de tiempo, mientras que el Parlamento se ha empequeñecido. El Poder Judicial, por su parte, se ha visto obligado inopinadamente a jugar el papel de administrador al verse atribuida la competencia para la «autorización o ratificación judicial» de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que éstas consideren «urgentes y necesarias para la salud pública» e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales (nuevos artículos 6, 8, 10, 11 y 122 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa de 13 de Julio de 1998, según la redacción dada a los mismos por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de Septiembre, más atrás aludida), lo que en absoluto es propio de los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

El Estado de Derecho en su conjunto ha sido puesto a prueba, por lo tanto, como ya puse de manifiesto en el propio título de mi intervención en la obra colectiva coordinada por David Blanquer, *Covid 19 y Derecho Público durante el estado de alarma y más allá*, (Fernández 2020), que fue la primera que se dedicó a analizar el impacto de la pandemia en nuestro ordenamiento jurídico.

Todo esto, todas las grietas abiertas en la institución estatal que acabo de resaltar y algunas más que no son tan visibles, tienen que ser estudiadas ahora con cuidado para poder realizar las reparaciones necesarias, porque, de no hacerlo así, correremos el riesgo de cerrar en falso esta terrible experiencia. Ese estudio tiene que empezar, como es natural, por el principio, que, tratándose de una crisis sanitaria, no puede ser otro que el inventario y valoración del Derecho de excepción con el que contábamos para hacer frente a ella. A esto, concretamente, ceñiré, por lo tanto, el siguiente apartado.

2. Una breve referencia a la gestación del artículo 116 de la Constitución Española

El Derecho de excepción, es decir, el conjunto de normas aplicables en situaciones de necesidad, es entre nosotros muy abundante, quizás demasiado, como habrá ocasión de ir comprobando. Son muchas, en efecto, las Leyes administrativas, generales y sectoriales, que dedican algún precepto al tratamiento de las situaciones de emergencia y a los poderes que las autoridades administrativas pueden desplegar en estos casos y a la forma de utilizarlos.

A estos preceptos legales hay que añadir, por supuesto, la regulación contenida en el artículo 116 de la Constitución, que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, ha desarrollado, precepto que, como es sabido, ha añadido a los «clásicos» estados de excepción y de guerra o de sitio –que regulaba la vieja Ley de Orden Público de 20 de Julio de 1959 y que, de un modo u otro, son también los que figuran en las Constituciones de los países vecinos y, muy concretamente, en Francia– uno nuevo, el estado de alarma, que no tiene precedente y que ha sido una «invencción» de los constituyentes de 1978.

La primera pregunta que cabría formularse es cuándo puede o debe acudirse a aquellas Leyes o a este precepto constitucional. Esa pregunta no tiene respuesta, sin embargo, o no tiene otra que la existencia en el segundo caso de una decisión del Gobierno que en un momento dado y a la vista de las circunstancias resuelve declarar formalmente uno de los tres estados contemplados por el artículo 116 de la Norma Fundamental. La única diferencia es, en principio, puramente formal, ya que, si se deja a un lado el estado de sitio cuya causa legitimadora es la existencia, en grado de amenaza al menos, de «una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o

independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32.1 de la Ley Orgánica 4/1981), en los demás casos las situaciones que justifican la apelación a los preceptos de las Leyes ordinarias y a los estados de alarma y excepción son básicamente las mismas.

Basta para comprobarlo con la simple lectura del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 y los preceptos de las Leyes administrativas, generales y sectoriales, correspondientes. El artículo 4 de la Ley Orgánica dice, en efecto, que el Gobierno puede declarar el estado de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las alteraciones graves de la normalidad que a continuación enumera: catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. A esas mismas alteraciones de la normalidad hacen referencia, por ejemplo:

El artículo 21.1.m) de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de Abril de 1985, según el cual corresponde al Alcalde «adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta al Pleno».

El precepto que acabo de transcribir no tiene nada de novedoso. Estaba ya en la vieja Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de Junio de 1955, cuyo artículo 117.d) atribuía al Alcalde también poderes semejantes «en caso de gravedad producida por epidemias, trastornos de orden público, guerra, inundación o cualquier accidente análogo».

El artículo 17 de la Ley de Orden Público de 1959 contenía también una cláusula general del mismo corte referida a «los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública» en los que las Autoridades gubernativas, así en plural, «deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables».

La misma Ley en su artículo 32 autorizaba a las Autoridades gubernativas a «dictar las normas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, la libertad de comercio, el funcionamiento de los servicios públicos y de los centros de producción y trabajo, pudiendo exigir la prestación personal obligatoria de sus trabajadores y empleados».

La vigente Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 20 de Marzo de 2015 se refiere genéricamente a «situaciones de emergencia» al referirse en su artículo 21 a las medidas de seguridad extraordinarias, entre las que incluye el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente aislados o el depósito de explosivos o de sustancias susceptibles de ser utilizadas como tales, precisando que a estos efectos «se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos», definición ésta muy amplia que comprende sin dificultad las más específicas que utilizan las Leyes más atrás citadas.

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954, que sigue en vigor, se refiere en su artículo 120 a «graves razones de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones u otras calamidades», circunstancias en las que las autoridades civiles podrán adoptar medidas que impliquen la destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de los particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige la propia Ley.

Las Leyes especiales no se quedan atrás. Es expresiva en este sentido la Ley de Incendios Forestales de 5 de Diciembre de 1968, ya derogada, cuyo artículo 12 permitía a los Gobernadores Civiles y a los Alcaldes

cuando los medios permanentes de que se disponga no sean bastantes para dominar un incendio (...) proceder a la movilización de las personas útiles, varones de edad comprendida entre los dieciocho y los sesenta años, así como del material, cualquiera que fuese su propietario, en cuanto lo estimen preciso para la extinción del incendio.

El artículo 47.1 de la vigente Ley de Montes de 21 de Noviembre de 2003 reconoce al director o responsable técnico de las tareas de extinción poderes de movilización semejantes siempre que sea necesario y sin contar con la autorización de los propietarios correspondientes.

La Ley de Aguas, Texto refundido de 20 de Julio de 2001, apodera igualmente al Gobierno para adoptar las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión, «en circunstancias de sequías extraordinarias... o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales».

Si las situaciones de necesidad son las mismas como acabamos de ver, tampoco difieren, en principio, las medidas que en esas situaciones pueden adoptarse por las autoridades para hacer frente a ellas. También en esto se parecen las Leyes administrativas a las que acabo de hacer referencia y los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, relativos al estado de alarma.

El artículo 11 de la Ley en cuestión permite «limitar la circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» (apartado a), previsión sustancialmente idéntica a la contenida en el artículo 19 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de Febrero de 1992, que reproduce el artículo 17 de la vigente Ley Orgánica de 30 de Marzo de 2015 hoy en vigor:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento.

La segunda de las medidas citadas en el apartado b) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 es la de «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias», lo que tampoco es una novedad, ya que las requisas de bienes por «graves razones de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones u otras calamidades» están previstas en la ya antigua, pero todavía vigente, Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954. En cuanto a la imposición de prestaciones personales obligatorias hay que recordar que la vieja Ley de Orden Público de 1959 ya hacía expresa referencia a ellas, lo que también está previsto en la legislación de incendios forestales (artículo 12 de la Ley de

Incendios Forestales de 5 de Diciembre de 1968 y artículo 47 de la vigente Ley de Montes de 21 de Noviembre de 2003), aunque aquí se emplee un eufemismo y se hable de movilizaciones de medios personales y materiales («de las personas útiles, varones en edad comprendida entre los dieciocho y los sesenta años», decía literalmente el primero de dichos preceptos). La Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 30 de Marzo de 2015 establece también en su artículo 7 un deber general de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que «podrán recabar», dice, de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, «especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos».

La tercera medida de posible adopción en el estado de alarma (apartado c) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981) consiste en «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones y locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados», posibilidad esta que contempla también la legislación sanitaria a la que luego aludiré.

El apartado d) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 incluye en la lista de medidas la de «limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad» y el apartado e) del mismo artículo añade finalmente «impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción» en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, lo que recuerda el texto de los apartados e) y f) de la Ley de Orden Público de 1959, especialmente el primero de ellos que utiliza idénticos conceptos («dictar las normas necesarias») e, incluso, las mismas palabras («abastecimiento de los mercados», «funcionamiento de los servicios públicos», «centros de producción»).

En la legislación sanitaria, que tiene una muy larga tradición (Muñoz Machado, 2022) y requiere aquí por razones obvias mayor atención, son también perfectamente visibles medidas semejantes a las mencionadas por el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, incluso en la vieja Ley de Sanidad Nacional de 25 de Noviembre de 1944, cuya Base IV se dedicó a la lucha contra las enfermedades infecciosas. El texto de la Ley General de Sanidad de 25 de Abril de 1986 es muy expresivo en este sentido. Su artículo 26 concretamente dispone que

en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión de ejercicio de actividades, cierre de empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

De la Ley General de Sanidad de 1986 se desglosaron, como ha explicado Muñoz Machado (2022) algunos preceptos que por su contenido parecían reclamar una Ley Orgánica y que efectivamente se incorporaron a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de salud pública. El artículo 3 de ésta estableció en concreto que con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, cláusula abierta destinada a dar cobertura a todo tipo de intervenciones en la libertad

de los ciudadanos que pudiesen resultar precisas. Eso, al menos, invita a pensar que el precepto transcrita se adoptara finalmente con el rango de Ley Orgánica.

El artículo 4 de la propia Ley autoriza, en fin, a la Administración sanitaria a establecer temporalmente el suministro centralizado medicamentos o productos sanitarios cuando éstos se vieran afectados «por excepcionales dificultades de abastecimiento», así como a condicionar la prescripción de los mismos.

Por si esto fuera poco una tercera Ley, la General de Salud Pública de 4 de Octubre de 2011, permitió, incluso, ir más allá de la Ley Orgánica 3/1986 al autorizar a la autoridad competente la adopción, mediante resolución motivada, de una larga serie de medidas que dejan pequeño el cuadro de las que el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 señala como de posible adopción en el estado de alarma. No puedo dejar de reseñarlas aquí porque prueban más allá de toda duda lo que pretendo poner de manifiesto. Es la siguiente:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias;
- b) la intervención de medios personales y materiales;
- c) el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias;
- d) la suspensión del ejercicio de actividades;
- e) la determinación de las condiciones precisas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones y establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta Ley con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas;
- f) cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud.

Pues bien, si las situaciones de necesidad que contemplaba ayer y contempla hoy la legislación administrativa en general y, por supuesto, la legislación sanitaria coinciden absolutamente con las que legitiman la declaración por el Gobierno del estado de alarma, y si también coinciden las medidas que para hacer frente a dichas situaciones autorizaban aquella legislación y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, resulta obligado preguntarse ¿por qué optaron los constituyentes de 1978 por «inventar» un estado de necesidad nuevo, el llamado de alarma, si ya entonces la Administración disponía de poderes suficientes para hacer frente a las alteraciones de la normalidad que éste pretende atajar? ¿Hemos ganado algo con ello?

A estas primeras preguntas hay que añadir otra, más importante todavía: ¿por qué el Gobierno decidió el 14 de Marzo de 2020 declarar formalmente el estado de alarma contando como contaba con la panoplia de poderes que la legislación administrativa y, en particular, la legislación sanitaria ponía ya en sus manos?

Procuraré ir respondiendo a continuación a estas preguntas por el orden en que las he formulado, lo que me obliga a remontarme al proceso constituyente que dio vida al artículo 116 de la CE con el fin de dar respuesta, si es que es posible, a la primera de ellas.

3. El Derecho de excepción y las situaciones de necesidad

El artículo 116 de la Constitución no tiene mucha historia. En el Borrador del Texto constitucional que publicó la prensa diaria el 25 de Noviembre de 1977 había un artículo 125 con una formulación muy parecida, que pasó al Anteproyecto elaborado por la Ponencia que fue publicado por el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de Enero de 1978 sin otro cambio apreciable que el de su ubicación y su número, el 94, el último del Título IV dedicado a las Cortes Generales.

El informe de la Ponencia no aceptó la propuesta de la enmienda número 692, formulada por Simón Sánchez Montero, en nombre del Partido Comunista de España, que fue, en rigor, lo más relevante de todo el proceso. La enmienda proponía, en efecto, la supresión del estado de alarma y daba para ello una justificación que a mí me parece ahora extraordinariamente razonable. El Gobierno –entendía el enmendante– tenía podres suficientes, por lo que podía ocurrir que sirviera para limitar derechos sin decirlo. Y si se trataba de circunstancias excepcionales que exigieran limitación de derechos, ya existía para ello el estado de excepción y el estado de sitio. Sánchez Montero, con la experiencia que le proporcionó su intensa y azarosa vida política, adivinó realmente lo que iba a ocurrir cuarenta y tres años después y el debate que iba a tener lugar en el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo.

La enmienda, a la que se opuso en términos más bien convencionales en la Comisión Constitucional del Congreso el Sr. Gabriel Cisneros Laborda, al que se sumó el Sr. Manuel Fraga Iribarne, fue rechazada por 26 votos en contra, 2 a favor y 1 abstención, rechazo que se repitió en el Pleno por 246 votos en contra, 33 a favor y 3 abstenciones.

En el Senado el tema se trató rápidamente, puesto que la enmienda número 51, presentada por el Sr. Lorenzo Martín-Retornillo, en nombre del grupo Progresistas y Socialistas Independientes, con el mismo contenido que la del Sr. Sánchez Montero, fue también rechazada por 19 votos en contra, 4 a favor y 2 abstenciones, retirándose a continuación.

No sé quién fue el autor de la idea de añadir a los estados de excepción y de sitio el estado de alarma porque los comentaristas del texto constitucional que por su condición de diputados (Oscar Alzaga) o de Letrados de las Cortes, como José Manuel Serrano Alberca, se encontraban más cerca y por esa razón podían haberlo sabido no han dicho nada al respecto. No fue, me parece, una idea afortunada, porque, como ponen de manifiesto los comentarios de uno y otro, ni siquiera estuvo claro en ese primer momento si los tres estados se relacionaban entre sí por su creciente gravedad o intensidad, o si, por el contrario, había que considerarlos como situaciones cualitativamente diferentes, que es otro de los problemas que ha sido objeto de debate en el proceso constitucional resuelto para la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021.

Lo cierto es que, tal y como ha sido dibujado por el artículo 116 de la Constitución y por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, que lo ha desarrollado, las fronteras, los límites, del estado de alarma distan mucho de ser nítidas. Por la derecha, por así decirlo, sus perfiles son más bien borrosos, ya que, como he dicho más atrás, no hay diferencias apreciables que lo separen de las situaciones de necesidad que contemplan las Leyes administrativas, problema que tampoco ha contribuido a aclarar el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981, según el cual en las catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud y en las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves, «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores», es decir, las específicas del estado de alarma, «las establecidas en las normas contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales», lo que no deja en buen lugar al estado de alarma porque da la impresión de que la panoplia de

medidas habilitadas por la legislación administrativa es más amplia que las que permite dicho estado.

Hay sí una diferencia importante entre la legislación administrativa de las situaciones de necesidad y el estado de alarma y es que el uso de aquéllas escapa a todo control porque la justicia administrativa es *a posteriori* y, por lo tanto, tardía, y el de este, en cambio, asegura el control parlamentario, ya que el Gobierno, aunque no necesita la autorización del Congreso para declararlo, sí la requiere para prorrogarlo, lo cual garantiza un seguimiento y una valoración de las medidas que se vayan tomando cada quince días en sede parlamentaria.

Con esta diferencia, repito, todo lo demás es exactamente igual, incluida la intensidad de las medidas que puedan adoptarse en uno y otro caso, ya que en el Derecho de excepción mandan siempre las circunstancias y no hay otro límite que el que resulta del principio de proporcionalidad. Las reglas de competencia y de procedimiento se borran y la propia jerarquía normativa se esfuma para dejar paso a los reglamentos llamados de necesidad, que pueden desplazar, incluso, a las Leyes formales por el tiempo que dure la excepcionalidad de las circunstancias.

Tampoco es muy clara la frontera que separa el estado de alarma del estado de excepción, al menos si uno se atiene a la letra de los textos, aunque esto ha sido también motivo de debate en el proceso constitucional resuelto por la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 y ha provocado la división de los Magistrados constitucionales a propósito de la interpretación del concepto de orden público. Los Magistrados de la minoría tienen, al parecer, una visión muy estricta de dicho concepto, influida muy probablemente por la experiencia de los estados de excepción vividos en el franquismo, muy vinculados a la política o para ser más exactos a la policía política.

Hay que decir, sin embargo, que el concepto del orden público, forjado en el siglo XIX, no se ha ceñido nunca a la seguridad ciudadana, que era sólo uno de los elementos del tríptico clásico, «tranquilidad, seguridad y salubridad». Las cuestiones concernientes a la salud pública siempre se han considerado, por lo tanto, parte sustancial del orden público, del orden ciudadano. No hay, por lo tanto, razón para excluirlas ahora del ámbito propio del estado de excepción tal y como lo define el artículo 13.1 de la Ley 4/1981, que termina refiriéndose a «cualquier otro aspecto del orden público».

Sobre todo ello habré de volver, como es lógico. Lo que quiero subrayar ahora como conclusión de lo hasta aquí dicho es que, contemplado en su conjunto, el artículo 116 de la CE, que en una primera mirada parecía limpio y claro, ha resultado problemático en extremo cuando se ha visto puesto a prueba y, lo que es peor, dudosamente eficaz. La simple lectura de la Sentencia constitucional 148/2021, de 14 de Julio, que ha declarado inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos «modificar, ampliar o restringir» del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, que declaró el primer estado de alarma, y de sus votos particulares, así lo demuestra, como vamos a ver a continuación.

4. El Estado de alarma y la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021

El Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, que declaró el estado de alarma, incluyó una impresionante batería de medidas que, pese a su aparatosidad, eran fácilmente identificables, en principio en los preceptos de las Leyes administrativas antes recordadas y, muy especialmente, en el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública

de 4 de Octubre de 2011. Hasta aquí tiene, sin duda, razón Muñoz Machado (2022) cuando dice que con las medidas previstas en la legislación sanitaria de excepción hubiera sido suficiente.

Si esto es cierto en general, no puede decirse lo mismo, en concreto, de la primera de las medidas de la larga lista contenida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, es decir, de la relativa a la «limitación de la libertad de circulación de las personas» (sic) a la que se refiere el artículo 7 del mismo. El apartado 1 de éste dice, convienen repetirlo aquí, que «durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada», precisando a continuación a qué concretas actividades se refiere.

El texto del precepto está redactado en positivo («las personas (...) podrán»), pero su sentido es inequívocamente prohibitivo: expresa, en efecto, con toda claridad una prohibición general que admite, desde luego, algunas excepciones, como el adverbio «únicamente» señala. Hubiera dado lo mismo escribirlo en negativo, es decir, empezando por «las personas... no podrán» seguido de un «salvo para la realización de las siguientes actividades». *In claris non fit interpretatio* se dice desde hace veinte siglos. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras», dice el artículo 3.1 del Código Civil, y aquí el sentido propio de las palabras es inequívoco.

Esa fue, como no podría ser de otro modo, la interpretación que *nemine discrepante* dio al artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 el pueblo español en general o, si se prefiere una expresión menos enfática, la sociedad española, que bautizó de inmediato a la norma dándola el nombre de «confinamiento», palabra que el Diccionario de la Lengua Española define como acción y efecto de confinar, esto es, de «recluir dentro de límites».

El Real Decreto 463/2020, artículo 7.1, recluyó en su domicilio a la totalidad de la población española, que, excepciones aparte, no pisó o, por lo menos, no pudo pisar legalmente la calle por decirlo de un modo gráfico durante todo el tiempo que estuvo en vigor ese primer estado de alarma. Nadie puede negar esto porque es una evidencia de la que todos, sin duda, tenemos alguna prueba en nuestras propias familias. Pues bien, establecido esto, hay que añadir a continuación que no hay en la legislación administrativa de excepción, incluida la más específica e, incluso, más expresiva también, legislación sanitaria, ningún precepto que se parezca a este artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 y que tenga una extensión y una intención semejantes.

El más parecido de todos, el artículo 17 de la ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 30 de Marzo de 2015, es mucho más comedido porque se limita a afirmar que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos (...) en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana (...) por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento», lo que apunta claramente a limitaciones o restricciones puntuales, de corta duración.

Su precedente, el artículo 19 de la ley orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de Febrero de 1992, era prácticamente idéntico. Ni siquiera la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959 llegó tan lejos, dentro incluso del estado de excepción, en el que el artículo 28 autorizaba a las autoridades administrativas a

prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que en el bando se determinen; la formación de grupos o el estacionamiento en la vía pública y los desplazamientos de localidad o bien exigir a quienes los hagan que acrediten su identidad y el itinerario a seguir.

La legislación sanitaria de excepción tampoco contempla una medida de alcance semejante a la del artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020. La cláusula general del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas especiales en materia de salud pública, se queda también más corta porque no se refiere a toda la población española en general, sino sólo a «los enfermos, a las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y al medio ambiente inmediato», sin que el inciso final del precepto («así como las medidas que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») pueda cubrir la distancia que media desde este punto a la generalidad de la población.

Teniendo en cuenta estos hechos, que nos constan a todos por notoriedad, y estos datos legales, que son también muy expresivos, resulta muy difícil –a mí al menos– aceptar la tesis mantenida por los Magistrados constitucionales de la minoría que formularon votos particulares disidentes de la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, incluso en la muy cuidadosa formulación que hace el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular, de que suspensión y limitación del derecho (en este caso a la libre circulación) son conceptos radicalmente distintos, «aunque las dos puedan llegar a un resultado material similar –la privación del derecho o el vaciamiento de su contenido–».

Soy, pues, de la opinión, en la línea que expuso ya en un primer momento un antiguo Magistrado constitucional, y notabilísimo profesor de Derecho Constitucional, el Sr. Manuel Aragón Reyes (2020) y, más recientemente en el estudio incluido en el volumen Memoria del Pleno sobre tres crisis encuadradas: sanitaria, económica y social, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Gómez-Ferrer Morant, 2021), de que la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que sólo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución (...): «Ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho, sino suspenderlo», cosa "bien distinta de la normativamente estipulada para el estado de alarma».

En mi opinión, la mayoría del Tribunal Constitucional acierta cuando subraya que el artículo 7.1 del repetidamente citado Real Decreto 463/2020 establece una regla general prohibitiva, que configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede de lo que la LOAES permite «limitar» para el estado de alarma («la circulación o permanencia... en horas y lugares determinados», artículo 11, letra a).

Tal restricción añade la Sentencia de 14 de Junio de 2021 –aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a *radice*, de forma generalizada, para todas las personas y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir y sólo puede justificarse cuando concurren las circunstancias previstas en el Real Decreto.

A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término «suspensión» parece difícil negar –yo así lo creo también– que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los caos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritas, como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa –concluye– implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de «suspensión», utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma Fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter «meramente» restrictivo y no suspensivo.

Por mi parte, sólo podría añadir que si se reconociera al estado de alarma la posibilidad de llegar a la privación del derecho a circular libremente o al vaciamiento de su contenido, como admiten los Magistrados disidentes, no sería necesario ya el estado de excepción, conclusión ésta absurda en el plano sistemático, a la que, como indica el brocado clásico, *nemo tenetur*. La Sentencia constitucional 148/2021, de 14 de Julio, ha puesto, pues, a mi juicio al menos, las cosas en su sitio.

5. A modo de conclusiones

Formularé sólo para terminar algunas consideraciones generales para que hagan el papel de conclusiones provisionales en el sentido procesal de la expresión.

Las normas de excepción incluidas en las Leyes administrativas, generales y sectoriales, son semejantes en todo, es decir, tanto en la definición del supuesto de hecho, como en las medidas que permiten adoptar y en la intensidad de éstas, a las que regulan el estado de alarma. Puestos a buscar alguna diferencia que permita compatibilizar ambos tipos de normas yo diría que los preceptos de las Leyes administrativas están pensados para dar respuestas inmediatas en los momentos iniciales de la situación de emergencia correspondiente. Por eso la legislación local habilita al Alcalde para adoptar esas medidas primeras de respuesta porque en todos los pueblos hay uno y él es la autoridad, la única autoridad en esos primeros momentos. Luego llegarán autoridades gubernativas superiores, que tomarán las riendas y recabarán los auxilios de los que un Alcalde no dispone.

Si la situación de necesidad o de emergencia amenaza con prolongarse días o semanas será el momento de pensar en pasar de la provisionalidad de esas primeras respuestas a la declaración formal del estado de alarma, que sustituirá la provisionalidad inicial y la intervención de las autoridades más inmediatas, más cercanas, por una organización *ad hoc* dirigida por el Gobierno o, por delegación suya, por el Presidente de la Comunidad Autónoma, a cuyas órdenes directas quedarán todas las Autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y los demás trabajadores al servicio de las mismas (artículo 7 y 9 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio).

No hay ninguna razón que justifique la correlación orden público –estado de excepción–, ni que excluya aquél del ámbito propio del estado de alarma. Entenderlo así sólo es posible a través de un concepto restrictivo del orden público, que no es con toda evidencia el de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio.

El artículo 4 de esta refiere el estado de alarma a «alteraciones graves de la normalidad», entre las que incluye «la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» y «situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad» lo que viene a coincidir con «el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público» que el artículo 13 de la misma Ley utiliza para definir el supuesto habilitante de la declaración del estado de excepción.

La vieja Ley de Orden Público del 30 de Julio de 1959 se situaba también en esa línea al precisar en su artículo 2 que «son actos contrarios al orden público: (...) b) los que altera o intentan alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos».

La diferencia entre los estados de alarma y de excepción no está, pues, en el supuesto de hecho que justifica su declaración, sino en la intensidad de las respuestas que uno y otro permiten. Si la situación de emergencia obliga a suspender uno de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 55 de la Constitución o a vaciarlo de contenido será obligado echar mano del estado de excepción, ya que el de alarma no permite llegar tan lejos, como ha puesto de manifiesto la Sentencia constitucional de 14 de Julio.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (10 de abril, 2020). Hay que tomarse en serio la Constitución. *El País*. https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html
- Banco de España. (17 de mayo, 2023). *La deuda de las Administraciones Públicas ascendió a 1.535 mm de euros, el 113% del PIB, en marzo de 2023*. <https://www.bde.es/wbe/es/noticias-eventos/actualidad-banco-espana/notas-banco-espana/deuda-aapp-marzo-2023.html>
- Fernández Rodríguez, T. R. (2020). El estado de derecho, a prueba. En D. Blanquer (coord.). *COVID-19 y Derecho Público* (pp. 19-24). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2022). *El poder y la peste*. Iustel.
- Organización Mundial de la Salud. (6 de mayo de 2023). Se acaba la emergencia por la pandemia, pero la COVID-19 continúa. <https://www.paho.org/es/noticias/6-5-2023-se-acaba-emergencia-por-pandemia-pero-covid-19-continua>
- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (ed.) y Gómez-Ferrer Morant, R. (coord.). (2022). *Memoria del pleno sobre tres crisis encadenadas: sanitaria económica y social*. Aranzadi.
- Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 191, 29 de julio de 1992, pp. 1-112.

Legislación

- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134, de 5 de junio de 1981.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 1985.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado* núm. 80, de 3 de abril de 1985.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado* núm. 102, de 29 de abril de 1986.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. *Boletín Oficial del Estado* núm. 46, de 22 de febrero de 1992.
- Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. *Boletín Oficial del Estado* núm. 280, de

- 22 de noviembre de 2003.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. *Boletín Oficial del Estado* núm. 240, de 5 de octubre de 2011.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado* núm. 167, de 14 de julio de 2020.
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado* núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 176, de 24 de julio de 2001.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Boletín Oficial del Estado* núm. 67, de 14 de marzo de 2020.
- Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 268, de 9 de octubre de 2020.
- Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 282, de 25 de octubre de 2020.
- Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291, de 4 de noviembre de 2020.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional. Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. *Boletín Oficial del Estado* núm. 182, de 31 de julio de 2020.

Tribunal Constitucional. Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021. Recurso de amparo 2109-2020. *Boletín Oficial del Estado* núm. 268, de 9 de noviembre de 2020.

Poderes excepcionales. Suspender y limitar derechos fundamentales. A propósito de la STC 148/2021, de 14 de julio*

Exceptional Powers. Suspending and Limiting Constitutional Rights. On the Constitutional Court Sentence 148/2021, of July 14.

Ángeles Ródenas Calatayud
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0002-1983-0691
angeles.rodenas@ua.es

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0003-1343-1021
juan.ruiz@ua.es

Cita recomendada:

Ródenas Calatayud, A y Ruiz Manero, J. (2023). Poderes excepcionales. Suspender y limitar derechos fundamentales. A propósito de la STC 148/2021, de 14 de julio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 146-160

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7994>

Recibido / received: 27/06/2023
Aceptado / accepted: 22/08/2023

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PID2020-113472RB-100, del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado *El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar*. Hemos discutido su contenido con los investigadores miembros del proyecto en el marco del 2º Seminario del Proyecto D-COVID19, celebrado en la Universidad de Alicante el 30 de mayo de 2022. Estamos muy agradecidos a todos los investigadores del proyecto por su atención y comentarios. Agradecemos también a Tomás Ramón Fernández y a Germán Valencia su cuidadosa lectura de un borrador preliminar de este texto, así como a los dos evaluadores externos de la revista por sus valiosas aportaciones.

Resumen

La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, introduce una drástica modificación en la configuración del poder para declarar el estado de alarma respecto de su conformación originaria por parte del legislador orgánico. Para examinarlo, los autores comienzan exponiendo los diferentes argumentos del Tribunal Constitucional en la sentencia citada, vinculando cada uno de ellos con cada uno de los requisitos de la norma que confiere poder para declarar el estado de alarma. El corazón de la argumentación del TC se encuentra en el requisito de competencia material. La sentencia citada es objeto por parte de los autores de un análisis crítico que versa básicamente sobre la diferencia entre limitar y suspender un derecho fundamental, lo que a su vez constituye la piedra angular de la argumentación del TC. A juicio de los autores, la declaración del estado de alarma por parte del Consejo de Ministros en fecha 14 de marzo fue una medida claramente constitucional, puesto que encaja perfectamente con lo que sería una reconstrucción adecuada de lo que supone una limitación de un derecho fundamental.

Palabras clave

Reglas que confieren poderes, estado de alarma, STC 148/2021 de 14 de julio, Suspender, limitar, derogar una disposición que expresa un derecho fundamental, Derecho de excepción.

Abstract

Constitutional Court Sentence 148/2021, of July 14, made a drastic modification in the configuration of the power to declare a state of alarm with respect to its original conformation by the organic legislator. In order to examine this, the authors begin by setting out the different arguments of the Constitutional Court in the aforementioned sentence, linking each of them to each of the requirements of the power conferring rule to declare a state of alarm. The heart of the Constitutional Court's arguments lies in the requirement of material competence. The authors critically analyze the aforementioned sentence, focusing basically on the difference between limiting and suspending a constitutional right, which in turn constitutes the cornerstone of the Constitutional Court argumentation. In the authors' opinion, the declaration of the state of alarm by the Council of Ministers on March 14 was perfectly constitutional, since it fits with what would be an adequate reconstruction of what a limitation of a constitutional right entails.

Keywords

Power Conferring Rules, State of Alarm, CCS 148/2021 of July 14, Suspending, Limiting, Derogating a Provision Expressing a Constitutional Right, Situations of suspension of fundamental rights and freedoms (site of alarm, state of exception, estate of siege).

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Requisitos contenidos en la norma que confiere el poder para declarar el estado de alarma. 2.1. Reglas que confieren poderes de autonomía y reglas que confieren poderes de heteronomía. 2.2. La regla que confiere poder para declarar el estado de alarma. 2.3. El encaje de los argumentos del Tribunal Constitucional. 3. Sobre reglas generales y excepciones. 4. Sobre el carácter general o particular de una norma (de una prescripción). 5. Suspender, derogar, limitar un derecho fundamental. 6. La defensa de Tomás Ramón Fernández de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021. 7. A modo de conclusión.

1. Introducción

En este trabajo examinaremos críticamente cómo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, la configuración del poder para declarar el estado de alarma experimenta una drástica modificación respecto de su conformación originaria por parte del legislador orgánico, dibujando un panorama sobre el poder para declarar el estado de alarma alejado de lo que hasta el momento parecía

constituir algo generalmente aceptado por los juristas¹. Aunque la sentencia ha sido profusamente tratada por parte de la doctrina jurídica constitucional y administrativa, estimamos que desde la filosofía del Derecho se pueden aportar elementos de análisis novedosos que inviten al debate y a la reflexión. Nuestra pretensión, por lo tanto, no es incursionar en el amplio debate originado por la sentencia en la literatura jurídica, sino mostrar cómo los argumentos centrales tratados por el Tribunal Constitucional en su sentencia pueden ser diseccionados, reorganizados y sometidos a un análisis crítico desde categorías teóricas características de la filosofía del Derecho.

Para ello, en el apartado segundo de este trabajo introduciremos algunas consideraciones generales sobre las normas que confieren poderes que aplicaremos después a la norma que confiere el poder para declarar el estado de alarma. Para presentar los argumentos esgrimidos por parte del Tribunal Constitucional, cerraremos el apartado vinculando cada uno de estos argumentos a cada uno de los requisitos de la norma que confiere poder para declarar el estado de alarma. Veremos cómo el corazón de la argumentación del Tribunal Constitucional se encuentra en el requisito que, conforme a la teoría de las normas (Atienza y Ruiz Manero, 1996), podríamos denominar «competencia material».

En los dos siguientes apartados, empleando herramientas de análisis características de la teoría del Derecho, analizaremos en profundidad los argumentos manejados por el Tribunal Constitucional para justificar la presencia de un defecto que afecta a la competencia material para la declaración del estado de alarma por parte del gobierno que conllevaría, necesariamente, su inconstitucionalidad. Concretamente, en el apartado tercero nos detendremos en la distinción entre reglas generales y excepciones, mostrando cómo –en contra de lo que el Tribunal Constitucional pretende– desde un punto de vista lógico esta distinción resulta insatisfactoria como base para trazar la distinción entre limitar y suspender un derecho. Seguidamente, en el apartado cuarto analizaremos los diversos sentidos en los que se puede hablar de que una regla es general o particular, mostrando que el rasgo de la generalidad de una norma es una propiedad graduable.

El análisis precedente nos llevará a ofrecer en el quinto apartado una reconstrucción de las diferencias entre tres formas de ejercicio de poderes excepcionales: la suspensión, la limitación y la derogación de normas que expresan derechos fundamentales y llevaremos a cabo un análisis crítico del argumento empleado por el Tribunal Constitucional sobre la diferencia entre limitar y suspender un derecho, que constituye la piedra angular de su argumentación.

2. Requisitos contenidos en la norma que confiere el poder para declarar el estado de alarma

2.1. Reglas que confieren poderes de autonomía y reglas que confieren poderes de heteronomía

Las reglas que confieren poderes normativos, dice Hart en uno de los pasajes capitales de su obra *El concepto de derecho*, «no imponen deberes u obligaciones», sino que indican cómo proceder para producir cambios normativos; son para sus destinatarios «más semejantes a *instrucciones* acerca de cómo lograr determinados

¹ Un conjunto interesante de análisis dogmáticos ofrecido por relevantes juristas relativo al reto que plantea esta sentencia de cara a la configuración futura del Derecho de excepción en nuestro ordenamiento se puede encontrar en la «Encuesta sobre el Derecho de excepción», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 48, (2021), 15-99.

resultados que a imposiciones obligatorias de deber» (Hart, 1962). Estas instrucciones pueden ser relativas a cómo modificar el propio estatus normativo (reglas que confieren poderes normativos de autonomía) o a cómo modificar el estatus normativo de otros (reglas que confieren poderes normativos de heteronomía y por medio de cuyo uso sus titulares se manifiestan como autoridades). Las reglas que confieren poderes de autonomía y las reglas que confieren poderes de heteronomía tienen una estructura similar. En el antecedente de ambas figuran dos elementos: un estado de cosas en el que figuran hechos, bien naturales, bien institucionales, y una acción que es susceptible de ser enunciada asimismo como acción natural o como acción institucional; el consecuente también consiste, en ambos casos, en un tipo de hecho institucional al que podemos llamar resultado institucional o resultado normativo y que consiste en la alteración de la situación normativa de alguien (del mismo que ha llevado a cabo la acción recién mencionada, en el caso de los poderes normativos de autonomía; o bien de otro(s), en el caso de los poderes normativos de heteronomía).

2.2. La regla que confiere poder para declarar el estado de alarma

La regla que confiere poder para declarar el estado de alarma confiere, obviamente, un poder de heteronomía, cuyo ejercicio altera la situación normativa de personas u órganos distintos de aquellas personas u órganos que tienen la capacidad de declarar el estado de alarma.

Las reglas que confieren poderes de heteronomía vienen a tener la estructura siguiente (Atienza y Ruiz Manero, 1996):

Dado (i) un estado de cosas E, si (ii) una cierta autoridad Y lleva a cabo la serie de acciones (el procedimiento) P, (iii) respetando las reglas que determinan su competencia, RC, territorial, material y personal, (iv) respetando el contenido de las normas superiores del sistema, C, (v) produce, mediante la promulgación de un texto normativo, el resultado institucional RI.

En el caso de la declaración del estado de alarma, de acuerdo con el capítulo II de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, de 1 de junio de 1981 (en adelante LOAES), estos elementos se concretan de la siguiente forma.

(i) En primer lugar, respecto del estado de cosas, el artículo 4 de la LOAES señala que procede la declaración si se produce alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (...)
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

(ii) En segundo lugar, respecto de la *autoridad competente* para declararlo o prorrogarlo y el correlativo procedimiento, el artículo sexto de la Ley Orgánica establece un doble sistema de autoridad y de procedimiento: en primer término, el Consejo de Ministros para declararlo y, ulteriormente, el Congreso de los Diputados para, eventualmente, prorrogarlo:

Uno. La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros.

Dos. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con

autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

(iii) En tercer lugar, respecto de la competencia material vinculada a la declaración del estado de alarma, el artículo 11 de la Ley Orgánica establece que la declaración del estado de alarma podrá:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

(iv) En cuarto lugar, en cuanto al respeto a las normas superiores del sistema, el artículo 1 de la Ley Orgánica establece, con carácter general, para cualquiera de los tres estados excepcionales (alarma, excepción y sitio) que:

Uno. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

Dos. Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.

(v) Finalmente, en cuanto al resultado institucional a través del cual se declara el estado de alarma, este sería un decreto que contuviera esa declaración.

2.3. El encaje de los argumentos del Tribunal Constitucional

A continuación, vamos a presentar los principales argumentos empleados por el Tribunal Constitucional, vinculando cada uno de ellos a cada uno de los requisitos para el ejercicio del poder para declarar el estado de alarma que acabamos de presentar.

(i) En primer lugar, respecto del estado de cosas que debe producirse para que pueda declararse el estado de alarma, pese a que el artículo 4 de la LOAES contempla inequívocamente las crisis sanitarias como un estado de cosas que justifica tal declaración, el Tribunal Constitucional argumenta en su fundamento 11 que entender este artículo conforme a su literalidad supondría un «originalismo» ilegítimo e impone, en su lugar, una interpretación que más que de «evolutiva» –como él mismo afirma– podría tildarse propiamente de «creativa» o «innovadora»², por

² Un sector de la doctrina jurídica ha proporcionado argumentos en apoyo de esta postura «innovadora» del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, entre otros M. Aragón Reyes sostiene que «cuando el art. 4.b) de esa Ley prevé como uno de los supuestos de hecho del estado de alarma las “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”, no cabe entender que ese sea un supuesto exclusivo del estado de alarma y excluyente del estado de excepción, pues si lo que se produce es una pandemia de tan absoluta gravedad como la que hemos experimentado, para cuya contención se precisa de la suspensión (y no de la mera limitación) de algunos derechos (por ejemplo, entre otros, los de libertad de residencia y circulación y de reunión y manifestación), no cabría sostener que el poder

cuanto parece negar que las crisis sanitarias sean presupuesto habilitante de la declaración del estado de alarma, contra lo que a todas luces parece intención expresa del legislador (Carrillo, 2021, p. 99 y ss.; Gómez Fernández, 2021) (el énfasis es nuestro):

No es pues preciso forzar el razonamiento constitucional para afirmar, como allí mismo se hacía, *la necesidad “de una interpretación evolutiva [de la Norma Fundamental que] se acomoda a las realidades de la vida [...] como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, por lo que no basta una “interpretación [...] originalista de los textos jurídicos”, sino que es igualmente precisa “la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico”*. En tal sentido, parece también posible una *interpretación integradora* que permita justificar la adopción de medidas tan intensas como las que amparan los reales decretos impugnados en tanto lo que se cuestiona no es, ha de reiterarse, las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado...

(ii) En segundo lugar, respecto de la autoridad competente para declarar o prorrogar el estado de alarma y el correlativo procedimiento, pese a que la Ley Orgánica establece un doble sistema de autoridad: en primer término, el Gobierno para declararlo y, ulteriormente, el Congreso de los Diputados para, eventualmente, prorrogarlo, el Tribunal Constitucional resuelve también en su fundamento 11 que, dada la extraordinaria gravedad de la pandemia, el orden público constitucional se habría visto afectado³, por lo que la respuesta adecuada no sería la declaración del estado de alarma, sino del estado de excepción que, de acuerdo con la LOAES, debe ser autorizado por el Congreso de los Diputados y declarado por el Gobierno.

Merece la pena que repasemos cuáles son los hechos habilitantes para declarar el estado de alarma, respecto de los cuales, por nuestra parte, ahora destacaremos en cursiva el modificador que el legislador ha asociado a cada uno de los ellos:

- a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos o forestales o accidentes de gran magnitud;
- b) crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación *graves*;
- c) paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad (...);
- d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

público quedara inerme porque el estado de alarma le impidiera decidir tal suspensión. Esa interpretación conduciría al absurdo, pues dejaría sin sentido la finalidad constitucionalmente requerida para la puesta en marcha de los estados excepcionales: la de habilitar al Estado para hacer frente con éxito a las situaciones de emergencia» (Cfr. Aragón Reyes, 2021, 46, el énfasis es nuestro).

³ Ver Adrián García Ortiz: *El orden público en tiempos de crisis. Un análisis crítico del empleo de la categoría de orden público en la respuesta del Tribunal Constitucional a la pandemia*, en este mismo número de *Eunomía*. También en sentido crítico con esta interpretación de orden público se ha manifestado A. Carmona Contreras quien señala que «en relación con el estado de alarma, el artículo 4 de la LO 4/1981 incorpora un elenco de situaciones que configuran un contexto de emergencia desprovisto de contenido político. La lectura de los supuestos enumerados (catástrofes, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 CE; situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad) evidencia que *no estamos ante el primer grado de una crisis de orden público* sino, antes bien, ante un estado caracterizado por su despolitización» (Cfr. Carmona Contreras, 2021, p. 49). En línea con esta posición T. de la Quadra-Salcedo se refiere a la deliberada intención del constituyente y del legislador orgánico de no «mezclar los motivos y las técnicas de suspensión del estado de excepción por razones de orden público estricto, con los remedios en caso de catástrofes naturales o calamidades públicas» (Cfr. de la Quadra-Salcedo, 2021, p. 53).

A todas luces, parece que cualquiera de los modificadores utilizados por el legislador para cada uno de los hechos habilitantes –«gran magnitud», «graves», «esenciales» y «primera necesidad»– incorporan ya la idea de una situación de extraordinaria gravedad, por lo que, si el constitucional amplía tanto el concepto de orden público –cualquier situación que revista una extraordinaria gravedad– parecería entonces que los hechos habilitantes para la declaración del estado de alarma devendrían vacíos, pues su mera concurrencia exigiría la declaración del estado de excepción.

Consecuentemente, habría que colegir que, siempre que se produjeran cualquiera de los otros hechos habilitantes del estado de alarma, el Tribunal Constitucional estaría llamando a que se siguiera su doctrina innovadora, declarando el estado de excepción y, por lo tanto, a que se prescindiera también para estos casos de la intención expresa del legislador⁴.

(iii) En tercer lugar, respecto de la competencia material para la declaración del estado de alarma, el Tribunal Constitucional sostiene que el Real Decreto de declaración del estado de alarma supuso una suspensión de los derechos fundamentales de circulación y residencia y no una mera limitación y argumenta este extremo señalando que el Real Decreto contenía una la regla general de prohibición y excepciones permisivas. Habida cuenta de que este argumento supone la piedra angular de la sentencia del Tribunal Constitucional que nos ocupa, lo trataremos de forma autónoma en los siguientes apartados.

(iv) En cuarto lugar, en cuanto al respeto a las normas superiores del sistema, el Tribunal Constitucional admite que la limitación de derechos fundamentales cumplía plenamente las exigencias del juicio de ponderación: necesidad, idoneidad, proporcionalidad. Así, el fundamento jurídico 11, el Tribunal Constitucional señala (el énfasis es nuestro):

Apreciadas todas estas circunstancias, este tribunal debe limitarse a constatar que las restricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el artículo 7 (apartados 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud en su documento «Actualización de la estrategia frente a la COVID-19» (14 de abril de 2020), exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES).... la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales.

Habida cuenta de que el propio tribunal admite que las medidas adoptadas por el gobierno superan el juicio de proporcionalidad (lo que, recordemos, no sólo es condición para la declaración del estado de alarma, sino para cualquiera de los otros

⁴ En claro apoyo de esta posición se ha manifestado abiertamente, entre otros, Díaz Revorio quien señala que «más allá de que la justicia constitucional tiene sentido precisamente para corregir, muchas veces a instancias de una minoría, las normas avaladas por la mayoría parlamentaria cuando contradigan la Constitución, creo que es importante destacar que no se trata solo de resolver esta circunstancia concreta, sino de plantearnos si en el futuro cualquier Gobierno podría prohibir de forma generalizada el ejercicio de algunos derechos durante 15 días sin ningún control político, es decir, sin que el Congreso tenga ni que autorizarlo, ni que aprobarlo, aunque es obvio que siempre cabría un control jurisdiccional... que casi siempre llegará tarde a este tipo de situaciones» (Díaz Revorio, 2020, p. 3).

dos estados excepcionales) no nos parece que merezca la pena detenernos en esta parte de su argumentación⁵.

(v) Finalmente, en cuanto al resultado institucional a través del cual se declara el estado de alarma, habida cuenta de que el gobierno carecía de competencia material para restringir la libertad de circulación y para habilitar al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas (lo que se debiera de haber hecho mediante la declaración del estado de excepción por parte del Congreso de los Diputados), el Tribunal Constitucional resuelve declarando la nulidad parcial del Real Decreto de declaración del estado de alarma.

3. Sobre reglas generales y excepciones

Como ya hemos resaltado, la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la declaración del estado de alarma (STC 148/2021, de 14 de julio) contenía centralmente un reproche de inconstitucionalidad consistente en que en dicha declaración se suspendía (esto es, se prohibía mientras durara el estado de alarma) el ejercicio de la libertad deambulatoria en general, mientras que se introducían como excepciones algunas permisiones referidas al mismo ámbito (uno podía ir a la farmacia a comprar medicinas, ir al supermercado para comprar alimentos, ir al lugar en el que uno desarrollara su trabajo, salir a pasear al perro, etc.). Es esta formulación en términos de regla general prohibitiva y excepciones permisivas lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, daba lugar a la inconstitucionalidad. Esta formulación equivalía, a juicio del Tribunal Constitucional, a suspender el derecho constitucional a la libertad deambulatoria, rebasando las fronteras de lo constitucionalmente admisible para la declaración del estado de alarma que no permitiría más que una mera limitación de tal libertad deambulatoria.

Pues bien: la importancia de esta distinción entre regla general y excepciones es objetable al menos en los siguientes supuestos:

a) cuando la regla general se refiere a un género compuesto por un número definido o cerrado de especies, la formulación en términos de regla general prohibitiva y excepciones permisivas es estrictamente equivalente a la formulación en términos de regla general permisiva y excepciones prohibitivas. Así ocurre cuando la regla general, por ejemplo, se refiere a los ciudadanos o a los territorios de Escandinavia y las excepciones a algunos nacionales o algunos territorios pertenecientes a alguno o algunos de los siguientes estados: Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia. Por ejemplo, tanto vale decir que (1) para los ciudadanos de Escandinavia (o en el territorio de Escandinavia) vale que Pp, con excepción de los ciudadanos (o del territorio) de Noruega y Finlandia, para los que vale que Pp, como decir que (2) para los ciudadanos de Escandinavia (o para los territorios que forman parte de Escandinavia) vale que Pp, con excepción de los ciudadanos (o de los territorios) de Suecia y Dinamarca, para los que vale que Pp.

b) Lo mismo ocurre cuando tanto la regla general como la excepción se refieren a ámbitos que resultan más o menos indefinidos. Por ejemplo, tanto vale decir que (1) para toda España vale que Pp con excepción del norte, para el que vale Php, como decir que (2) para el norte de España vale que Php, en tanto que para el resto vale que Pp. Resulta claro que Guipúzcoa o Vizcaya forman parte del norte y que Almería o Alicante no forman parte de él, ¿pero Barcelona, La Rioja o Ourense?

⁵ Para un detenido análisis de este aspecto, (cfr. Atienza, 2021).

De manera que, como muestran estos ejemplos, la distinción entre regla general y excepción no parece relevante en relación con conjuntos en los que aparece nítido el trazado entre sus elementos componentes ni tampoco en relación con conjuntos en los que el trazado entre sus componentes aparece más bien borroso. En el primer caso, porque, sin variación ninguna en el significado, lo que se presenta como regla general podría presentarse como excepción y lo que se presenta como excepción podría pasar a ocupar el lugar de la regla general. En el segundo caso, porque los problemas de la falta de delimitación clara son los mismos si desplazamos el contenido de la regla general al lugar de la excepción y complementariamente el contenido de la excepción al lugar de la regla general.

4. Sobre el carácter general o particular de una norma (de una prescripción)

Pero no solo la distinción entre normas generales y excepciones resulta insatisfactoria desde un punto de vista lógico para trazar la distinción entre limitar y suspender un derecho. Además, el carácter general o, alternativamente, particular de una prescripción puede predicarse en diversos sentidos y no resulta en absoluto claro qué sentido está adoptando el Tribunal Constitucional para atribuir una mayor generalidad a la regla que restringe la libertad de circulación que a la que permite un conjunto de manifestaciones de la misma.

(i) En un primer sentido puede predicarse la generalidad de una norma en función de quiénes son sus destinatarios y aquí, obviamente, predicar «generalidad» es predicar algo graduable: una prescripción dirigida a los «seres humanos» es más general que una prescripción dirigida a los «españoles» y una prescripción dirigida a los españoles es más general que una prescripción dirigida a los «murmurantes» o a los «españoles arquitectos». El límite de la generalidad está constituido por la identificación singular de los destinatarios; lo que ocurre cuando la prescripción tiene destinatarios identificados por el nombre, como «Juan Ruiz» o por descripciones definidas, tales como «la persona que nació el 13 de diciembre de 1950 en Alicante y que tuvo la profesión de profesor de filosofía del Derecho». Un caso interesante es el de prescripciones dirigidas a destinatarios identificados mediante descripciones definidas que, aunque simultáneamente sean tales porque identifican en cada momento a una sola persona, sin embargo, a lo largo del tiempo, identifiquen a personas diferentes, como, por ejemplo, «el rey de España» (que identifica a personas diferentes, pongamos por caso, en 1977 y en 2015).

(ii) En un segundo sentido, «general» y «particular» hacen referencia a acciones que constituyen el contenido de las normas. En este caso, más que de «general» y «particular» se suele hablar de «acciones abstractas» y «acciones concretas». «El asesinato» sería un ejemplo de lo primero y «el asesinato de Kennedy» sería un ejemplo de lo segundo. Las acciones abstractas no son más que nombres de clases de acciones frente a las acciones concretas que son sucesos que ocurren en un ámbito espacial y temporalmente circunscrito. No tendría ningún sentido decir que las acciones concretas o que ciertas acciones concretas son excepciones a la regla general que gobierna las correspondientes acciones abstractas. Esto es, si «asesinar» está prohibido, y esta es la única norma pertinente, «asesinar a Kennedy» está asimismo prohibido. A la hora de configurar diversos tipos de acciones al modo de regla/excepción lo único que tiene sentido es configurar como contenido de la regla una clase de acciones y configurar como contenido de la excepción una subclase de la clase contemplada en la regla. Por ejemplo, puede configurarse la regla como «matar está prohibido» y la excepción como «matar, si se trata de un presidente, está permitido» o «matar, si se hace por motivaciones políticas, está permitido». Lo que está en juego aquí no es la contraposición entre «acciones abstractas» y «acciones concretas», sino la contraposición entre «acciones con un

grado de abstracción mayor» como contenido de la regla y «acciones con un grado de abstracción menor» como contenido de la excepción. Pero en ambos casos se trata de acciones abstractas, esto es, de nombres de acciones.

(iii) En un tercer sentido, «general» y «particular» se refieren a la ocasión espaciotemporal. También aquí se trata de nombres de acciones, esto es, de acciones abstractas. Por ejemplo, «deambular por el territorio nacional no requiere, de ordinario, de permiso previo» y «deambular por el territorio nacional requiere de permiso previo en agosto de 2022» o «deambular por el territorio nacional requiere de permiso previo en una situación de pandemia».

Por lo tanto, hay (al menos) tres sentidos en los que podemos afirmar que una norma tiene carácter general: en cuanto a sus destinatarios, en cuanto a su contenido, o en cuanto a su ocasión espacio-temporal. Aunque la sentencia del Tribunal Constitucional no especifica en cuál de estos tres sentidos considera que la norma que prohíbe la libre circulación es más general que las que permiten algunas manifestaciones de la misma, el rasgo de la generalidad de una norma se nos muestra como una propiedad graduable y este rasgo de la gradualidad, a diferencia del discutible criterio de regla general/excepción, empleado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de marras, sí permite establecer –como en breve vamos a ver– una nítida distinción entre la limitación y la suspensión de un derecho fundamental.

5. Suspender, derogar, limitar un derecho fundamental

En pro de la claridad terminológica, conviene que precisemos en qué consiste suspender, derogar y limitar un derecho fundamental. A nuestro juicio, la forma más clara de establecer una distinción entre estas tres categorías pasa por reparar en que la suspensión de una norma y, por lo que nos interesa, de una norma que expresa un derecho fundamental, no es graduable. La suspensión implica que la norma que expresa el derecho fundamental (1) sigue perteneciendo al sistema jurídico, pero (2) no es aplicable (o, si se prefiere expresar así, no está vigente) mientras se encuentra suspendida⁶ y (3) hay una expectativa constitucional de que se levante la suspensión en el momento en que cesen las razones que llevaron a la suspensión y así, de que la norma suspendida recupere en algún momento futuro su aplicabilidad o vigencia.

Esta última propiedad, la de que haya una expectativa constitucional de que se levante la suspensión, permite marcar una diferencia nítida entre lo que significa suspender un derecho fundamental y derogarlo. Toda vez que cesa el estado de cosas que motivó la suspensión de un derecho fundamental, la autoridad competente (normalmente aquella que acordó la suspensión) incumpliría su deber constitucional si no reestableciera la situación original de disfrute del derecho. Así, aunque la derogación de una norma que reconoce un derecho fundamental tampoco es gradual, implica que dicha norma (1) ya no pertenece al sistema jurídico, (2) y que, en consecuencia, ya no es aplicable ni (3) hay ninguna expectativa de que recupere su pertenencia al sistema o su aplicabilidad.

⁶ A nuestro juicio Fernández Segado apunta en idéntica dirección cuando, al caracterizar la suspensión de derechos, afirma que ésta no afecta *per se* «ni a la existencia ni a la validez de la norma, sino tan sólo a su eficacia. [...] la suspensión queda limitada a la eficacia de la norma, en el sentido de que esta deja de ser vinculante para el órgano que decreta la suspensión. De ahí que la suspensión de derechos no implique abrogación de la existencia del derecho objeto de la suspensión, sino tan sólo una restricción temporal en el ejercicio de tales derechos. No estamos, pues, en sentido estricto, ante una suspensión de derechos, sino, lo que terminológicamente resulta más exacto, ante una suspensión en el ejercicio de esos derechos» (Fernández Segado, 1983, p. 40).

En cambio, la limitación de la norma que expresa un derecho fundamental sí es graduable. Puede limitarse más o menos, en cuanto a las acciones que abarca y en cuanto a los sujetos que son afectados por la misma y por un ámbito espacial y temporal mayor o menor⁷. Por lo demás, si la limitación de la norma se lleva a cabo mediante la suspensión de su vigencia respecto de ciertas acciones o de ciertas clases de sujetos que la misma abarca y/o mediante la suspensión de su vigencia a ciertos ámbitos espacio-temporales, la limitación va acompañada de la expectativa de que en algún momento futuro recupere su vigencia respecto de las acciones, los sujetos y en los ámbitos espacio-temporales ahora excluidos de la misma. Ello no ocurre si la restricción, respecto de ciertas acciones, de ciertos sujetos o de ciertos ámbitos espacio-temporales se lleva a cabo mediante la derogación total o parcial de la disposición correspondiente.

6. La defensa de Tomás Ramón Fernández de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021

La defensa más articulada que conocemos de la corrección de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, que calificó como inconstitucional la primera declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, es la de Tomás Ramón Fernández en el trabajo que encabeza esta sección.

⁷ Estimamos que nuestro planteamiento está en línea, entre otros, con el que ha defendido Cándido Conde Pumpido, quien propone diferenciar entre la suspensión y la limitación de un derecho fundamental en los siguientes términos: i) la suspensión supondría dejar sin efecto el carácter oponible *erga omnes* del derecho fundamental durante un plazo determinado, lo que significa que no puede invocarse el derecho frente a los actos de aquellos “a quienes excepcionalmente se les reconoce la potestad de invadir el derecho fundamental de que se trate”; frente a la supresión de derechos, la suspensión puede ser individual (legislación antiterrorista) o general (estados excepcionales); y permite reservar un resto de eficacia al derecho, ya que cabría su invocación contra la arbitrariedad en la invasión del derecho; ii) la limitación del derecho, por su parte, se encontraría en el escalón mínimo de restricciones y se definiría como la delimitación de las fronteras de ejercicio de cada derecho determinadas por la propia normativa reguladora del ejercicio del derecho, por el ejercicio de otros derechos o por las situaciones de crisis que son causa de la declaración de estados excepcionales (Conde-Pumpido Ferreiro, 1988). También B. Aláez Corral parece asumir el carácter no graduable de la suspensión de un derecho cuando afirma que «la suspensión es la supresión temporal de la vigencia de una norma constitucional» lo que a su juicio supone que la Constitución perdería su vigencia en aquello que viene a ser ocupado por el derecho de excepción, produciéndose una desconstitucionalización de los derechos y no una mera desfundamentalización, que se contentaría con la supresión de la obligatoriedad de respetar su contenido esencial (Aláez Corral, 2004, p. 243). En línea con este planteamiento se ha pronunciado también T. de la Quadra-Salcedo, quien sostiene que «frente a la “suspensión”, que suprime sin más los derechos mientras duren los estados de excepción o de sitio, la “limitación” de los derechos no suprime, en realidad, los derechos, sino que éstos no existen a partir de determinados límites. Lo más relevante es que no los comprime, recorta o reduce, sino que, en realidad, los delimita; es decir establece cuáles son sus fronteras naturales, más allá de las cuales no existen...» (de la Quadra Salcedo, 2021, p. 23). Un punto de vista opuesto al nuestro ha sido defendido, entre otros, por Aragón Reyes (2021, p. 44) e I. Gómez Fernández, insistiendo ambos en considerar el concepto de suspensión de un derecho como un concepto graduable. Resulta significativo que esta última autora, coherentemente con la asunción de la tesis de la gradualidad de la suspensión, llegue a la conclusión de que no existen criterios objetivos que permitan diferenciar entre la suspensión y la limitación de derechos y llegue a tildar ambos conceptos de conceptos jurídicos indeterminados, recomendando el abandono del binomio limitación-suspensión para formular un juicio de constitucionalidad sobre la adecuación de las medidas adoptadas al declarar el estado de alarma. «La discusión dogmática aún abierta y que no ofrece conclusiones determinantes – sostiene la autora–, hace imposible establecer, con arreglo a criterios objetivos comúnmente aceptados, cuando la restricción de un derecho fundamental supone la suspensión de este, y cuando se limita a ser una limitación muy severa. Plantear la reflexión en estos términos para formular el juicio de constitucionalidad del real decreto que declara el estado de alarma nos lleva al ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, y al escenario de la valoración de las intensidades. Y, al final, se convierte en un juego de apreciaciones subjetivas sobre qué medidas son o no suspensivas de derechos» (Gómez Fernández, 2021, p. 44).

La introducción de la figura del estado de alarma no fue, a juicio de T.R. Fernández, una idea afortunada del constituyente. Las medidas que contempla la Ley 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, y que en su virtud pueden adoptarse cuando se declara el estado de alarma son, en general, las mismas que las que pueden adoptarse en virtud de la legislación administrativa preexistente de las situaciones de necesidad. En todo caso, una diferencia entre las medidas que pueden adoptarse en virtud de esa legislación administrativa es que el uso de las mismas escapa a todo control previo, porque la justicia administrativa es *a posteriori*, mientras que en el caso de la declaración del estado de alarma se asegura el control parlamentario porque el gobierno no necesita de la autorización del Congreso para declararlo, pero sí para prorrogarlo. Y la otra diferencia relevante es que la declaración del estado de alarma contenía la adopción de una medida, la «limitación de la libertad de circulación de las personas» (art.7) que ciertamente no podría haberse adoptado salvo, si acaso, en el contexto de declaración del estado de alarma. El punto de discusión reside en si, al amparo del estado de alarma, el gobierno podía o no restringir tan severamente como lo hizo la libertad de circulación. El punto se ha discutido bajo el rótulo de si el gobierno había «suspendido» la libertad circulatoria o simplemente la había «limitado». Los detractores del estado de alarma, y la mayoría del Tribunal Constitucional, sostenían que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, había implicado una «suspensión» de la libertad circulatoria, en tanto que los que avalaban la declaración del estado de alarma afirmaban que el mismo decreto sólo había implicado una «limitación» de la misma.

Tomás Ramón Fernández sostuvo, ciertamente, que se trataba de una suspensión de la libertad circulatoria y que, por ello, la mayoría del Tribunal Constitucional tuvo razón en su consideración de que el gobierno había rebasado en el Real Decreto 463/2020 sus competencias y que el citado decreto era, por ello, inconstitucional. De acuerdo con la argumentación de T. R. Fernández, aunque el texto del precepto está redactado en positivo («las personas... podrán») pero su sentido es inequívocamente prohibitivo: expresa, en efecto, con toda claridad una prohibición general que admite, desde luego, algunas excepciones como el adverbio «únicamente» señala. Hubiera dado lo mismo escribirlo en negativo, es decir, empezando por «las personas...no podrán» seguido de un «salvo para la realización de las siguientes actividades».

Pero precisamente la base argumental de la sentencia reside en que la declaración del estado de alarma contenía una prohibición general con permisiones excepcionales. Ahora bien, como ya hemos visto en el apartado 3, tanto la formulación en términos de prohibición general con permisiones que la exceptúan como la formulación en términos de permisión general con prohibiciones que la exceptúan son estrictamente equivalentes.

Precisamente por ello, T. R. Fernández tiene razón en que la formulación que contenía el Real Decreto en términos de regla general permisiva y excepciones prohibitivas es perfectamente equivalente, sin cambio alguno de significado, a una formulación en términos de regla general prohibitiva y excepciones permisivas. No obstante, la conclusión que se desprende de ello no es, en nuestra opinión y contra lo que él sostiene, la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma. El hecho de que la redacción en términos de norma general permisiva y excepciones prohibitivas sea equivalente –o sea, pueda sustituirse sin cambio alguno de significado- por una redacción en términos de regla general prohibitiva y excepciones permisivas no puede ser la base para considerar que el gobierno actuó más allá de sus competencias. Salvo que se considere –lo que es palmariamente absurdo y nadie ha sostenido- que la introducción de cualquier prohibición en este ámbito equivale a la suspensión del derecho correspondiente.

Pero es que, además, en este caso, ni siquiera está claro lo que parece un presupuesto tácito tanto de la sentencia como del texto de T.R. Fernández, es decir, que el ámbito cubierto por las excepciones permisivas sea más reducido que el ámbito cubierto por la regla general prohibitiva. Y ello por cuanto la enumeración de las excepciones permisivas en el art. 7 termina con dos cláusulas abiertas: están permitidos los desplazamientos «por causa de fuerza mayor o situación de necesidad» y están asimismo permitidos los desplazamientos por causa de «cualquier otra actividad de análoga naturaleza».

7. A modo de conclusión

Hemos iniciado este trabajo tratando de reconstruir la estructura de la regla que confiere poder para declarar el estado de alarma, de acuerdo con las previsiones establecidas en la LOAES. Analizada esta estructura, hemos vinculado los principales argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021 a cada uno de los requisitos que hemos diferenciado: estado de cosas, autoridad y procedimiento, competencia, y respeto a las normas superiores del sistema. Hemos sostenido que el principal argumento empleado por el Tribunal Constitucional para declarar la nulidad parcial del Decreto 463/2020 de 14 de marzo, estaría vinculado al tercero de estos elementos –la competencia– y más concretamente a la competencia material, ya que el Tribunal Constitucional sostiene que, cuando la regla general es prohibitiva y las excepciones permisivas, lo que se produce no es una limitación de derechos, sino una suspensión de los mismos, y que el órgano competente para llevar a cabo esta suspensión es el Congreso de los Diputados y en modo alguno el Consejo de Ministros.

En los siguientes apartados del trabajo hemos focalizado la atención en este argumento del Tribunal Constitucional. Hemos sostenido que la distinción entre regla general y excepción no parece relevante en relación con conjuntos en los que el trazado entre sus elementos componentes aparece nítido ni tampoco en relación con conjuntos en los que este trazado aparece más bien borroso. Asimismo hemos analizado los principales sentidos en los que se puede afirmar el carácter general o particular de una norma –en cuanto a sus destinatarios, en cuanto a su contenido, o en cuanto a su ocasión espacio-temporal–, no resultando ninguno de estos sentidos relevante en relación con el argumento sostenido por el Tribunal Constitucional, puesto que en cualquiera de los tres sentidos en los que se puede afirmar que una norma es general, se trata ésta de una propiedad graduable y la gradualidad es una característica que sólo cabe predicar de una limitación de derechos fundamentales y no de una suspensión de los mismos. En este aspecto, la suspensión de un derecho fundamental se asemeja más a un acto de derogación, sólo que con una importante diferencia respecto de la derogación: en la suspensión opera siempre una expectativa constitucional de que, cuando desaparece el estado de cosas que la motivó, el derecho fundamental recupere su vigencia, incumpliendo su deber constitucional aquella autoridad que lo desconozca.

Asimismo, al hilo de la defensa de T. R. Fernández de la argumentación del Tribunal Constitucional, fundada en la distinción entre regla general/excepción, hemos sostenido que ni siquiera está claro que lo que parece un presupuesto tácito de la sentencia, que el ámbito cubierto por la regla general prohibitiva sea más amplio que el cubierto por las excepciones, ya que la enumeración de las excepciones permisivas en el art. 7 termina con dos cláusulas abiertas: están permitidos los desplazamientos «por causa de fuerza mayor o situación de necesidad» y están asimismo permitidos los desplazamientos por causa de «cualquier otra actividad de análoga naturaleza».

En suma, la declaración del estado de alarma por parte del Consejo de Ministros en fecha 14 de marzo de 2020 fue, en nuestra opinión, perfectamente constitucional⁸. La opinión contraria, tanto del Tribunal Constitucional como de Tomás Ramón Fernández, se basa en aspectos de la redacción del decreto por el que se llevó a cabo tal declaración que resultan, por lo demás, estrictamente equivalentes a la redacción que, a juicio tanto del Tribunal Constitucional como de T. R. Fernández, no merecería ningún reproche de inconstitucionalidad.

Bibliografía

- AA.VV. (2021). Encuesta sobre el Derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*, (48), 15-99.
- Aláez Corral, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En L.M. López Guerra, y E. Espín Templado (coord.), *La defensa del Estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (233-246). Tirant Lo Blanch.
- Aragón Reyes, M. (2021). Encuesta sobre el Derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*, (48), 15-99. <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/32197>
- Atienza, M. y Ruiz Manero J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Atienza, M. (2021). La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia. *Jueces para la democracia*, (102), 141-150. <http://hdl.handle.net/10045/121907>
- Carmona Contreras, A. (2021). Encuesta sobre el Derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*, (48), 15-99. <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/32197>
- Carrillo, M. (2021). Nota acerca de las garantías de los derechos y el estado de alarma en una sentencia desacertada. En AA.VV: *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reig* (99-105), Iustel.

⁸ Otro juicio merece, en nuestra opinión, la STC 183/2021, de 27 de octubre, relativa al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma, y el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogan los efectos del anterior. La STC de 27 de octubre de 2021 sostiene que estos dos decretos contenían diversas disposiciones inconstitucionales, especialmente en lo referido a la transferencia a los presidentes de las comunidades autónomas y a los presidentes de las ciudades autónomas de Ceuta y de Melilla de determinadas facultades del gobierno central. Las medidas sustantivas adoptadas por el Decreto 926/2020 y las que a su amparo pudieran adoptarse por los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas eran todas ellas materialmente constitucionales: lo era la limitación de la circulación de personas en horario nocturno, la posibilidad de ampliar o de reducir las horas que se consideraban nocturnas, la limitación de entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, la limitación de la permanencia de grupos de personas en lugares públicos o privados así como la misma limitación por lo que hace a lugares de culto. Los problemas aparecen, sin embargo, a) en cuanto al establecimiento de la duración de la prórroga del estado de alarma; b) en cuanto al control por parte del Congreso de los Diputados; c) en cuanto a la designación de autoridades competentes delegadas. En lo referido a la primera cuestión. Lo primero, porque la fijación de la duración de la prórroga en seis meses se hizo de manera no justificada o, lo que es lo mismo, sin fundamento discernible; lo segundo, por cuanto se privó al Congreso de los Diputados de su potestad de decidir sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma; lo tercero e inseparable de lo anterior, porque las autoridades competentes delegadas no están sujetas a control por parte del Congreso de los Diputados. Se produce así, una ausencia de motivación en el establecimiento de un elemento capital del estado de alarma, esto es, de su duración; se priva al Congreso de los Diputados de control sobre el mismo. Los elementos clave de la inconstitucionalidad del Decreto de declaración del estado de alarma no son sustantivos, sino de ausencia de justificación expresa y de mecanismos de control. El Derecho debe ser un juego de justificaciones expresas y de mecanismos de control. Y es la ausencia de ambos y no razones sustantivas lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, determina la inconstitucionalidad de los decretos enjuiciados en la STC 183/2021.

- Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1988). La suspensión de los derechos fundamentales. *X Jornadas de Estudio-Introducción a los Derechos fundamentales* (959-2021). Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- Díaz Revorio, F. J. (2020). A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales. *Almacén de Derecho*.
- Fernández Segado, F. (1983). Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, (18-19), 31-58.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2023). El Derecho de excepción: carencias y contradicciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (25).
- García Ortiz, A. (2023). El orden público en tiempos de crisis. Un análisis crítico del empleo de la categoría de orden público en la respuesta del Tribunal Constitucional a la pandemia del COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (25).
- Gómez Fernández, I. (2021). ¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites de los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales. En C. Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (1-44.). Fundación Manuel Giménez Abad.
- Hart, H. L. A. (1962). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Quadra-Salcedo, T. (de la). (2021). Encuesta sobre el Derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*, (48), 15-99.
<https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/32197>

El orden público en tiempos de crisis. Un análisis crítico del empleo de la categoría de orden público en la respuesta del Tribunal Constitucional a la pandemia de la COVID-19*

Public order in times of crisis. A critical analysis of the use of the category of public order in the Spanish Constitutional Court response to the COVID-19 pandemic

Adrián García Ortiz
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0002-5964-3903
agarcia.ortiz@ua.es

Cita recomendada:

García Ortiz, A. (2023). El orden público en tiempos de crisis. Un análisis crítico del empleo de la categoría de orden público en la respuesta del Tribunal Constitucional a la pandemia de la COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 161-183

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7995>

Recibido / received: 17/04/2023
Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

Pese a su trascendencia como cláusula habilitadora del estado de excepción y, en consecuencia, de suspensión de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2021, que declara la inconstitucionalidad del estado de alarma decretado para la gestión de la pandemia de la COVID-19, resuelve en un solo párrafo y sin apoyo en su propia jurisprudencia, el significado y el alcance del orden público. El presente trabajo trata de

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar» (PID2020-113472RB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

analizar las causas de técnica jurídica que han conducido al Tribunal Constitucional a concebir el orden público en sentido amplio y los riesgos que ello conlleva, partiendo del análisis del concepto y caracterización del orden público en general y, en concreto, en el Derecho español, en que han convivido dos acepciones del término: como sistema constitucional de valores y como normalidad democrática o ausencia de conflicto.

Palabras clave

Orden público, pandemia, Derecho de excepción, estado de alarma, Tribunal Constitucional.

Abstract

Despite its transcendence as an enabling clause for a state of emergency and, consequently, for the suspension of fundamental rights, the Spanish Constitutional Court, in its 148/2021 ruling, which declares the unconstitutionality of the state of alarm decreed for the management of the COVID-19 pandemic, resolves the meaning and scope of public order in a single paragraph and without support in its own jurisprudence. This paper tries to analyse the causes of legal technique that have led the Constitutional Court to conceive of public order in a broad sense and the risks that this entails, based on an analysis of the concept and characterisation of public order in general and, specifically, in Spanish law, in which two meanings of the term have coexisted: as a constitutional system of values and as democratic normality or absence of conflict.

Keywords

Public order, pandemic, emergency law, state of alarm, Spanish Constitutional Court.

SUMARIO. 1. El impacto de la crisis de la COVID-19 en el ordenamiento constitucional español. 2. El concepto de orden público en el Derecho español. 2.1. Una propuesta teórica de análisis de la categoría de orden público. 2.2. La utilización del concepto de orden público en el Derecho español. 2.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el orden público. 3. El Tribunal Constitucional ante el Derecho de excepción español y la pandemia de la COVID-19. 4. El orden público en la sentencia 148/2021 del Tribunal Constitucional: una puerta abierta a la suspensión de derechos. 5. Conclusiones.

1. El impacto de la crisis de la COVID-19 en el ordenamiento constitucional español

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró que la propagación de un nuevo coronavirus, el SARS-CoV-2, permitía definir la enfermedad que ocasionaba, la COVID-19, como una pandemia (OMS, 2020). Tres días después, el Consejo de Ministros español decretaba, por segunda vez en la historia democrática, un estado de alarma que confinaría a la población durante casi cien días. A principios del año 2023, según el recuento de la Universidad Johns Hopkins¹, la pandemia había contagiado a más de seiscientos sesenta millones de personas y acabado con la vida de más de seis millones setecientos mil.

Una crisis de tal magnitud provocó múltiples consecuencias en los órdenes social, político, psicológico, antropológico y, evidentemente, jurídico. Los responsables políticos tuvieron que emplear un Derecho de excepción de origen

¹ Información tomada de la base de datos elaborada por el *Johns Hopkins Coronavirus Resource Center*, disponible en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

decimonónico para hacer frente a una amenaza inédita en tiempos recientes. Nunca antes se había producido una restricción tan intensa de derechos fundamentales a escala planetaria. Ahora, el relativo reposo que concede un casi setenta por ciento de población mundial vacunada² y el enfriamiento ocasionado por la ausencia mediática ante acontecimientos ulteriores –de manera destacada, la invasión rusa de Ucrania iniciada el 24 de febrero de 2022– permiten realizar análisis más sosegados del impacto que la pandemia de la COVID-19 ha producido en las estructuras políticas y jurídicas de los Estados.

La enorme amplitud de la empresa nos obliga a realizar un primer esfuerzo delimitador. Las referencias que en el presente trabajo se harán a la pandemia quedarán circunscritas al periodo comprendido entre marzo de 2020, cuando se adoptaron las primeras medidas excepcionales, y diciembre de 2021, fecha en que se daba por finalizada la primera campaña de vacunación completa en España y el nivel de incidencia de la enfermedad en la población se había reducido notablemente. Asimismo, centraremos nuestras reflexiones en el impacto de la pandemia en el ordenamiento constitucional español, lo que deja fuera de nuestro estudio aspectos relevantes como los efectos que aquélla ha producido en los mecanismos de gobernanza global y, particularmente, de la Unión Europea (García Ortiz, 2021).

Resulta útil a efectos metodológicos abordar las transformaciones producidas en la arquitectura constitucional española a partir de la doble distinción clásica que es posible identificar en toda Constitución, y que tiene su origen en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció que toda sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución. De este modo, podemos distinguir en la Constitución una dimensión orgánica –relativa a los mecanismos de ordenación del poder (separación de poderes, fuentes del Derecho, estructura territorial)– y una dimensión dogmática –los valores, principios y derechos fundamentales que se erigen en la finalidad de aquella ordenación del poder–.

Desde el punto de vista orgánico es posible identificar, entre otros, los siguientes posibles objetos de estudio en relación con la pandemia de la COVID-19 en el contexto español: la asunción de poderes excepcionales por parte del Gobierno y el correlativo control parlamentario; la delegación de poderes, en el segundo estado de alarma, a las comunidades autónomas; la potenciación de órganos de naturaleza quasi federal como las Conferencias de Presidentes o la federalización de España como consecuencia de la corresponsabilidad en la gestión de la pandemia; la naturaleza y alcance del Real Decreto declarativo del estado de alarma como fuente del Derecho; o, finalmente, la relevancia que continúa ostentando el Estado en el contexto del constitucionalismo multinivel, en cuanto que el Derecho de excepción emerge como el último reducto de la soberanía estatal (Canosa Usera, 2020, p. 27)³.

Por su parte, en la vertiente dogmática del constitucionalismo el impacto de la pandemia puede ser analizado en un doble orden. Por un lado, desde un punto de vista subjetivo, los titulares de derechos fundamentales vieron notablemente restringidos el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de culto (art. 16.1 de la Constitución Española [CE]), la libertad de circulación (art. 19 CE), el

² En concreto, la población mundial que al menos había recibido una dosis a 13 de enero de 2023 era del 69.14%, según la base de datos elaborada por *Our World in Data*, disponible en: <https://ourworldindata.org/coronavirus#explore-the-global-situation>

³ Por el contrario, Ramón Fernández (2020, p. 20) considera que la pandemia ha descubierto «la extraordinaria fragilidad de esa aparatosa e imponente estructura que teníamos por omnipotente, el Estado, que se ha venido abajo literalmente en sólo dos meses ante el embate de ese enemigo invisible».

derecho de reunión, concentración y manifestación (art. 21 CE), el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE). Por otro lado, y en lo que efectos de nuestra investigación nos interesa, la COVID-19 ha impactado directamente en el sistema de valores del ordenamiento jurídico español o, en otros términos y como se verá más adelante, su orden público.

El análisis del impacto de la pandemia en el sistema axiológico constitucional español nos obliga a una primera reflexión: las posibles transformaciones en los equilibrios de los valores constitucionales vigentes. Esto es, podríamos analizar si el derecho a la salud y a la gestión pública de la sanidad han adquirido primacía frente a la libertad, entendida como valor amplio –concretada sin embargo en el más básico derecho a la libertad de desplazamiento–, e, incluso, frente al derecho de propiedad o la libertad de empresa –el cierre de establecimientos comerciales como medida para evitar la propagación del virus–. También sería posible estudiar si el concepto «vida» ha adquirido una dimensión colectiva o comunal frente a su concepción individualista, si emergen categorías como «pueblo», «colectividad» o «bien común», o si se ha revalorizado el concepto de «cuidados» como elemento nuclear de la vida humana, con las implicaciones que ello conlleva desde el punto de vista de la teoría feminista (Marrades Puig, 2020). Puede también que se hayan podido producir transformaciones en el campo de los valores políticos: la diferente respuesta a la crisis por parte de regímenes democráticos y autocráticos, la mayor o menor confianza en los líderes políticos o la tecnocracia como forma de gobierno frente al debate, la tensión y la discrepancia política.

No obstante, las anteriores variables han sido descartadas del estudio por, esencialmente, dos razones. En primer lugar, consideramos que existe una carencia de perspectiva histórica para analizar de manera rigurosa unas transformaciones axiológicas que, de haberse producido, habrían ocurrido en los meses inmediatamente anteriores al presente estudio. Los cambios de valores ocurren lenta y progresivamente, requieren varias generaciones y una adaptación a las nuevas condiciones materiales, ambientales y culturales (Inglehart, 1977), por lo que cualquier apunte que hubiéramos podido realizar al respecto habría resultado eminentemente provisional.

En segundo lugar, si bien las transformaciones axiológicas apuntadas parecían producirse durante los momentos más duros de la pandemia –en particular, durante el confinamiento domiciliario–, las primeras investigaciones apuntan a que, en realidad, tal cambio habría sido mínimo y que, por el contrario, se habría regresado al estadio anterior al estallido de la crisis (Bartolomé, Coromina y Dülmer, 2021).

Mayor interés despierta la cuestión sobre si, al margen de las concretas tensiones y transformaciones que hayan podido producirse en el interior del sistema axiológico constitucional –u orden público–, el propio concepto de orden público ha evolucionado, habida cuenta de que, como señala Pérez Navarro (2020, pp. 3-4), «todo estado de excepción se expresa mediante una determinada biopolítica del orden público». La pregunta resulta relevante dado que el Tribunal Constitucional funda en este concepto –que opera como cláusula restrictiva de derechos fundamentales ya en la propia Constitución (arts. 16.1 y 21.2)– la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma decretado por el Gobierno español en marzo de 2020⁴. En el presente artículo analizaremos la relevancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuyas sentencias –no debe olvidarse–

⁴ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 148/2021, de 14 de julio, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, ECLI:ES:TC:2021:148.

vinculan a todos los poderes públicos (art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) y, de manera destacada, a los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. El concepto de orden público en el Derecho español

Siendo el orden público la categoría modular de la presente investigación, y dada su intrínseca complejidad e indeterminación, conviene analizar detenidamente el significado, alcance y delimitación del concepto. Para ello, realizaremos en primer lugar una propuesta teórica de análisis que aspira a articular todos los elementos del concepto en una única categoría jurídica, común a todas las ramas del ordenamiento. A continuación, atendiendo al ámbito del estudio, concretaremos el concepto en la realidad normativa española y, finalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional previa a la pandemia.

2.1. Una propuesta teórica de análisis de la categoría de orden público

El orden público es un concepto jurídico indeterminado o en blanco (Montalvo Abiol, 2010, p. 198)⁵ que aparece frecuentemente en los textos jurídicos positivos como una cláusula limitadora del ejercicio de derechos o de la ejecución de resoluciones. Así, la apelación al «orden público» permite limitar las manifestaciones religiosas (art. 16.1 CE), impedir la renuncia al ejercicio de derechos (art. 6.2 del Código Civil [CC]) o excluir el reconocimiento de una resolución judicial extranjera (art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). Frente a aproximaciones indiciarias e incompletas, un concepto capaz de limitar derechos fundamentales merece una esquematización conceptual que resulte coherente y que proporcione elementos argumentativos para combatir la arbitrariedad.

El análisis metodológico del concepto de orden público requiere de la identificación en el mismo de una doble operación, que podemos denominar «positiva» y «negativa» (García Ortiz, 2022, pp. 106-128). La dimensión positiva del análisis del orden público –el «orden público formal o en sentido amplio» (Izu Belloso, 1988, p. 234)– consiste en la formulación de una definición que resulte válida con carácter general para el Derecho en su globalidad; la dimensión negativa, por su parte, tratará de recopilar todos aquellos instrumentos, técnicas o mecanismos jurídicos con los que un determinado ordenamiento pretende garantizar aquello que hayamos identificado como orden público según el análisis positivo del concepto, es decir, «la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional» (Alonso García, 1984, pp. 352-353).

Analizado desde su dimensión positiva, el orden público constituye una categoría axiológica expresiva de los valores constitucionales vigentes en una determinada sociedad en un concreto momento histórico, esto es, un conjunto de principios y normas integrados en un sistema coherente y unitario de valores y principios inspirador del sistema jurídico (Llopis Giner, 1996, p. 286). El orden público es una síntesis de los valores sociales, morales y políticos –articulados en el constitucionalismo social a partir del valor «igual dignidad humana» (art. 10.1 CE) (Prieto Álvarez, 2005, p. 25)– que un determinado grupo social considera como

⁵ Uno de los autores españoles que más ha estudiado este concepto, el profesor Martín-Retortillo (1975, 1983a, 1983b, 1983c), señalaba que el orden público desempeña «un papel destacado en el conjunto de conceptos que utiliza cualquier sistema jurídico» (Martín-Retortillo, 1983a, p. 411).

propios en cada momento⁶ y que no debe circunscribirse necesariamente a las fronteras del Estado –pudiéndose identificar, por ejemplo, un «orden público europeo» (Feraci, 2012; McCrea, 2010; Picheral, 2001)–. La categoría se conforma de esta manera como un «núcleo axiológico inderogable» (Álvarez Ortega, 2003, p. 24) compuesto por los «principios, valores y criterios básicos que derivan del sentir y convicción común de la colectividad» (Arnaldo Alcubilla, 2011, p. 222).

Dada la vinculación del concepto con una realidad social concreta, la determinación de su contenido se realiza a través de una destilación de los elementos axiológicos que emanan del ejercicio de los derechos fundamentales (*cfr.* Berramdane, 2000, p. 159): del derecho entendido como pretensión jurídica protegida y exigible (dimensión subjetiva del derecho), cabe extraer una determinada carga axiológica (dimensión objetiva del derecho) (Pérez Luño, 2007, p. 500) a partir de la cual el orden público podrá expresar la particular concepción de la sociedad sobre, por ejemplo, la libertad de expresión –en función de la amplitud con que se ejerce y de su limitación o no por los órganos judiciales en su colisión con otros derechos–, la vida –de acuerdo con la aprobación de una determinada normativa sobre el aborto o la eutanasia– o la religión –según la práctica de confesiones religiosas por parte de la sociedad y de la concepción que se mantenga respecto a su relación con el poder público–.

En consecuencia, el orden público se configura como un concepto subjetivo de carácter dinámico, cuyo contenido dependerá de la situación concreta que requiere su invocación y del contexto social en que se produce su aplicación, delimitado en función de la evolución de los valores en la sociedad y las concepciones éticas y morales imperantes. No se limita, pues, a la simple identificación con un conjunto de normas positivas de carácter imperativo, como se ha llegado a sostener (Doral, 1967, p. 39).

La vigencia de este orden público, esto es, la garantía de la plena efectividad de los valores constitucionales según la concreta concepción social y la coherencia del ordenamiento jurídico con el mismo, requiere de un conjunto de mecanismos que formarían la dimensión negativa del concepto. Se trata de técnicas cuya finalidad es la garantía de la coherencia axiológica del ordenamiento jurídico conforme al orden público definido en su vertiente positiva, e incluyen tanto las «cláusulas», «excepciones» o «limitaciones» de orden público –que operan como limitadores del ejercicio de derechos subjetivos– como la apelación al «orden público internacional» –que permite excluir la aplicación o ejecución en España de disposiciones normativas o resoluciones extranjeras contrarias al sistema de valores del foro– (Ruchelli, 1991). Entre los instrumentos del primer grupo se encontraría la cláusula del art. 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), que permite, ante una alteración del orden público, decretar un estado de excepción que habilita la suspensión de determinados derechos fundamentales.

Al margen de esta propuesta de análisis del concepto, que diferencia entre la definición y la determinación del contenido del orden público (dimensión positiva) y sus instrumentos de garantía (dimensión negativa), existe un tercer factor –situado fuera del significado del término pero próximo a él– que contribuye a su complejidad. Nos referimos al resultado derivado de la exitosa aplicación de los instrumentos de

⁶ Para Angelini (2007, p. 216), la cláusula de orden público contribuye a evidenciar el conjunto de valores, principios y derechos inviolables –irreductibles, según Sudre (1996, pp. 50-53)– sobre los cuales se construye todo el ordenamiento jurídico, de modo que coincide con el núcleo de conceptos esenciales considerados irrenunciables en cuanto reconocidos como fundamentales por la comunidad jurídica.

protección del orden público: una situación de paz u orden social, ausencia de conflicto o normalidad constitucional en que deviene posible el libre y pacífico ejercicio de los derechos y el normal funcionamiento de las instituciones.

Sirva un ejemplo ficticio a efectos de contribuir a la clarificación de estos tres conceptos: un grupo de personas entorpece deliberadamente el funcionamiento del Congreso de los Diputados mediante un hackeo de su sistema informático que paraliza durante semanas los trabajos de la cámara. El ataque puede considerarse una agresión deliberada al orden público español, concretado en la defensa de la democracia, el pluralismo político y el sistema representativo (dimensión positiva del análisis). Para hacer frente a la crisis, el Gobierno acude a la cláusula de orden público que habilita la declaración del estado de excepción del art. 13.1 LOAES (dimensión negativa del análisis), en virtud de la cual se suspende, entre otros, el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas investigadas por su participación en el ataque informático (art. 17.1 LOAES). Como resultado de esta actuación, se repone la integridad del sistema informático y el Congreso puede retomar su trabajo con normalidad. Este resultado puede ser considerado un «restablecimiento del orden público», pero representa un significado distinto al propio concepto jurídico de orden público: la situación social de normalidad democrática (resultado) frente a los valores democráticos y de pluralismo político (dimensión positiva del concepto).

2.2. La utilización del concepto de orden público en el Derecho español

En el Derecho positivo español conviven dos concepciones distintas del orden público o, en otros términos, dos perspectivas diferentes de un mismo concepto, en función del concreto aspecto de la definición expuesta anteriormente en que se haya puesto el foco de atención. Si hemos definido el orden público como una síntesis de los valores propios de un determinado ordenamiento, garantizados por un conjunto de técnicas jurídicas cuya efectiva aplicación resulta en una situación de paz social y normalidad democrática, para una primera «concepción axiológica», el orden público es, simplemente, los valores, principios y derechos fundamentales que caracterizan e identifican a la sociedad –derivados de la propia Constitución (Bartolomé Cenzano, 2002, p. 70)–, mientras que, para una «concepción objetiva», el orden público se identifica con la seguridad pública, esto es, con el resultado de la plena vigencia de los valores propios de aquél.

Desde la perspectiva axiológica se entiende el orden público, por ejemplo, en el art. 16.1 CE –y, consiguientemente, en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa– al señalar como limitación a las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto, «la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Como se señaló durante el proceso constituyente,

[e]se orden público no es un concepto ambiguo ni se refiere directa ni exclusivamente al concepto restrictivo de las legislaciones de orden público, entendido como orden de la calle. El orden público (...) define esa forma de vida que está dentro del conjunto de la Constitución y de las leyes, y que es el que una sociedad considera aceptable básicamente como conducta. Esto, por ejemplo, pone un límite a una religión, por muy practicada que sea dentro de la fe, que impusiera el suicidio de las viudas o el sacrificio humano u otras semejantes⁷.

⁷ Intervención de Fraga Iribarne. Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2471.

También se concibe el orden público como conjunto de valores defendidos por la sociedad cuando el art. 6.2 CC señala que «[l]a exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»; cuando el art. 1255 CC establece que «[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»; o cuando el art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional asienta que «[e]n ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español». Al impedir que una persona renuncie a un derecho que le corresponde legalmente, que acepte una concreta condición contractual o que se aplique una determinada norma extranjera a una adopción, el legislador no está protegiendo la paz social entendida como ausencia de conflicto, sino una determinada concepción de los valores –y, en particular, de la dignidad humana– del ordenamiento constitucional español.

No obstante, también podemos identificar en el Derecho español ejemplos de preceptos que emplean el orden público desde una perspectiva «objetiva», esto es, como sinónimo de seguridad pública, orden social o normalidad democrática⁸. Ello sucede, por ejemplo, en la propia Constitución, cuyo art. 21.2 CE permite prohibir las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». Este orden público, como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/1995 (Fundamento Jurídico [FJ] 11),

se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político.

Asimismo, también aparece una concepción objetiva del orden público en el art. 1.1.b) de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, al señalar que la finalidad de la ley es, entre otras, «[m]antener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos»; o en el art. 239.2.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuando considera fuerza mayor, a efectos de la determinación del derecho del contratista a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en la ejecución de un contrato de obras del sector público, «[l]os destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público». El mantenimiento del orden público en las competiciones deportivas queda referido a la ausencia de violencia, y las alteraciones graves del orden público que ocasionan destrozos y que pueden justificar una indemnización se vinculan con los altercados públicos que afectan a la ejecución de un contrato de obras.

Esta diferenciación, y convivencia, entre una concepción axiológica y una concepción objetiva del orden público –que, como hemos afirmado, no son incompatibles sino diferentes perspectivas de un mismo concepto, en función del elemento que se destaque– se explica por razones históricas. Originariamente el orden público se concebía desde una perspectiva eminentemente vinculada a los valores y al mantenimiento del *statu quo* ideológico del régimen. La primera Ley de

⁸ Para un análisis del orden público en su sentido de seguridad pública, desde una perspectiva histórica, debe acudirse a Ballbé (1985).

Orden Público, de 20 de marzo de 1867, aprobada durante los últimos años del reinado de Isabel II –los de carácter más autoritario– establecía que era

delito o falta contra el orden público (...) toda manifestación pública que ofenda a la Religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los Cuerpos Colegisladores y al respeto debido a las leyes, o que considerados el lugar y las circunstancias en que se realice, produzca escándalo, agitación, bullicio, tumulto, asonada o conato de motín, o que pueda ocasionar relajación de la disciplina del ejército.

Aquello que se pretendía proteger mediante la intervención penal era, pues, una determinada concepción de los valores predominantes del régimen, entre los que destacaba la religión, la moral y la monarquía.

En cambio, la republicana Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 optó por una concepción objetiva de orden público –como sinónimo de «normalidad democrática»–, al señalar en su primer artículo que «[e]l normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público». Si bien esta concepción se mantuvo en el art. 1 de la franquista Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público («El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público»), su segundo artículo, por el contrario, sostuvo una concepción axiológica al identificar como actos contrarios al orden público aquellos «que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuenro de los Españoles y demás Leyes Fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España».

Estos antecedentes históricos contribuyen a entender por qué, tras la recuperación de la democracia con la Constitución de 1978, los poderes públicos recelaron del término orden público y prefirieron acotar su significado al de la perspectiva objetiva del concepto. Los valores que compondrían el orden público en su concepción axiológica estaban vinculados a una monarquía del siglo XIX que había empleado la cláusula de orden público como un instrumento que permitía el «ejercicio discrecional del poder ejecutivo en sus tareas de policía» (Asensi Sabater, 2011, p. 137), así como a un régimen franquista que identificaba el orden público con la represión política. En consecuencia, durante la etapa democrática se intentará depurar el concepto eliminando su vinculación a los valores –cuya determinación e interpretación queda en manos del poder– para, en su lugar, quedar reducido a realidades objetivas como la ausencia de conflicto o el normal funcionamiento de las instituciones y el libre ejercicio de los derechos. En cualquier caso, como ya se ha apuntado, ambas concepciones convivirán en el Derecho español contemporáneo, lo que se manifiesta, incluso, en la propia Constitución, en la que se emplea tanto en su concepción axiológica (art. 16.1 CE) como en su concepción objetiva (art. 21.2 CE).

2.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el orden público

La dualidad de significados que presenta el orden público en el Derecho positivo se refleja en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la que no es posible identificar una construcción completa y coherente de la categoría jurídica. Al contrario, también en la doctrina constitucional podemos encontrar una concepción objetiva del orden público, que lo identifica con la seguridad pública, y una concepción axiológica del mismo, a los que cabe añadir una nueva perspectiva del concepto: la

que entiende el orden público como una suerte de «normas imperativas de especial importancia».

En la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional el orden público aparece configurado, desde una perspectiva objetiva, como un concepto descriptivo referente a una situación de hecho: el orden social, la ausencia de conflicto, la tranquilidad o la paz social, una normalidad en que se ejercen libremente los derechos fundamentales. Así, el Tribunal Constitucional afirmará que en el concepto de orden público

pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas⁹.

Posteriormente, afirmará que el orden público es el «normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y el normal funcionamiento de los servicios públicos»¹⁰. Y en tiempos más recientes definirá el orden público como una «pacífica convivencia social con posibilidad de ejercer en plenitud los derechos fundamentales»¹¹.

Frente a esta concepción objetiva, son numerosos los intentos del Tribunal Constitucional por construir una categoría conceptual de tipo axiológico que permita una visión más amplia del orden público, situada en el terreno de los valores, los principios y los derechos fundamentales. La primera referencia jurisprudencial de esta doctrina se remonta a 1985, cuando el Tribunal Constitucional establecería que «es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público»¹².

Poco después, en la sentencia 132/1991, el Tribunal Constitucional consideraría que el orden público –particularmente en el ámbito del Derecho internacional privado– se compone, además de derechos fundamentales, de principios constitucionales:

este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en diversas resoluciones que el concepto de orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspira nuestro ordenamiento constitucional y, entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas¹³.

Esta apertura del contenido del orden público desde una perspectiva axiológica se reflejará definitivamente en la sentencia 99/2019, según la cual «[e]n la forma de Estado que articula la Constitución de 1978, el reconocimiento y la

⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 33/1982, de 8 de junio, BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982, ECLI:ES:TC:1982:33; FJ 3.

¹⁰ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 6/1983, de 4 de febrero, BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983, ECLI:ES:TC:1983:6; FJ 5.

¹¹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 1/2020, de 14 de enero, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2020, ECLI:ES:TC:2020:1; FJ 6.

¹² Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 19/1985, de 13 de febrero, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1985, ECLI:ES:TC:1985:19; FJ 1.

¹³ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 132/1991, de 17 de junio, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1991, ECLI:ES:TC:1991:132; FJ 4.

protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público»¹⁴. Los derechos fundamentales no serán ya, en consecuencia, un simple componente más del orden público, sino su núcleo constitutivo, y su reconocimiento y protección las finalidades que debe atribuirsele en un Estado social y democrático de Derecho.

En aquella sentencia el Tribunal Constitucional declaró parcialmente la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El precepto limitaba a las personas mayores de edad el derecho a solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y el cambio de nombre propio, señalando el Tribunal Constitucional que, por su contrariedad al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), debía entenderse también incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley a los menores de edad con suficiente madurez que se encontraran en una situación estable de transexualidad.

El Tribunal Supremo había sugerido en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, como posible objeto constitucionalmente legítimo capaz de justificar la restricción legal, entre otras, consideraciones de orden público relacionadas con el carácter estable e indisponible del estado civil. El Tribunal Constitucional estableció al respecto, tras afirmar que el núcleo principal del orden público es el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, que

[o]tros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales [FJ 7].

Junto a estas concepciones objetiva y axiológica del orden público, el Tribunal Constitucional también identifica el concepto en algunas sentencias con determinadas normas imperativas de especial importancia que resultan indisponibles para la ciudadanía. En la sentencia 90/1986, el Tribunal Constitucional establecerá, en una especie de «orden público procesal», que «el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa del poder de disposición de las partes y del propio órgano judicial»¹⁵. Se trata de una construcción, como algún autor ha señalado (Calvo Álvarez, 1983, p. 102) equivocada, en cuanto no añade ningún elemento adicional al propio concepto de normas imperativas y se reduce a un mero efecto simbólico: el de resaltar su carácter de normas de particular importancia y necesaria observancia por parte del juzgador, como se infiere de la sentencia 15/1987: la «recta aplicación de las normas de orden público es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes»¹⁶.

Finalmente, debe advertirse que en la sentencia 46/2020, el Tribunal Constitucional realiza, por primera vez, un intento de definición global del concepto de orden público aglutinador de las tres perspectivas anteriormente analizadas: por un lado, establece que «por orden público material se entiende el conjunto de

¹⁴ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 99/2019, de 18 de julio, BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99; FJ 7.

¹⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 90/1986, de 2 de julio, BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986, ECLI:ES:TC:1986:90; FJ 2.

¹⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 15/1987, de 11 de febrero, BOE núm. 54, de 4 de marzo de 1987, ECLI:ES:TC:1987:15; FJ 3.

principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos [concepción axiológica], que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada [concepción objetiva]», mientras que, por otro lado, afirma que «desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal [normas imperativas], de modo que «[p]uede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente»¹⁷.

3. El Tribunal Constitucional ante el Derecho de excepción español y la pandemia de la COVID-19

Junto a la sentencia 148/2021, que analizaremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha dictado otras tres resoluciones en relación con los estados de alarma aprobados con ocasión de la pandemia de la COVID-19. En el auto 40/2020, sobre una manifestación que pretendía realizarse con turismos el 1 de mayo de 2020 y que fue desautorizada por la subdelegada del Gobierno de Pontevedra, el Tribunal Constitucional aplicó la doctrina que concibe el orden público como seguridad pública: la excepción del art. 21.2 CE permite prohibir el derecho de concentración

cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiendo por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados, en el bien entendido que peligro no es sinónimo de utilización de violencia sobre personas y bienes¹⁸.

De manera destacada establece posteriormente, a diferencia de lo que afirmará en la sentencia 148/2021, que «[t]ampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y a la salud de las personas» (FJ 4.b).ii).

Por su parte, la sentencia 168/2021 entenderá que la suspensión de los plazos de tramitación de las iniciativas parlamentarias, «sin excepción alguna, y sin haber establecido un margen temporal de duración»¹⁹ había vulnerado el derecho fundamental de participación política de los diputados. Finalmente la sentencia 183/2021²⁰, fruto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del partido político Vox contra el segundo estado de alarma, establecería la constitucionalidad del toque de queda –limitación a la libre circulación cuantitativa («solo» un tercio del día) y cualitativamente (en franja horaria nocturna) diferente a la producida en el primer estado de alarma– y la inconstitucionalidad tanto de la duración de la prórroga de seis meses por excesiva como de la delegación en las presidencias de las comunidades autónomas, en cuanto no cupo el control parlamentario sobre las medidas adoptadas.

¹⁷ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 46/2020, de 15 de junio, BOE núm. 196, de 18 de julio de 2020, ECLI:ES:TC:2020:46; FJ 4.

¹⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera), auto 40/2020, de 30 de abril, ECLI:ES:TC:2020:40A; FJ 2.

¹⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 168/2021, de 5 de octubre, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TC:2021:168; FJ 5.

²⁰ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 183/2021, de 27 de octubre, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TC:2021:183.

Mayor interés despierta la sentencia 148/2021, de 14 de julio, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma (y sus sucesivas prórrogas).

El Tribunal Constitucional parte de dos apreciaciones no controvertidas: existió el presupuesto necesario para decretar el estado de alarma, esto es, una pandemia, y las medidas adoptadas fueron adecuadas para hacer frente a la situación excepcional (FJ 2.e). A continuación, asumiendo como premisa que el criterio relevante para la determinación del concreto estado excepcional (alarma, excepción o sitio) no es el presupuesto fáctico sino los efectos que produce aquél sobre los derechos fundamentales, analiza si las diferentes afectaciones de los derechos fundamentales ocasionadas por el Real Decreto 463/2020 (y sus prórrogas) constituyen una limitación –en cuyo caso la declaración del estado de alarma sería constitucional– o una suspensión –en cuyo caso debía haberse decretado un estado de excepción– de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional considera que fueron constitucionales –en cuanto limitaron pero no suspendieron el derecho– las medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación (FJ 8), el cierre de locales (FJ 9)²¹ y las medidas de contención en lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas (FJ 10). No obstante, el confinamiento domiciliario sí produjo, por la intensidad de la restricción, una suspensión y no una mera limitación de la libertad de circulación del art. 19 CE²², por lo que dicha medida debe ser tachada de inconstitucional (FJ 5)²³. La inconstitucionalidad del estado de alarma no se fundaba, pues, en la ausencia del presupuesto de hecho habilitante –cuya concurrencia no discute el Tribunal Constitucional–, sino porque ejerció una facultad –la suspensión de derechos– reservada por la LOAES al estado de excepción.

El Tribunal Constitucional podría haber finalizado su argumentación tras constatar la inconstitucionalidad del estado de alarma como consecuencia de la efectiva suspensión –y no limitación– de un derecho fundamental, la libertad de circulación. No obstante, el Tribunal decide también, de manera «completamente irrelevante para el fallo» y en contra de su papel de legislador negativo (Álvarez Vélez, 2021, pp. 555-556), analizar los motivos por los que el Gobierno debía haber declarado el estado de excepción y no el de alarma²⁴. De este modo, en este estadio argumentativo el Alto Tribunal se encuentra en la necesidad de conciliar el hecho de

²¹ Excepto las palabras «modificar» y «ampliar» de la habilitación al Ministro de Sanidad para «modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades» del art. 10.6 RD 463/2020, en cuanto la restricción de derecho en el estado de alarma sólo corresponde al Gobierno, con dación de cuentas al Congreso.

²² Quien fuera posteriormente nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, el profesor Arnaldo Alcubilla (2020, p. 290), consideraba que el estado de alarma había suspendido, y no solo modificado, los derechos fundamentales, en cuanto había comportado una «severísima afectación (...) en términos tales que han devenido puramente teóricos o gnoseológicos, es decir inejercitables».

²³ Doménech Pascual (2021, p. 349) considera que, con su decisión, el Tribunal Constitucional adoptó una postura «dogmática», frente a la pragmática que defendería la constitucionalidad de los estados de alarma decretados y que, a pesar de que sea «pragmática» (y, podría pensarse, menos conforme con la literalidad de la norma) es «más respetuosa con la interpretación literal, sistemática y “originalista” de la Constitución y las leyes que la dogmática».

²⁴ Según Presno Linera (2022, p. 48), el Tribunal Constitucional fue «más allá de lo debido: creo que podría haber declarado la inconstitucionalidad parcial del Decreto 463/2020 pero no porque se declarara un estado de alarma en lugar de un estado de excepción sino porque declarándose el estado de alarma –el único para el que se daba el presupuesto exigido por la LOAES– alguna de las medidas previstas fue más allá de lo permitido para dicho estado».

que se hubiera producido el supuesto de hecho habilitante del estado de alarma –la pandemia– con la conveniencia de decretar otro estado, el de excepción, ante la necesidad de proceder a la suspensión de derechos fundamentales. Distingue para ello, en el FJ 11, entre una interpretación «dominante» y una interpretación «integradora» del Derecho de excepción español.

La interpretación dominante realiza una lectura literal –o «cualitativa» (Álvarez García, Arias Aparicio y Hernández Díez, 2020, p. 96)– de la LOAES: el recurso al estado de alarma, excepción o sitio depende de la distinta naturaleza de los presupuestos de hecho, de modo que ante una situación de epidemia, entre otras, el Gobierno debería acudir al estado de alarma (con información inmediata al Congreso de los Diputados), ante una alteración del orden público al estado de excepción (previa autorización del Congreso de los Diputados) y ante un conflicto bélico al estado de sitio (con la aprobación de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados). Ahora bien, esta interpretación «excluiría radicalmente la posibilidad de que una epidemia, por grave que resulte, habilite al Gobierno para declarar otro estado que no sea el de alarma» y «sería necesaria una reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción» (FJ 11). Por ello, el Tribunal Constitucional construye una interpretación «integradora» con la finalidad de forzar, alejándose de la literalidad de la norma legal, que una pandemia pueda habilitar la declaración de un estado de excepción²⁵. Se incurre así, según Atienza (2021, p. 149), en un activismo judicial que «no parece tener otro propósito que el de saltarse el Derecho, eludir lo establecido al respecto por el material jurídico autoritativo».

Según la interpretación integradora o evolutiva, entre los estados de alarma, excepción y sitio existe una diferencia gradualista: los tres estados se situarían en una escala de gravedad en la que el estado de alarma atendería a las amenazas más leves y el estado de sitio a las más graves. De este modo, lo determinante no sería la causa del estado excepcional, sino las consecuencias de las medidas adoptadas para hacer frente a la concreta amenaza.

Esta interpretación «integradora» entra en contradicción directa con la literalidad de la LOAES, en que, como señala Presno Linera (2020, p. 19), «no hay un paso intermedio –el estado de alarma– entre el “orden” y el “desorden” públicos sino que se pasa directamente de la situación de normalidad al estado de excepción, sin que quepan situaciones intermedias más o menos ambiguas»²⁶. Para López

²⁵ En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional se ve obligado a rechazar la interpretación dominante y optar por una nueva interpretación integradora porque parte de un error de partida: entender erróneamente que la diferencia entre limitar y suspender un derecho se encuentra en la intensidad de la restricción y no en que la limitación es una restricción del derecho (que sigue vigente y conserva sus garantías), mientras que la suspensión es una eliminación del régimen constitucional del derecho y su sustitución por el fijado en el decreto declarativo del estado de excepción. Vid. al respecto: Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 148/2021, de 14 de julio, voto particular que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, ECLI:ES:TC:2021:148.

²⁶ Esto no implicaría, no obstante, que una situación que habilite un estado de alarma no pueda, en algún momento, dar lugar a un estado de excepción, pero en tal caso debe concurrir una alteración del orden público no producida inicialmente: «[e]l estado de emergencia previsto por nuestro Derecho para luchar contra una pandemia es el estado de alarma, y no el de excepción. Sólo podría recurrirse a este último estado si, al peligro ocasionado por la pandemia, se añadiese otro para el orden público (como graves disturbios derivados, por ejemplo, de serios problemas de desabastecimiento)» (Álvarez García, Arias Aparicio y Hernández Díez, 2020, p. 101). Del mismo modo, para Solozábal Echavarría (2021, p. 22), «la garantía de los servicios públicos esenciales es un integrante necesario de la situación de quiebra

Basaguren (2022, pp. 257-260), el Tribunal Constitucional debía haberse atenido a la LOAES, pues fue la propia Constitución la que, tras mencionar los tres estados de emergencia, llamó expresamente a una ley orgánica para que regulara cada uno de ellos. Dicha ley orgánica, la LOAES, pudo haber optado por una ordenación gradualista de los estados de alarma, excepción y sitio, del mismo modo que por una ordenación material entre ellos²⁷, pero desde el momento en que acogió esta última, el Tribunal Constitucional, que está obligado a respetar «el ámbito de la libre opción que la Constitución deja al legislador», no pudo ignorar la LOAES —que forma parte del bloque de constitucionalidad— e imponer una interpretación contraria a la misma²⁸.

A fin de salvar su tesis —se produjo una suspensión de derechos y, por tanto, debió haberse decretado el estado de excepción— sin contradecir formalmente la LOAES, el Tribunal Constitucional argumenta, en primer lugar, la razón por la que pandemia puede no constituir una causa de habilitación del estado de alarma y, en segundo lugar, la concurrencia en el concreto caso de una alteración del orden público como motivo habilitador del estado de excepción.

El Tribunal Constitucional señala, respecto al primer problema, que «[c]uando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas “dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles” (...) lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no la causa» (FJ 11). En consecuencia, una epidemia podría habilitar la declaración de un estado de alarma, pero también un estado de excepción e, incluso —siguiendo este *iter lógico*—, de sitio, pues lo decisivo son los efectos que produce. Respecto al segundo problema, señala que

[c]uando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no sólo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad [FJ 11].

Sobre este punto nos detendremos en el siguiente epígrafe.

constitucional, tratándose de una condición o supuesto previstos tanto en la declaración del estado de alarma como también en la del estado de excepción».

²⁷ En efecto, «a partir del solo texto constitucional cabían dos concepciones distintas, la concepción *gradualista*, en virtud de la cual los distintos estados serían expresión de distintos tipos de respuesta a un mismo tipo de emergencia (seguridad del Estado) según la gravedad de la misma, y la concepción *pluralista*, en virtud de la cual se trataría de estados cualitativamente distintos relativos a situaciones de emergencia cualitativamente diferentes» (Cruz Villalón, 1984, p. 51). La LOAES habría optado por la segunda concepción.

²⁸ Según este autor, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional en relación con el estado de alarma, tanto por su contenido como por la tardía resolución de los recursos, ha mermado la credibilidad del máximo órgano constitucional de garantías (López Basaguren, 2022, pp. 244 y 276). En cambio, Sieira Mucientes (2021, p. 479) valora positivamente la sentencia 148/2021 al considerar que ha puesto fin a una praxis del estado de alarma que ha constituido una «mutación constitucional», porque «[e]n 2010 se declaró un estado de alarma, cuando debía haberse declarado un estado de excepción, y se adoptaron medidas de estado sitio» y «[e]n 2020 se suspendieron derechos sin decirlo».

4. El orden público en la sentencia 148/2021 del Tribunal Constitucional: una puerta abierta a la suspensión de derechos

La referencia al orden público que efectúa el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021 es al mismo tiempo decepcionante y peligrosa. Decepcionante porque la invocación al orden público se produce en un solo párrafo –pese a su trascendencia como causa habilitadora de un estado de excepción capaz de justificar la suspensión de derechos fundamentales–, sin ningún apoyo en su jurisprudencia previa y en base a una «interpretación absolutamente laxa del concepto de orden público (...) contraria a la que se manejó en el debate parlamentario de su elaboración y a la que es comúnmente compartida por la comunidad de juristas» (López Basaguren, 2022, pp. 260-261). Con ello, el Tribunal Constitucional no sólo subestima el valor que el concepto de orden público puede tener para la articulación de la dimensión dogmática del ordenamiento constitucional (García Ortiz, 2022, pp. 149-151) –en cuanto eje expresivo y protector de las decisiones políticas, económicas, sociales y culturales básicas (Corthaut, 2012, p. 254) e instrumento de acabado o perfeccionamiento del ordenamiento jurídico en que se inserta (Picard, 1996, p. 61; Struycken, 2008, p. 620)–, sino que también pierde la oportunidad de definir la categoría de una manera clara y de diseñar requisitos para su invocación y aplicación como cláusula restrictiva de derechos fundamentales. Pero es, sobre todo, una referencia peligrosa, porque la interpretación del orden público en sentido amplio en este contexto, dotándolo «no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica» (FJ 11), permite que el estado de excepción se aplique a cualquier alteración de la normalidad constitucional, cualquiera que sea la causa y en función de la interpretación política predominante en el Gobierno y en la mayoría del Congreso de los Diputados.

Mediante su interpretación extensiva del orden público, el Tribunal Constitucional aplica la construcción conceptual propia de la concepción axiológica – aquella que entiende el orden público en sentido amplio, comprensivo de los valores constitucionales vigentes en la sociedad– en un contexto, el del Derecho de excepción, en que el orden público se ha concebido generalmente desde la concepción objetiva –como sinónimo de seguridad pública y ausencia de conflicto–. Esta tesis del Tribunal Constitucional es análoga a la sostenida por Álvarez García (2020, pp. 14-18), para quien el orden público del art. 13.1 LOAES no equivale a la «quietud» de la ciudadanía o a la «mera tranquilidad en la calle», sino a un concepto amplio de orden público que constituye el substrato de otros derechos constitucionales y se integra y realiza plenamente a través de su ejercicio, y que exige, desde una perspectiva positiva, la «participación activa plena de los ciudadanos en la vida jurídica». De este modo, la declaración del estado de excepción no exige «gravísimos desórdenes públicos (...), sino, más sencillamente, que por las circunstancias de que se trate, ese “libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos” resulte muy gravemente alterado». Para este autor, pues, dado que el ejercicio del derecho a la vida resultó gravemente alterado por la pandemia, pudo haberse declarado, por violación del orden público, el estado de excepción.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional acude a este recurso argumentativo porque así se lo permite el art. 13.1 LOAES. Según este artículo –en una dicción que mimetizará el Tribunal Constitucional en su sentencia–, el Gobierno puede solicitar al Congreso la autorización para declarar el estado de excepción

[c]uando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan

gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo.

La LOAES opta por «una idea de orden público amplia, que parece ir más allá del orden público en sentido estricto como seguridad ciudadana o seguridad pública» (Teruel Lozano, 2022, p. 210). La literalidad del precepto invita a confundir –como así le ocurre al Tribunal Constitucional– la dimensión positiva del orden público –su definición y contenido– con el resultado que deriva de la eficaz aplicación de los mecanismos de tutela del orden público. El libre ejercicio de los derechos y libertades y el normal funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos no es el orden público (su dimensión positiva), sino el resultado de la plena vigencia del orden público –esto es, de los valores, principios y derechos fundamentales–. La lesión al orden público se produce, en consecuencia, cuando existe un ataque a los valores, principios y derechos fundamentales (dimensión positiva del concepto), y el estado de excepción, como mecanismo de protección del orden público (dimensión negativa del concepto), operará cuando este ataque al orden público produzca la imposibilidad de ejercer normalmente los derechos y libertades u obstaculice el funcionamiento normal de las instituciones o de los servicios públicos.

Debe haber, pues, una voluntad de lesión al orden público español, lo que no concurre en el caso de crisis sanitarias, desastres naturales o desabastecimiento de, por ejemplo, gas o energía eléctrica, aunque ello afecte a los derechos fundamentales o al funcionamiento de las instituciones y servicios públicos. Así lo considera también Xiol Ríos en su voto particular a la sentencia 148/2021: «tanto el art. 24.2 LOAES como el art. 29 LOAES se refieren a los “perturbadores del orden público”, lo que pone de manifiesto que el concepto de orden público es algo más que un indebido funcionamiento del orden institucional, sino que exige una actuación deliberada que altere el orden establecido»²⁹.

La tesis que sostiene que debe haber una voluntad lesiva para que pueda decretarse el estado de excepción se fundamenta también en la propia naturaleza personalista de los derechos que pueden ser suspendidos: los derechos de libertad y seguridad (art. 17 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE), la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE), la libertad de información (art. 20.1.d) CE), la prohibición de secuestro de publicaciones salvo resolución judicial (art. 20.5 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho de huelga (art. 28 CE) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)³⁰. La no exigencia de una voluntad lesiva implica, pues, objetivizar un mecanismo diseñado, de acuerdo

²⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 148/2021, de 14 de julio, voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, ECLI:ES:TC:2021:148; Apdo. 10. No obstante, Xiol Ríos opta por una interpretación reduccionista del orden público del art. 13.1 LOAES al identificarlo exclusivamente con la seguridad ciudadana o la seguridad pública: «[e]l estado de excepción procede en aquellos casos en los que la grave alteración de la normalidad se produce por hechos o circunstancias que conllevan una perturbación grave del orden público, entendiendo este concepto como seguridad ciudadana. Esto es, el estado de excepción solo puede adoptarse con el fin de restaurar la convivencia pacífica que se ha visto alterada por actos que atentan contra la seguridad pública o la paz social (...). [E]s preciso que concurra una grave alteración de la seguridad ciudadana que afecte a la convivencia pacífica de la sociedad» (apdo. 6).

³⁰ Xiol Ríos añade que «si se entendiera el concepto de “orden público” y el de “suspensión de derechos fundamentales” del modo en que lo entiende la mayoría no tendría sentido que la Constitución no previera la suspensión de otros derechos cuyo ejercicio pudiera impedir afrontar con rapidez crisis en las que la seguridad pública no estuviera afectada. Por ejemplo, una pandemia como la que estamos viviendo puede afectar de modo muy intenso al derecho a la educación, al derecho al sufragio, a la libertad de empresa, a la libertad religiosa, a la propiedad, al derecho al trabajo...» (apdo. 9).

con la naturaleza de los derechos con cuya suspensión se pretende hacer frente a la amenaza, para reaccionar a amenazas subjetivas de agentes que pretenden erosionar el sistema de valores, principios y derechos fundamentales vigentes en la sociedad española.

La situación en que puede activarse el estado de excepción debe presentar, como explica Velasco Caballero (2020, pp. 85-86), un cariz esencialmente político, «donde lo que está en juego es el orden constitucional o la propia soberanía nacional». Y, dada esta naturaleza política de la agresión, el propio art. 55.1 CE prevé la suspensión de derechos como «respuesta arquetípica e histórica frente a las quiebras del orden público-político (hoy diríamos del orden constitucional)». En consecuencia, el estado de alarma no puede comportar una suspensión de derechos porque no está previsto para responder a situaciones de «orden público-político»³¹. Es decir, está, como tempranamente señaló Cruz Villalón (1981, p. 99), «despolitizado»: «el legislador ha efectuado una “despolitización” del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas».

En el caso de la pandemia de la COVID-19, hubo efectivamente una alteración en el ejercicio de los derechos y en el funcionamiento de las instituciones democráticas y los servicios públicos, pero su origen no fue un ataque político al orden público, sino tanto la propia pandemia (saturación de los servicios sanitarios) como las medidas adoptadas por el Decreto de estado de alarma para hacerles frente (alteración en el ejercicio de derechos como la libertad de circulación, la libertad de empresa o el derecho a la educación, o la paralización del normal funcionamiento de los órganos constitucionales). El Tribunal Constitucional convierte los efectos del estado de alarma en la causa del estado de excepción, de modo que, a resultas de la aplicación del primero debería decretarse el segundo, y, siguiendo esta cadena lógica, los efectos del estado de excepción obligarían a decretar un estado de sitio. En este sentido se pronuncia Balaguer Callejón en su voto particular a la sentencia 148/2021:

[L]a situación acaecida en marzo de 2020 (...) no vino provocada por ninguna alteración previa del orden público que condicionara la prestación de ese servicio público sanitario. (...) La gravedad de la afectación de los derechos de la ciudadanía, o la inevitable alteración del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la organización de los poderes del Estado, cuando esta es consecuencia de una medida adoptada en el decreto de declaración del estado de alarma, no puede alegarse como causa de la adopción sucesiva del estado de excepción. Una compresión tal nos llevaría a encadenar sistemáticamente la declaración de uno y de otro, porque la situación derivada del estado de alarma sería presupuesto para la adopción del estado de excepción³².

En definitiva, de acuerdo con la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional de la cláusula de orden público como habilitadora del estado de excepción, cualquier alteración de la normalidad constitucional, con independencia de la causa que la produzca, podrá conducir a uno de los régimenes de suspensión de

³¹ Según este autor, esta despolitización y desvinculación del orden público del estado de alarma derivaría directamente de la Constitución, por cuanto según el art. 116 CE el estado de alarma es declarado directamente por el Gobierno, mientras que sólo los estados de excepción y sitio, «por su naturaleza esencialmente política», deben ser autorizados o declarados por el Congreso, «órgano parlamentario que encarna directamente la representación política» (Velasco Caballero, 2020, p. 86).

³² Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 148/2021, de 14 de julio, voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, ECLI:ES:TC:2021:148; Apdo. 2.

derechos fundamentales más estrictos del ordenamiento jurídico español. Sería conveniente, pues, que el máximo intérprete de la Constitución clarificara definitivamente el concepto de orden público de una manera acorde con el Derecho de excepción democrático español, esto es, mediante una interpretación restrictiva de la cláusula que resultara favorable al ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

5. Conclusiones

El 5 de mayo de 2023 la Organización Mundial de la Salud decretó el fin de la emergencia internacional por la COVID-19 (OMS, 2023) y el 4 de julio del mismo año el Consejo de Ministros de España aprobó el Acuerdo, publicado en la Orden SND/726/2023, por el que se declaraba la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus y se eliminaba la obligatoriedad del uso de mascarillas, si bien se mantenía como recomendación en centros sanitarios y ante la presencia de síntomas de infección respiratoria.

Tres años después del inicio de la crisis sanitaria, la situación es ahora bien diferente: la pandemia ha ido abandonando progresivamente su protagonismo en nuestras vidas y diferentes acontecimientos –las consecuencias de la devastadora invasión rusa de Ucrania o las sucesivas convocatorias electorales, entre otros– han ido concatenándose en la abrumadora realidad en la que nos encontramos inmersos. El propio Tribunal Constitucional que dictó la sentencia 148/2021 es también diferente: sólo tres de los doce magistrados permanecen todavía en el cargo, dando lugar a un cambio de mayoría conservadora a progresista y ocupando la presidencia, precisamente, quien formulara uno de los votos particulares de aquella sentencia.

Sin embargo, pese a este cambio de realidad, no debemos olvidar la importancia que, para el Derecho de excepción español, tuvo la respuesta adoptada por el Gobierno durante este periodo y la valoración que sobre la misma efectuó el Tribunal Constitucional. En este trabajo hemos pretendido demostrar la relevancia de una correcta clarificación del concepto de orden público, como núcleo de la dimensión dogmática de la Constitución y mecanismo habilitador de la suspensión de derechos en el estado de excepción, así como los riesgos a que puede conducir en el futuro la interpretación efectuada sobre este concepto en la sentencia analizada.

Como se ha analizado, el Tribunal Constitucional se basa en el concepto de orden público para declarar la inconstitucionalidad del estado de alarma adoptado en el Real Decreto 463/2020. En el Derecho positivo español –y en su jurisprudencia constitucional– han convivido tradicionalmente dos concepciones del término orden público. Según la «concepción axiológica», el orden público sintetiza los valores, principios y derechos fundamentales característicos de una determinada sociedad en un concreto momento histórico (dimensión positiva del concepto), garantizados por un conjunto de técnicas jurídicas («cláusulas», «excepciones» o «limitaciones» de orden público) cuya aplicación deriva en una situación de normalidad u orden social. Por su parte, según la «concepción objetiva», el orden público simplemente equivale a la última dimensión de la anterior concepción: actúa como sinónimo de seguridad pública o paz social, es decir, como la situación fáctica que se produce cuando los valores que comprende el orden público rigen con normalidad. En la sentencia 148/2021, sin embargo, el Tribunal Constitucional –mediante una argumentación limitada a un único párrafo y sin base en su jurisprudencia previa– confunde ambas dimensiones y aplica la «concepción axiológica» del orden público en un ámbito, el del Derecho de excepción, en el que, por la necesidad de una interpretación restrictiva

que limite la suspensión de derechos a situaciones realmente excepcionales, ha imperado con carácter general su «concepción objetiva».

El Tribunal Constitucional podría haber resuelto la sentencia señalando simplemente que el Real Decreto 463/2020 se extralimitó en las facultades conferidas por la Constitución al estado de alarma, en cuanto que al constituir el confinamiento domiciliario una restricción muy intensa del derecho a la libre circulación del art. 19 CE se habría producido una suspensión de un derecho fundamental y no una mera limitación. No obstante, decidió argumentar –en nuestra opinión de manera equivocada– por qué debería haberse decretado el estado de excepción. Para ello, adopta lo que denomina una interpretación «integradora» y afirma que el criterio relevante para la determinación del estado excepcional apropiado a cada situación no es el elenco de causas señaladas en la LOAES –de acuerdo con lo que establecería la que considera «interpretación dominante» o literal–, sino los efectos que ha de producir su declaración. De este modo, si para hacer frente a una determinada situación excepcional se considera necesaria una suspensión de derechos –entendida ésta como una restricción de mucha intensidad– deberá decretarse un estado de excepción o de sitio, circunscribiendo el estado de alarma a la simple limitación –o restricción de poca intensidad– de derechos.

La anterior argumentación le lleva al Tribunal Constitucional a concluir que una epidemia que alcance unas dimensiones desconocidas e imprevisibles –adjetivos que, por otra parte, bien podrían caracterizar el propio concepto de epidemia– se convertirá, por una conversión de lo cuantitativo en cualitativo, en causa habilitadora del estado de excepción. Dando un paso adelante en este razonamiento, en cuanto el art. 13.1 LOAES exige la concurrencia de una alteración del orden público para poder decretar un estado de excepción, el Tribunal Constitucional identifica las consecuencias del Real Decreto 463/2020 (las limitaciones al normal ejercicio de los derechos y al funcionamiento de las instituciones democráticas o la interrupción de la actividad educativa o comercial) con las causas del estado de excepción, esto es, con una afectación del «orden público constitucional». El orden público se convierte de esta manera en una categoría amplia y absolutamente flexible, capaz de ser identificada con el desarrollo normal de la vida social y política. De acuerdo con este esquema lógico, cualquier alteración de dicha normalidad podrá ser considerada como una violación del orden público y, por tanto, habilitar la suspensión de derechos fundamentales en el marco del estado de excepción.

Ahora bien, como hemos expuesto previamente, el Tribunal Constitucional puede alcanzar la anterior conclusión argumentativa porque es precisamente el art. 13.1 LOAES el que emplea una concepción amplia de orden público. Por ello, sería aconsejable que el Tribunal Constitucional clarificara y cerrara un concepto que, por indeterminado y maleable, puede conducir a resultados indeseados en cuanto a la suspensión discrecional de derechos fundamentales. Pero, sobre todo, deviene imprescindible la apertura de un debate sobre la necesaria actualización –reforma, clarificación y refuerzo– del Derecho de excepción español para que, a la vista de la experiencia adquirida en la respuesta jurídica a la pandemia y con la finalidad de evitar la conversión del orden público en una puerta abierta a la suspensión de derechos, dispongamos en el futuro de herramientas adecuadas y garantistas para hacer frente a posibles nuevas amenazas sanitarias.

Bibliografía

- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez García, F. J. (2020). Estado de alarma o de excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, 1-20. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6706>
- Álvarez García, V., Arias Aparicio, F. y Hernández Diez, E. (2020). *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*. Iustel.
- Álvarez Ortega, M. (2003). Orden público: unidad axiológica, espacio europeo. *Anuario de Derecho europeo*, 3, 14-45.
- Álvarez Vélez, M. I. (2021). Alarma y pandemia: Problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista de las Cortes Generales*, 111, 547-574. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1633>
- Angelini, F. (2007). *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*. CEDAM.
- Arnaldo Alcubilla, E. (2011). El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución española de 1978. En J. Delgado Aguado y S. Iglesias Machado (coords.), *La noción de orden público en el constitucionalismo español* (217-227). Dykinson.
- Arnaldo Alcubilla, E. (2022). España: tres meses y una semana bajo el estado de alarma. En E. Arnaldo Alcubilla y R. Canosa Usera, R. (dirs.), *El Derecho Constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado* (271-294). Wolters Kluwer.
- Asensi Sabater, J. (2011). Constitución, ley y orden público en las Cortes de Cádiz. En P. García Trobat y R. Sánchez Ferri (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz* (119-138). Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (2021). La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia. *Jueces para la democracia*, 102, 141-150.
- Ballbé, M. (1985). *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*. Alianza Universidad.
- Bartolomé Cenzano, J. C. de (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bartolomé, E., Coromina, L. y Dülmer, H. (2021). Valores bajo presión: estudio preliminar sobre el cambio de valores ante la crisis de la COVID-19 en España. *Revista Española de Ciencia Política*, 55, 143-165. <https://doi.org/10.21308/recp.55.06>
- Berramdale, A. (2000). L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne. En VV. AA., *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot* (157-198). Bruylant.
- Calvo Álvarez, J. (1983). *Orden público y factor religioso en la Constitución española*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Canosa Usera, R. (2020). El marco internacional y supranacional de la reacción estatal europea ante la emergencia sanitaria. En E. Arnaldo Alcubilla y R. Canosa Usera, R. (dirs.), *El Derecho Constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado* (25-47). Wolters Kluwer.
- Corthaut, T. (2012). *EU Ordre Public*. Kluwer Law International.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- Doménech Pascual, G. (2023). Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 345-411.

- Doral, J. A. (1967). *La noción de orden público en el Derecho civil español*. Universidad de Navarra.
- Feraci, O. (2012). *L'ordine pubblico nel Diritto dell'Unione Europea*. Giuffrè Editore.
- García Ortiz, A. (2021). La pandemia del Covid-19: lecciones para la Unión Europea en perspectiva constitucional. En A. I. Dueñas Castrillo, D. Fernández Cañuelo, P. Guerrero Vázquez y G. Moreno González (Coords.), *La constitución en tiempos de pandemia* (193-213). Dykinson.
- García Ortiz, A. (2022). *Orden público y Unión Europea. Una contribución a la construcción constitucional europea*. Tirant lo Blanch.
- Inglehart, R. (1977). *The Silent Revolution. Changing Values and Political Styles Among Western Publics*. Princeton Legacy Library.
- Izu Beloso, J. M. (1988). Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 58, 233-254.
- Llopis Giner, J. M. (1996). El orden público: módulo general delimitativo de licitud. En L. Prats Albertosa (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (283-300). Universitat de València.
- López Basaguren, A. (2022). El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica (SSTC 14/2021, 168/2021 y 183/2021). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 237-282. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.08>
- Marrades Puig, A. (2020). Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas desde el Derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis Covid-19. *IgualdadES*, 3, 379-402. <https://doi.org/10.18042/cepc/IqdES.3.04>
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1975). *La cláusula de orden público como límite – impreciso y creciente– al ejercicio de los derechos*. Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1983a). *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1983b). El orden público como límite al derecho de libertad religiosa. En M. Ramírez Jiménez (Coord.). *El desarrollo de la Constitución Española de 1978* (111-144). Libros Pórtico.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1983c). Notas para la historia de la noción de Orden público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 36, 19-38.
- McCrea, R. (2010). *Religion and the Public Order of the European Union*. Oxford University Press.
- Montalvo Abiol, J. C. (2010). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 197-222.
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
- Organización Mundial de la Salud. (2023). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa celebrada el 5 de mayo de 2023*. <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing---5-may-2023>
- Pérez Luño, A.-E. (2007). Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 495-511. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6776>
- Pérez Navarro, P. (2020). Pandemia y orden público: el espacio de la protesta. *Voluntas: Revista Internacional de Filosofía*, 11 (4), 1-8. <https://doi.org/10.5902/2179378643541>
- Picard, E. (1996). L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public. *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. esp., 55-75.

- Picheral, C. (2001). L'Ordre public européen. Droit communautaire et Droit européen des droits de l'homme. La Documentation française.
- Presno Linera, M. Á. (2020). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. En E. Atienza Macías y J. F. Rodríguez Ayuso (dirs.), *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública* (15-28). Dykinson.
- Presno Linera, M. Á. (2022). El Derecho de excepción y la pandemia de COVID-19. En A. Carmona Contreras y B. Rodríguez Ruiz (dirs.), *Constitución y pandemia. El Estado ante la crisis sanitaria* (19-52). Tirant lo Blanch.
- Prieto Álvarez, T. (2005). *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Aranzadi.
- Ramón Fernández, T. (2020). El estado de derecho, a prueba. En D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)* (19-24). Tirant lo Blanch.
- Ruchelli, H. F. (1991). *El orden público: general y en derecho internacional privado*. Abeledo-Perrot.
- Sieira Mucientes, S. (2021). Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente. ¿Mutación o reforma constitucional? *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 463-493. <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.3221>
- Solozábal Echavarría, J. J. (2021). El estado de alarma y el Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, extra 1, 17-29.
- Struycken, T. (2008). L'ordre public de la Communauté Européenne. En VV. AA., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon* (617-631). Dalloz.
- Sudre, F. (1996). Existe t-il un ordre public européen? En P. Tavernier (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? Le Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «unión plus étroite» (35 années de jurisprudence: 1959-1994)* (39-80). Bruylant.
- Teruel Lozano, G. M. (2022). Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19. Presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional. En A. Carmona Contreras y B. Rodríguez Ruiz (dirs.), *Constitución y pandemia. El Estado ante la crisis sanitaria* (187-240). Tirant lo Blanch.
- Velasco Caballero, F. (2020). Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19. En D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)* (79-133). Tirant lo Blanch.

Repensando un debate (todavía) vigente sobre la pandemia de la Covid-19. La retirada del uso obligatorio de la mascarilla en el transporte público*

Rethinking a (still) ongoing debate on the Covid-19 pandemic. The withdrawal of the mandatory use of face masks on public transport

Manuel Ortiz Fernández
Universidad Miguel Hernández de Elche
ORCID ID 0000-0001-7942-9907
m.ortizf@umh.es

Cita recomendada:

Ortiz Fernández, M. (2023). Repensando un debate (todavía) vigente sobre la pandemia de la Covid-19. La retirada del uso obligatorio de la mascarilla en el transporte público. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 184-206

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.7996>

Recibido / received: 17/04/2023

Aceptado / accepted: 26/07/2023

Resumen

En el marco de la pandemia de la Covid-19 se aprobaron diversas disposiciones que, en la práctica, suspendieron (o limitaron) derechos fundamentales de los ciudadanos. La situación de emergencia sanitaria provocó la declaración del segundo estado de alarma desde la aprobación de la Constitución Española. Sin embargo, a pesar de que parece que los debates se encuentran superados, la supresión del uso obligatorio de la mascarilla en el transporte público ha puesto de manifiesto que todavía existen cuestiones a las que ofrecer una respuesta jurídica. Por ello, en el presente estudio analizaremos la habilitación legal (estatal, autonómica y local) para tratar de esclarecer la adecuación de la mencionada decisión.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar» (PID2020-113472RB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

Palabras clave

Covid-19, derechos fundamentales, estado de alarma, mascarilla, pandemia, suspensión, transporte público.

Abstract

In the context of the Covid-19 pandemic, several provisions were adopted that, in practice, suspended (or limited) citizens' fundamental rights. As a result, the health emergency situation caused the declaration of the second state of alarm since the approval of the Spanish Constitution. However, although the debates seem to be over, the abolition of the mandatory use of a mask on public transport has shown that there are still questions to offer a legal answer. Therefore, in this study, we will analyze the legal authorization (state, regional and local) to clarify the adequacy of the decision above.

Keywords

Covid-19, fundamental rights, state of alarm, mask, pandemic, suspension, public transport.

SUMARIO. 1. Consideraciones preliminares. 2. El origen del debate: la imposición de restricciones derivadas de la Covid-19 por las comunidades autónomas y por el Estado. 3. Breves reflexiones sobre la adecuación de las restricciones en las normas administrativas (estatales y autonómicas) y en el estado de alarma. 4. Replanteamiento de la cuestión: a vueltas con la utilización de las mascarillas. 5. Principales conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

El surgimiento, desarrollo y la rápida expansión de la Covid-19 ha provocado una situación excepcional a todos los niveles (cultural, social, jurídico, económico). Sin duda, el principal efecto negativo ha sido el elevado número de contagios (768.300.000 a nivel mundial¹, de los cuales 13.914.811 se han registrado en España) y de fallecimientos (6.837.663 en todo el mundo y 121.760 en España²). Para tratar de paliar estas consecuencias, los esfuerzos se han centrado en crear vacunas efectivas³, de tal suerte que se han administrado un total de 13.261.600.782 dosis (105.872.140 en nuestra nación), habiendo recibido la pauta completa 5.087.490.747 personas (40.740.303 en España⁴).

A pesar de que ya se estaban produciendo casos en otros países, hasta el 14 de marzo de 2020 no se aplicó el estado de alarma en España (que, a la postre, se prorrogaría, de forma sucesiva, hasta en 6 ocasiones) a través del Real Decreto

¹ Vid.: <https://es.statista.com/estadisticas/1104227/numero-acumulado-de-casos-de-coronavirus-covid-19-en-el-mundo-enero-marzo/>

² Los datos relativos a los contagios y fallecidos en España se pueden consultar en la Actualización núm. 672. Enfermedad por el coronavirus (Covid-19), publicada el 30 de junio de 2023. https://www.sanidad.gob.es/areas/alertasEmergenciasSanitarias/alertasActuales/nCov/documentos/Actualizacion_672_COVID-19.pdf

³ Así, afirma la Estrategia de vigilancia y control frente a covid-19 tras la fase aguda de la pandemia (actualizado a 3 de junio de 2022 y revisado a 8 de noviembre de 2022), aprobado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta y por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que más del 92% de la población española mayor de 12 años se encuentra vacunada con pauta completa. <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Nueva estrategia vigilancia y control.pdf>

⁴ Datos extraídos del Informe Gestión integral de la vacunación Covid-19 del Ministerio de Sanidad, de 30 de junio de 2023. https://www.sanidad.gob.es/areas/alertasEmergenciasSanitarias/alertasActuales/nCov/documentos/Informe_GIV_comunicacion_20230630.pdf

463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. A partir de este momento, se estableció el confinamiento generalizado, limitando así la libertad deambulatoria de toda la población.

Sin embargo, con anterioridad, la mayoría de las comunidades autónomas aprobaron normas, acuerdos o planes de emergencia, en cuyo marco se aplicaron medidas para tratar de paliar los efectos del virus que, en mayor o menor medida, supusieron una limitación de derechos subjetivos (como, por ejemplo, el confinamiento de determinados grupos de personas). Todo ello, recurriendo a lo que algunos autores han denominado «viejo Derecho Administrativo sectorial» (Nogueira López, 2020, p. 23).

La mejora de las condiciones sanitarias permitió que se aprobara un Plan de desescalada (gradual, asimétrica y coordinada), dividido en 4 fases, en el que se contempló la recuperación progresiva de ciertos derechos fundamentales o, al menos, algunos campos de actuación restringidos (como, por ejemplo, la apertura de pequeños comercios o de terrazas con limitaciones de ocupación al 30%). La última de las citadas fases se denominó «nueva normalidad», en la que finalizaban las restricciones sociales y económicas, pero se mantenía la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y la autoprotección de la ciudadanía.

Sin ánimo de exhaustividad, entre otras, se incorporaron medidas tales como las limitaciones horarias (toques de queda), la determinación de aforos máximos para ciertas actividades o lugares, las restricciones de circulación (entre comunidades o entre municipios), los controles sanitarios forzosos, así como el uso obligatorio de mascarilla (que, en el momento de escribir estas líneas, no se encuentra vigente por haber sido suprimido también, desde el mes de julio de 2023, en centros sanitarios y en farmacias⁵).

Esta transición, sin embargo, se delegó, en gran medida, a las distintas comunidades autónomas, quienes, en atención a las peculiares circunstancias existentes en sus respectivos territorios, decretaron normas. Es el caso, por ejemplo, del Decreto 8/2020, de 13 de junio, del *president de la Generalitat*, de regulación y flexibilización de determinadas restricciones, en el ámbito de la *Comunitat Valenciana*, establecidas durante la declaración del estado de alarma, en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad; del Decreto 16/2020, de 5 de noviembre, del *president de la Generalitat*, por el que se prorroga la medida de restricción de entrada y salida de personas del territorio de la *Comunitat Valenciana*, adoptada en el Decreto 15/2020, de 30 de octubre, de medidas temporales y excepcionales en la *Comunitat Valenciana*, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y al amparo de la declaración del estado de alarma, y se adoptan otras medidas; o del Decreto 17/2020, de 12 de noviembre, del *president de la Generalitat*, por el que se prorroga la medida de restricción de entrada y salida de personas del territorio de la *Comunitat Valenciana*, adoptada en el Decreto 15/2020, de 30 de octubre, de medidas temporales y excepcionales en la *Comunitat Valenciana*, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y al amparo de la declaración del estado de alarma, y prorrogada por el Decreto 16/2020, de 5 de noviembre, del *president de la Generalitat*, entre otras muchas.

⁵ A este respecto, *vid.* la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Asimismo, como se ha tenido ocasión de señalar, uno de los pilares principales fue la búsqueda de una vacuna efectiva contra la Covid-19. Este hecho lo demuestra el elevado número de farmacéuticas que trabajaron en su propia solución. Entre las autorizadas, encontramos la Comirnaty de Pfizer/BioNTech, la de Moderna, la de Oxford/AstraZeneca y la de Janssen. Por su parte, como otras no autorizadas en la Unión Europea, podemos citar Sanofi/GSK, Novamax y Curevac⁶.

Como contrapartida, en algunos estados se impuso la vacunación obligatoria (como, por ejemplo, Turkmenistán, Tayikistán, Ecuador o Austria) y, por su parte, en otros se ha tratado de forzar a la población con medidas indirectas, más o menos restrictivas. Estas últimas se establecieron en atención a la edad (como Italia o Grecia) o para determinadas profesiones (normalmente, personal de hospitales, como en Italia, Alemania o Inglaterra).

Además, la libre circulación entre los estados también se vio ampliamente restringida con la incorporación del denominado *Green Pass* europeo. En la práctica, ello se tradujo en la exigencia, por parte de la mayoría de países, de contar con una pauta de vacunación completa (o, en algunos casos, podía sustituirse con la realización de pruebas negativas de antígenos) y con la cumplimentación de un formulario (*ad hoc* de cada estado).

En España, ciertamente y a pesar de que se debatió sobre la implantación de la medida, no se aprobó la vacunación obligatoria de la población, sino que se limitó, durante un lapso de tiempo, la entrada a determinados establecimientos (como hostelería, gimnasios, etc.) debiendo, las personas no vacunadas, exhibir test de antígenos negativos para acceder a tales prestaciones. Por supuesto, ello se acompañó de la necesidad de utilizar mascarilla, en lugares públicos y abiertos en sitios cerrados, o solamente en estos últimos, según el momento temporal y las condiciones sanitarias.

Sin embargo, a pesar de que, aparentemente, ya se ha debatido sobre todas las cuestiones relacionadas con la pandemia de la Covid-19, vuelven a plantearse disquisiciones que demuestran la vigencia del tema. En este sentido, el pasado día 7 de febrero de 2023 el Consejo de Ministros aprobó la eliminación del uso obligatorio de las mascarillas en los medios de transporte.

A este respecto, el origen del uso de las mascarillas en el transporte público lo encontramos en la fase 0 de la desescalada que, en la mayoría del país, se inició el día 4 de mayo de 2020. Así, *vid.* la Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de mascarillas en los distintos medios de transporte y se fijan requisitos para garantizar una movilidad segura de conformidad con el plan para la transición hacia una nueva normalidad y la Orden TMA/424/2020, de 20 de mayo, por la que se modifican la Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de mascarillas en los distintos medios de transporte y se fijan requisitos para garantizar una movilidad segura de conformidad con el plan para la transición hacia una nueva normalidad; y la Orden TMA/419/2020, de 18 de mayo, por la que se actualizan las medidas en materia de ordenación general de la navegación marítima adoptadas durante el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 al proceso de desescalada.

⁶ Acerca de vacunas en el marco del proceso de precalificación e inclusión en la lista de uso en emergencias de la OMS, se puede consultar: https://extranet.who.int/pqweb/sites/default/files/documents/Status_COVID_VAX_29Sept2021_0.pdf

Este hecho, aislado, no parece tener demasiada relevancia. No obstante, si lo unimos a la posición que han mantenido al respecto algunos ejecutivos autonómicos (como Andalucía), que se han manifestado en contra de tal medida, la anterior conclusión varía. Y surge entonces, de nuevo, la difícil pregunta acerca de los contornos competenciales y el reparto entre el Estado y las comunidades autónomas. Esto es, a quién corresponde, en estas circunstancias, decidir sobre el deber de utilizar la mascarilla en los transportes públicos.

Igualmente y a pesar de que no nos ocupemos por razones de espacio y concreción, durante la pandemia se extendió el uso generalizado de la telemedicina, esto es, la atención no presencial de los pacientes siendo, quizás, la telefónica la más empleada. En este sentido, si bien inicialmente el gran número de enfermos producían serias dificultades en los centros sanitarios (lo cual, por otro lado, puso de manifiesto que es imprescindible aumentar el gasto público para estos menesteres), algunos autores han criticado el abuso de la telemedicina por haberse recurrido a la misma de forma excesiva e injustificada.

2. El origen del debate: la imposición de restricciones derivadas de la Covid-19 por las comunidades autónomas y por el Estado

La primera cuestión a la que debemos enfrentarnos es la relativa a la titularidad competencial (Estado-comunidades autónomas) sobre la materia. Sobre el particular, hemos de destacar, como punto de partida, que el artículo 43 CE reconoce, en su apartado primero, el derecho a la protección de la salud y, en su apartado segundo, atribuye a los poderes públicos (sin mayores concreciones) la obligación de organizar y tutelar la salud pública. Por su parte, el artículo 149.1. 16^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «Sanidad exterior» y sobre las «Bases y coordinación general de la sanidad». A partir de estas bases, corresponde a las comunidades autónomas, en virtud del artículo 148.1. 21^a CE, la competencia (de ejecución, desarrollo o concreción de las leyes estatales) en materia de sanidad e higiene.

Resulta obvio, pues, porque la propia realidad lo demuestra, que las comunidades autónomas cuentan con normativa propia sobre sanidad. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública, de Cataluña; de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la *Comunitat Valenciana*; de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; o de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.

Sin embargo, las peculiares circunstancias en las que se originó y desarrolló el virus y su rápida expansión, provocó que se produjeran, quizás, determinadas disfuncionalidades en el sistema que, entendemos, son el origen del debate actual. Por ello, consideramos que un análisis, siquiera breve, de las principales cuestiones que se tuvieron en cuenta nos permitirá, a la poste, ofrecer una respuesta jurídica adecuada a la problemática actual.

En este sentido, hay que tener en cuenta que podemos diferenciar hasta cuatro etapas: en primer lugar, con anterioridad a la aprobación del estado de alarma, muchas comunidades contaban con disposiciones normativas que incorporaban medidas contra el virus; en segundo lugar, con la declaración del estado de alarma se produjo una «recentralización» de las competencias sanitarias (Álvarez García, 2020, p. 1); en tercer lugar, tras la emisión del mencionado Plan de desescalada, se fue descentralizando, de nuevo, en favor de las comunidades; y, en cuarto y último lugar, el mantenimiento de las medidas una vez finalizado el estado de alarma.

Como se ha tenido ocasión de señalar, con carácter previo al estado de alarma nacional, las comunidades autónomas comenzaron a regular y a establecer medidas contra la Covid-19. Así las cosas, la gran mayoría de los territorios decretaron, con mayor o menor alcance, distintas reglas para iniciar la contienda contra el virus. Las primeras se centraron en la suspensión de la actividad educativa y en la necesidad de incorporar distanciamiento en el ámbito laboral. Es el caso del acuerdo adoptado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 9 de marzo, para las zonas con mayor transmisión: la Comunidad de Madrid, la ciudad de Vitoria y la localidad de Labastida.

Al mismo le siguió, en primer lugar, la Comunidad de la Rioja, con el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 10 de marzo de 2020, que suspendió la actividad escolar, prohibió las reuniones de más de 1000 personas y restringió la celebración de eventos deportivos a puerta cerrada.

Por su parte, Cataluña, el 12 de marzo, en aplicación del Decreto 161/1995, de 16 de mayo, por el cual se aprueba el Plan de protección civil de Cataluña, activó la fase de emergencia y, con la Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo, se acordó restringir la salida de personas de los municipios Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena.

Igualmente, también activaron sus planes de emergencias Murcia (Plan Territorial de la Región de Murcia (PLATEMUR) y Galicia (Plan territorial de emergencias de Galicia (Platerga). Además, en el primer caso, la Orden de la Consejería de Salud por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (Covid-19) incluyó «Medidas de confinamiento que restringen la libertad de circulación de las personas, permitiéndose exclusivamente los desplazamientos por motivos laborales, médico-asistenciales y de adquisición de productos de primera necesidad, sanitarios y farmacéuticos».

En otro orden de cosas, Asturias, en el Acuerdo de 12 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, sobre medidas preventivas y recomendaciones relacionadas con la infección del SARS CoV-2 (Covid-19), incorporó, entre otras, la suspensión de la actividad escolar, la necesidad de que los grandes eventos deportivos, profesionales y no profesionales, nacionales e internacionales, que supongan una gran afluencia de aficionados, se realicen a puerta cerrada y el favorecimiento, por parte de las empresas, de la realización de la actividad laboral mediante teletrabajo, siempre que sea posible.

De igual modo, el Gobierno vasco recurrió al Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias. Entre otras, se decretó el cierre de los centros educativos, la restricción de acompañantes a las urgencias hospitalarias en determinados lugares, o la necesidad de tomar la temperatura antes de acudir a los centros sanitarios.

En Andalucía encontramos la Orden del Consejero de la Presidencia, Administración Pública e Interior, de 25 de febrero de 2020, se acordó activar el Comité Ejecutivo para el Control, Evaluación y Seguimiento de Situaciones Especiales y, posteriormente, la Orden de 14 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19). En esta última se declaró la suspensión de la actividad de los espectáculos públicos, de las actividades recreativas, la actividad comercial minorista (a excepción de la

alimentación y productos de primera necesidad) y se limitaron los servicios de transporte público.

De forma similar procedió Aragón en la Orden de 14 de marzo de 2020, de la Consejera de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas adicionales de salud pública en la Comunidad Autónoma de Aragón por la situación y evolución de la Covid-19 y les Illes Balears en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de marzo de 2020 por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales para Limitar la Propagación y el Contagio de la Covid-19.

En la misma línea, con la suspensión de las actividades escolares, recreativas y de eventos públicos, podemos citar, en Castilla-La Mancha, el Decreto 8/2020, de 12 de marzo, del Presidente de la Junta de Comunidades, sobre medidas extraordinarias a adoptar con motivo del coronavirus (SARS-CoV-2) y la Instrucción 1/2020, de 13 de marzo, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, para la aplicación de las medidas educativas por causa del brote del virus Covid-19 en los centros docentes de Castilla La Mancha.

Canarias hizo lo propio con la Orden de 12 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas de intervención administrativa de protección de la salud, relativas a la suspensión temporal de la actividad educativa presencial y la actualización de las medidas relativas a los eventos, competiciones y actividades deportivas, ambas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias y Navarra con la Orden Foral 26/2020, de 13 de marzo, del Consejero de Educación, por la que se adoptan medidas en el ámbito educativo como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19)⁷.

Igualmente, también se restringió el transporte público en Castilla y León, donde decretó el Acuerdo 9/2020, de 11 de marzo, de la Junta de Castilla y León, sobre medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma con motivo de la Covid-19, así como varias órdenes: la Orden EDU/308/2020, de 13 marzo, por la que se concreta el funcionamiento de los centros docentes no universitarios de la Comunidad de Castilla y León, cuya actividad docente presencial y actividades extraescolares han sido suspendidas como consecuencia del coronavirus, Covid-19; la Orden SAN/307/2020, de 13 de marzo, por la que se adoptan medidas para el personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud en relación con la Covid-19; y la Orden SAN/306/2020, de 13 de marzo, por la que se amplían las medidas preventivas en relación con la Covid-19 para toda la población y el territorio de la Comunidad de Castilla y León.

En Extremadura, el 13 de marzo se publicaron diversas resoluciones⁸ que contemplaban medidas específicas para empleados públicos, para la actividad

⁷ El día siguiente se emitió la Orden Foral 4/2020, de 14 de marzo, de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas preventivas e instrucciones de salud pública como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19).

⁸ *Vid.*, la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Vicepresidenta Primera y Consejera, por la que se adoptan medidas respecto a los empleados públicos del ámbito general de la administración de la Junta de Extremadura con motivo de la Covid-19; la Resolución de 13 de marzo de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 12 de marzo de 2020, por el que se adoptan medidas preventivas de salud pública en relación con la actividad educativa en Extremadura como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19); la Resolución de 13 de marzo de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero, sobre medidas preventivas en materia de salud pública relativas a las personas usuarias de plazas públicas financiadas por la Junta de Extremadura en servicios sociales especializados de atención a la discapacidad y al trastorno mental grave en Extremadura; la

educativa o para los servicios sociales especializados de atención a la discapacidad y al trastorno mental grave. Cabe destacar la Resolución de 13 de marzo de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero, por la que se acuerdan medidas preventivas en materia de salud pública en relación con el municipio del Arroyo de la Luz, ya que conllevó la aprobación del aislamiento domiciliario y la limitación de las actividades sociales, así como los desplazamientos entre localidades.

Por último, en el caso de la *Comunitat Valenciana* el primer acuerdo se adoptó con el Decreto 3/2020, de 9 de marzo, del *president de la Generalitat*, por el que se crea la Mesa Interdepartamental para la Prevención y Actuación ante el Coronavirus, Covid-19 y, posteriormente, con el aplazamiento de las fiestas de las Fallas con el Decreto 4/2020, de 10 de marzo, del *president de la Generalitat*, por el que se suspende y se aplaza la celebración de las fiestas de las Fallas en la *Comunitat Valenciana*, y de la Magdalena en Castelló. A partir de ese momento, el 12 de marzo se publicaron diversas resoluciones en las que se suspendió la actividad educativa a todos los niveles⁹ y se limitó la celebración de eventos de competición profesional, eventos festivos y de concentración, actividades de ocio y culturales y establecimientos públicos.

El fundamento normativo para llevar a cabo las actuaciones descritas se hizo residir en diversas leyes estatales administrativas (a excepción de Cataluña) y en las propias disposiciones autonómicas. Esto último se puede detectar muy rápidamente si atendemos, por ejemplo, a la Resolución de 11 de marzo de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas excepcionales para eventos festivos y de concentración de personas, en la *Comunitat Valenciana*, para limitar la propagación y el contagio por la Covid-19 que alude a:

Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejera, por la que se da cumplimiento al Acuerdo Segundo del Acuerdo de 12 de marzo de 2020 del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por el que se adoptan medidas preventivas de salud pública en relación con la actividad educativa en Extremadura como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19); la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejera, por la que se da cumplimiento a las medidas preventivas de salud pública en relación con la actividad educativa en Extremadura como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19), adoptadas mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de 12 de marzo de 2020; la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejera, por la que se adoptan medidas preventivas en el ámbito de sus competencias con motivo de la Covid-19, o la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Secretaría General del Servicio Extremeño Público de Empleo, por la que se adoptan medidas preventivas en relación al funcionamiento de los centros de formación para el empleo y al desarrollo de acciones formativas para el empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus Covid-19.

⁹ Vid. la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, por la que se desarrolla para el ámbito universitario y de enseñanzas artísticas superiores, la Resolución de 12 de marzo, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, de suspensión temporal de la actividad educativa y formativa presencial en todos los centros, etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de la *Comunitat Valenciana*, como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19) y la Resolución de 12 de marzo de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerda suspender temporalmente la actividad educativa y formativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza en la *Comunitat Valenciana*, como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19), la Resolución de 12 de marzo de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas excepcionales con los programas de intercambio de profesorado y alumnado, así como con las estancias formativas del personal docente de cualquier nivel educativo, para limitar la propagación y el contagio de la Covid-19, o la Resolución de 11 de marzo de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la cual se acuerdan medidas excepcionales en relación con las prácticas en centros sanitarios del sistema valenciano de salud y centros sanitarios privados por parte de estudiantes de universidades públicas y privadas de la *Comunitat Valenciana*, así como por parte de estudiantes de ciclos formativos de Formación Profesional de la *Comunitat Valenciana*, para limitar la propagación y el contagio de la Covid-19.

- En primer lugar, a su competencia constitucional y, en consecuencia, al estatuto de autonomía correspondiente (en el supuesto analizado, el artículo 49.1.11^a del Estatuto de Autonomía de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana).

- En segundo lugar, a la legislación de carácter administrativo estatal; a saber, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

- En tercer lugar, a la norma autonómica reguladora de la sanidad del territorio (en nuestro caso, la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la *Generalitat*, de salud de la *Comunitat Valenciana*).

Por lo que se refiere al segundo periodo que referíamos (de recuperación o centralización de los poderes por parte del Estado) se inicia con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Así, señala su artículo 4.1 que, a los efectos del estado de alarma, «la autoridad competente será el Gobierno», estableciendo en el apartado segundo del mismo precepto, como «autoridades competentes delegadas», en sus respectivas áreas de responsabilidad, la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad.

A este respecto, prevé el artículo 5.1 del Real Decreto 463/2020 que los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales «quedarán bajo las órdenes directas del Ministro del Interior, a los efectos de este real decreto, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». Igualmente, el artículo 12.1 de la citada norma indica que todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

No obstante, se permite que, bajo las directrices de las autoridades delegadas, las distintas administraciones conserven las competencias otorgadas por la legislación «en la gestión ordinaria de sus servicios», pudiendo adoptar las medidas necesarias (art. 6 Real Decreto 463/2020).

Sea como fuere, lo cierto es que, tal y como se tuvo ocasión de señalar, la mejora de las condiciones sanitarias conllevó el establecimiento del Plan de desescalada. Pues bien, en el marco del mismo se produjo una delegación en favor de las comunidades autónomas, de tal suerte que se retrocedió, en parte, a la situación inicial. Esta situación se llevó a cabo con la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad. En este sentido, prevé la intervención de las distintas autoridades sanitarias sectoriales para que presenten, al Ministerio de Sanidad, a través de la Secretaría General de Sanidad, propuestas «para ampliar, modificar o restringir las medidas relativas a lugares, establecimientos, desplazamientos y actividades suspendidas con motivo de la declaración del estado de alarma y que se refieran al área de responsabilidad del Ministro de Sanidad».

Y es que, como señala la doctrina:

Esta disposición ministerial es la que diseña el «proceso», si bien es cierto que esta técnica ha sido reiterada por los Reales Decretos de cuarta, quinta y sexta prórroga del estado de alarma. En todo caso, estas últimas disposiciones gubernamentales repiten miméticamente cuál es la finalidad de este proceso, pero donde se diseña su procedimiento es, ciertamente, en la referida Orden. La decisión del paso de una a otra fase del plan gubernamental de desescalada o de transición a la «nueva normalidad» debía articularse jurídicamente de alguna manera y para eso sirvió el llamado «proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las Comunidades y Ciudades Autónomas» (Álvarez García, 2021, p. 2).

A este respecto, esta habilitación se encuentra, por ejemplo, en el artículo 6 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Así, prevé el apartado primero del mencionado precepto que:

Durante el periodo de vigencia de esta prórroga, las autoridades competentes delegadas para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, serán el Ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, con arreglo al principio de cooperación con las comunidades autónomas, y quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma. La autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada será, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada.

En el ámbito de la *Comunitat Valenciana*, encontramos, por ejemplo, el Decreto 8/2020, de 13 de junio, del *president de la Generalitat*, de regulación y flexibilización de determinadas restricciones, en el ámbito de la *Comunitat Valenciana*, establecidas durante la declaración del estado de alarma, en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

Sobre el particular, conviene destacar que cada comunidad, en función de los contagios y los fallecimientos producidos en sus territorios, dispusieron de un amplio margen para incorporar medidas más restrictivas o, por el contrario, más permisivas. Por ejemplo, en lo relativo al aforo en los lugares destinados a la restauración o al ocio, a la exigencia de la mascarilla (en espacios públicos abiertos y/o cerrados), etc.

Sea como fuere, como reconoce el propio Acuerdo de 19 de junio, del Consell, sobre medidas de prevención frente a la Covid-19, en la *Comunitat Valenciana*, la expiración del estado de alarma dejó sin efecto tanto «las medidas contenidas tanto en el Real Decreto 463/2020 y los sucesivos reales decretos de prórroga, como en la normativa interpretativa y de desarrollo dictada al amparo de las habilitaciones en favor de las autoridades competentes delegadas». Precisamente por este motivo, recuperando la justificación normativa que referíamos anteriormente, de nuevo recurre a las disposiciones estatales administrativas y a la correspondiente autonómica.

Una vez descritos, a grandes rasgos, los principales hechos y medidas adoptadas en el marco de la pandemia, conviene que nos centremos en analizar si estas decisiones son adecuadas y reciben amparo constitucional y legal.

3. Breves reflexiones sobre la adecuación de las restricciones en las normas administrativas (estatales y autonómicas) y en el estado de alarma

En este momento, pues, hemos de reflexionar sobre tres cuestiones, fundamentalmente. La primera de ellas es la referida al «juego competencial» entre el Estado y las comunidades autónomas, es decir, a quién corresponde regular situaciones excepcionales como la derivada de la pandemia de la Covid-19. En segundo lugar y, en cierta forma, al margen de lo anterior, corresponde que analicemos si resulta adecuado recurrir a la normativa administrativa referida anteriormente como fundamento para aplicar medidas restrictivas de derechos subjetivos. Por su parte, la tercera disquisición se centra en la declaración del estado de alarma, esto es, si fue correcto aprobar el más laxo de los tres estados de excepción previstos en la Constitución Española.

Por lo que se refiere al ámbito competencial, tal y como señalamos, la Constitución (arts. 148 y 149) determina un reparto entre el Estado y las comunidades que puede resumirse en el aforismo *lex specialis derogat generalis*. En la práctica, ello se traduce en que corresponde al primero establecer unas bases, unos mínimos y a las segundas desarrollar y concretar, sin contradecir, esta normativa general.

Lógicamente, nos estamos refiriendo a aquellas comunidades en cuyos estatutos venga contemplada y asumida la competencia de que se trate (en el caso, la relativa a la sanidad). A modo de ejemplo, en la *Comunitat Valenciana* se produjo a través de los artículos 49.1.11º y 54.1 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

En relación con las leyes de bases, no obstante, se puede plantear el problema de la «necesaria adecuación de la legislación de desarrollo a la ley básica cuando esta última es modificada». A este respecto, el legislador estatal «no queda congelado cuando ha hecho uso de su potestad de definir lo básico y puede alterar, por tanto, el contenido material de su opción política. La ley autonómica de desarrollo debe, como consecuencia, adecuarse al nuevo texto básico, con el cual puede haber entrado en manifiesta contradicción» (Tornos Mas, 1991, p. 29).

Al margen de lo anterior, debemos estudiar las distintas normas para valorar si existe o no habilitación para las comunidades. En el caso de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, su artículo 1 prevé que, para proteger la salud pública, las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán, en sus respectivas competencias, adoptar las medidas que exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Por su parte, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, parece evidente que parte de un Sistema Nacional de Salud basado en la coordinación con los servicios de salud de las comunidades autónomas. Así, en el Preámbulo de la citada norma se alude a estas últimas como «eje del modelo» y a que estarán «suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria, para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión». Esta previsión se repite en el artículo 4.1 de la Ley 14/1986 que declara, de forma directa, que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias dentro de una concepción integral del sistema sanitario.

En concreto, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986 permite que, en el supuesto de que «exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y

extraordinario para la salud», las autoridades sanitarias adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes.

Repárese en que todas disposiciones analizadas hablan de autoridades sanitarias (de las distintas administraciones públicas), en general, por lo que cabe incluir a las comunidades autónomas. De igual modo, el artículo 29.3 de la misma Ley destaca que, cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las administraciones sanitarias podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios.

En unos términos muy similares se manifiesta, al definir la salud pública, el artículo 1 párrafo segundo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública e, igualmente, su artículo 2 (que refiere las administraciones públicas con carácter general). De forma más directa, su artículo 27.2 dispone que las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, protegerán la salud de la población, a cuyo efecto se desarrollarán los servicios y actividades que permitan la gestión de los riesgos. Y, todavía más expreso, resulta el artículo 54.1 de la misma norma, que incluye la posibilidad de que, en situaciones de extraordinaria gravedad o urgencia, tanto la Administración General del Estado, como las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, «adopten cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

A ello, hay que anadir, durante la vigencia del estado de alarma, la propia delegación de funciones por parte del Estado, lo cual evidencia más, si cabe, la autorización legal de las comunidades para proceder en este sentido. Y es que

el hecho de que el Gobierno de la Nación sea la autoridad competente para hacer frente a las crisis no significa que no pueda delegar su gestión en otras autoridades. La propia LOAES prevé tal delegación en favor del Presidente de una Comunidad Autónoma cuando la emergencia afecte exclusivamente a su territorio (Álvarez García, 2020, p. 1).

De este modo, podemos concluir que, al menos con carácter general y siempre dentro de los límites establecidos en la legislación básica estatal, las comunidades poseen habilitación competencial para aprobar medidas relativas a la sanidad y, en particular, en aquellos casos de urgencia (como el derivado de la pandemia de la Covid-19).

De hecho, debemos mencionar, además, la remisión a las entidades locales que efectúa la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Y es que, esta última, en sus artículos 21.1 m) (cuando se refiere, en general, a los municipios) y 124.4 h) (al regular los municipios de gran población), atribuye la competencia al Alcalde de adoptar, en casos de catástrofes, de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos (en suma, de extraordinaria y urgente necesidad), las medidas necesarias (dando cuenta inmediata, eso sí, al Pleno). Así las cosas, también estas administraciones disponen de autorización para aprobar disposiciones que, en principio, supongan una limitación de derechos de los ciudadanos.

Por ejemplo, tal extremo puede detectarse en el Bando de la alcaldía del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de 18 de marzo de 2020, en el que se reconoce que, con anterioridad a la declaración del estado de alarma, el Ayuntamiento «ya había adoptado previamente numerosas medidas, en el ámbito de sus competencias, con el mismo fin, como las señaladas en el Bando de esta Alcaldía de 10 de marzo de 2020 de suspensión de actividades municipales. Posteriormente, se dispusieron

por la Alcaldía otras de ampliación de la suspensión a otros Centros y actividades (mercadillo semanal, terrazas de veladores, SER, etc.)».

En definitiva, esta amalgama normativa provoca que la doctrina científica aluda a la existencia de un verdadero «solapamiento o redundancia competencial» (Villar Crespo, 2020, p. 2; Doménech Pascual, 2020, p. 4), ya que:

En situaciones de extraordinaria y urgente necesidad es relativamente probable que la autoridad pública que, desde una perspectiva *ex ante*, podría pensarse se encuentra en una mejor posición para actuar no lo esté efectivamente desde una perspectiva *ex post*, precisamente como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, difícilmente previsibles *a priori*. De ahí que, para estos escenarios, el legislador confiera poderes de actuación a varias autoridades [no sólo a las estatales y a las autonómicas, sino también a las municipales (...)]

No obstante, encuentra amparo en la STC 83/2016 que prevé que:

La autoridad competente es el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte de su territorio. Quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, así como los demás trabajadores y funcionarios de las mismas, pudiendo imponérseles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Asimismo, los funcionarios y las autoridades en caso de incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente pueden ser suspendidos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pudiendo asumir también la autoridad competente las facultades de las autoridades que hubiesen incurrido en aquellas conductas cuando fuera necesario para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración del estado de alarma.

Sea como fuere, parte de la doctrina se ha mostrado crítica con la decisión de delegar en favor de las comunidades autónomas, ya que la

excepcionalidad del estado de alarma radica en la concentración en el Gobierno, como órgano constitucional encargado de la “defensa del Estado” (art. 97 CE), de todas las competencias necesarias (...) para organizar una respuesta bajo mando único que resulte eficaz para frenar y resolver la catástrofe o a la pandemia (...), privándole de alternativa alguna para sortear este modelo de gestión mediante la devolución (ni a sus ministros ni a las autoridades territoriales) de las competencias que la declaración de alarma le atribuye mientras persista la emergencia constitucional (Herbón Costas, 2021, p. 20).

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones que planteamos, nos ocuparemos del examen de las normativas administrativas para determinar si las restricciones de derechos aprobadas a su amparo son correctas. Por supuesto, las conclusiones adoptadas serán aplicables, *mutatis mutandi* y por idénticas razones, a todas aquellas disposiciones sectoriales de las comunidades autónomas o, incluso, de las administraciones locales.

A este respecto, la Ley Orgánica 3/1986 contempla la posibilidad de adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» (art. 2). Asimismo, para controlar enfermedades transmisibles, podrá llevar a cabo las actuaciones oportunas para el control de enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como

las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (art. 3). Por último, con respecto a los medicamentos, productos sanitarios o cualquier otro que se considere necesario para la protección de la salud y se vea afectado por las dificultades de abastecimiento, la Administración Sanitaria del Estado podrá centralizar el suministro y condicionar su prescripción.

Repárese en que esta norma no concreta de forma detallada las actividades a realizar por parte de las autoridades sanitarias y que, además, recurre a cláusulas generales e indeterminadas¹⁰ («medidas oportunas», «las que se consideren necesarias»).

Por su parte, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, a pesar de que, de nuevo, emplea términos generales («medidas preventivas que se estimen pertinentes», («cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas»), pero incorpora algunos ejemplos: incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales. Lo que sí exige el apartado segundo del mismo precepto es que se fijen para cada caso concreto y que no excedan de lo que requiera la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

Por último, el artículo 54.1 de la Ley 33/2011 también permite «adoptar cuantas medidas se estimen pertinentes», pero el apartado segundo del citado artículo establece actuaciones concretas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

A las mencionadas disposiciones, cabe anudar la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil y la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, a los efectos de centralizar los poderes en el Estado en atención a una situación de crisis sanitaria.

Sobre el recurso a todas estas disposiciones legales, parte de la doctrina se manifiesta en contra por la insuficiencia de las garantías jurisdiccionales. Y ello, porque el orden contencioso-administrativo no cuenta con juzgados de guardia, lo

¹⁰ La excesiva ambigüedad y amplitud de las cláusulas de estas normas se compensa, no obstante, con la necesaria intervención judicial para ratificar las medidas acordadas. A este respecto, dispone el artículo 8.6 párrafo segundo que «corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada».

cual conlleva que la autorización de las medidas se convierta «en una mera convalidación *a posteriori*» (Sieira Mucientes, 2020, p. 299; Cierco Seira, 2005, p. 221). Igualmente, se ha criticado que algunas medidas se dictaran por remisión a la Ley Orgánica 3/1986 (en aplicación de la Ley Orgánica 4/1981) y que estas, que podían limitar derechos fundamentales, no se remitieran a la intervención judicial (cosa que hubiera ocurrido de aplicar la disposición sanitaria).

Como señalan algunos autores, la normativa sanitaria recoge un conjunto de medidas tipificadas o nominadas –«medidas estándar»–, completadas con una previsión de cierre, por si las actuaciones previstas no son las idóneas –«cláusula general»–que habilita para aprobar «reglamentos de necesidad». Se trata, en suma, de otorgar a las comunidades autónomas mecanismos eficientes para responder ante escenarios excepcionales en los que se afecte la salud pública (como es el caso de la pandemia de la Covid-19) y que actúa como una suerte de «válvula de seguridad» (Villar Crespo, 2020, pp. 2-3).

Asimismo, afirma la doctrina que se trata de un régimen jurídico «parco en contenidos» y «muy impreciso, salpicado de no pocos conceptos jurídicos indeterminados» (Cierco Seira, 2005, pp. 217-218). En todo caso, parece evidente que estas medidas solamente pueden aplicarse con carácter particular, es decir, a un grupo de personas, y no con carácter general para toda la población. Es por ello, que a medida que se generalizaban las actuaciones (fundamentalmente, el confinamiento) y que, en consecuencia, tenían una «mayor incidencia personal y territorial»–, se plantease la necesidad de activar un estado excepcional (Presno Linera, 2020, p. 2).

Por su parte, más enjundia plantea la tercera disquisición que referimos: la relativa al estado de alarma. La existencia de circunstancias excepcionales y extraordinarias que impidan el funcionamiento normal de la sociedad puede dar lugar a la aprobación de medidas que traten de mitigar sus efectos. Como no podía ser de otro modo en el marco de un estado constitucional y de Derecho, este extremo viene recogido en la Constitución Española (art. 116) y su desarrollo se produjo a través de una ley orgánica (la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio). A este respecto, el artículo 116.1 CE refiere los denominados estados de alarma, de excepción y de sitio, que varían en su intensidad y efectos.

Señala la doctrina que el legislador «ha querido despolitizar el estado de alarma, dejándolo al margen de situaciones de desorden público o conflictividad social para destinarlo a combatir exclusivamente catástrofes naturales o tecnológicas» (Sieira Mucientes, 2020, p. 276).

Con respecto al estado de alarma, el apartado segundo del mencionado artículo 116 CE exige que sea declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un periodo de 15 días. Además, se deberá dar cuenta al Congreso de los Diputados, cuya autorización será necesaria para establecer una prórroga.

El ámbito espacial puede ser todo el territorio o una parte del mismo, procediendo su declaración en las situaciones siguientes:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancia o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

En relación con las posibles medidas a adoptar en el marco del denominado estado de alarma, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 señala que se podrá:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

A lo anterior, anuda el artículo 12 de la citada Ley Orgánica que, en las situaciones de «Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud» (letra a) del art. 4 Ley Orgánica 4/1981) y de «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» (letra b) del art. 4 Ley Orgánica 4/1981), la autoridad podrá adoptar, además, las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

Pues bien, precisamente en este ámbito, se vuelve a plantear la clasificación a la que nos referíamos entre suspensión colectiva de derechos y la suspensión individual de los mismos. En este sentido, la conclusión es similar a la que vimos en el caso de la normativa autonómica, ya que el artículo 55.1 CE solamente permite suspender, con carácter general, los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2 CE en los estados de excepción o de sitio (y no en el estado de alarma).

A lo anterior, hay que anudar la posibilidad de que, con objeto de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, y con los requisitos establecidos en el artículo 55.2 CE (existencia de ley orgánica, necesaria intervención judicial y control parlamentario), se puedan suspender, de forma individual, los derechos recogidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3 CE.

Como se puede observar, la declaración del estado de alarma derivada de la Covid-19 no avaló la suspensión derechos (ni tampoco en aplicación de la normativa sanitaria). Así lo destacó la STC 83/2016, de 28 de abril al indicar que:

Los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones.

(...) A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos

requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización.

Con base en esta argumentación y en lo establecido en la Ley Orgánica 4/1981, algunos autores hablan de un estado diferente de los derechos fundamentales, diferente a la plena vigencia de los mismos y a su suspensión, que se concreta «en un régimen particularmente restrictivo del ejercicio de tales derechos sin que pudiera llegar a afectar a su contenido esencial, supuesto este último que se identificara con el de suspensión» (Cruz Villalón, 1984, pp. 75-76).

En palabras de parte de la doctrina:

La declaración del estado de alarma no puede comportar la suspensión de derechos fundamentales (art. 55.1 de la CE, a sensu contrario) sino únicamente su limitación mediante los clásicos poderes administrativos, como la restricción de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales obligatorias, la intervención y ocupación transitoria de locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, la limitación o el racionamiento en el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y la garantía del abastecimiento de los mercados de productos de primera necesidad y de los servicios esenciales mediante la intervención de empresas o servicios y la movilización de su personal (Sieira Mucientes, 2020, p. 277).

Partiendo de las anteriores premisas y teniendo en cuenta las distintas medidas aprobadas que supusieron la suspensión colectiva de derechos fundamentales, la conclusión, desde nuestra perspectiva, es que no fue adecuado el empleo del estado de alarma para amparar las actuaciones realizadas. Muy al contrario y desde una perspectiva constitucional, lo más acertado hubiera sido recurrir al estado de excepción como medio para vehiculizar las restricciones de derechos de los particulares. En esta misma línea, se ha afirmado que los confinamientos, como medida necesaria para hacer frente a la crisis sanitaria, «va más allá, mucho más allá, de las meras restricciones o limitaciones del tránsito de personas y vehículos, en la medida en que comporta una verdadera y propia suspensión del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de desplazamiento ex artículos 17 y 19 de la Constitución» (Alegre Ávila, Sánchez Lamelas, 2020, p. 6).

También se manifiesta a favor de esta interpretación Sieira Mucientes (2020) quien considera que tanto en el caso del estado de alarma declarado en 2010, como, de forma más evidente, en el de 2020, la extensión espacial y temporal de las medidas no reciben amparo en el marco del estado de alarma.

Sea como fuere, en contra, algunos autores sostienen, desde el punto de vista de la necesidad y la proporcionalidad, la actuación fue correcta (Lozano Cutanda, 2020). Muchas de las posiciones se basan en el «discutible» concepto de la suspensión de derechos. En palabras de De la Quadra-Salcedo Janini (2021):

no compartimos tal concepción que parte de un entendimiento discutible del concepto jurídico de la suspensión de derechos. En efecto, el entendimiento que consideramos acertado sería aquel que parte de que cuando se suspende un derecho, el mismo deja de estar vigente, y el único control posible es el del cumplimiento del presupuesto para la declaración de aquel estado (excepción o sitio) que es el que permite que tal suspensión se pueda producir, pero la medida de suspensión misma no se ve sometida al control de su proporcionalidad pues cumplido el presupuesto para declarar el referido estado de excepción cabe que la autoridad competente suspenda la vigencia del derecho, frente a ello, y por el contrario, en el supuesto de las restricciones de derechos como es el caso del estado de alarma no sólo se controla que se cumpla el presupuesto para declararlo sino que además la propia medida limitativa se ve sometida, en todo caso, al principio de proporcionalidad (De la Quadra-Salcedo, 2021, p. 20).

Sobre el particular, cabe traer a colación la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que diferencia entre «restricciones directas del derecho fundamental mismo», esto es, «una forma de desarrollo del derecho fundamental»; y «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental», en las que «los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

Al margen de los debates doctrinales, máxime para el ciudadano medio, parece evidente que, al menos el confinamiento –para algunos autores, una «especie de arresto domiciliario de la mayoría de los españoles» (Aragón Reyes, 2020)–, supone una suspensión directa del derecho de libre circulación. Y es que, como señala Álvarez García (2020), «si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?» (Álvarez García, 2020, p. 13).

4. Replanteamiento de la cuestión: a vueltas con la utilización de las mascarillas

Una de las constantes a lo largo de la pandemia de la Covid-19 ha sido la exigencia del uso de la mascarilla. Ciertamente, esta obligatoriedad ha ido variando en su intensidad en función de la evolución de la situación sanitaria. Así, encontramos etapas en las que el deber de utilizar la mascarilla se configuró con independencia del lugar (abierto o cerrado) y de la compañía (si entraban o no dentro del «grupo burbuja»); y, por su parte, otras en las que las medidas fueron más laxas y se circunscribió, por ejemplo, a los sitios cerrados sin ventilación.

Hasta fechas recientes, fruto de la mejoría de la situación, su uso se encontraba restringido a centros y establecimientos sanitarios, farmacias y transporte público. Sin embargo, como anteriormente señalamos, el pasado día 7 de febrero el Consejo de Ministros aprobó la eliminación del uso obligatorio de las mismas en los medios de transporte. En este sentido, el Real Decreto 65/2023, de 7 de febrero, por el que se modifica la obligatoriedad del uso de mascarillas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 ha derogado lo establecido en el Real Decreto 286/2022, de 19 de abril, por el que se modifica la obligatoriedad del uso de mascarillas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Este hecho está generando controversia, pues algunas comunidades autónomas se han manifestado en contra de dicha decisión estatal.

La primera cuestión que surge es, en consecuencia, de ámbito competencial: ¿quién tiene potestad para dirimir si la mascarilla debe ser obligatoria? En atención a lo que hemos analizado, parece que, en principio, tanto el Estado como las comunidades autónomas disponen de habilitación para regular estas situaciones. Y así se deduce de la normativa administrativa-sanitaria. Máxime, en el marco del estado de alarma en el que, de forma directa, el Estado se delegó en favor de las comunidades.

Sea como fuere, no se puede perder de vista que el Estado tiene competencia para determinar el contenido de las bases, es decir, los contornos mínimos y generales de la sanidad y de las actividades que se desarrolle. Desde esta perspectiva, entendemos que una comunidad no puede actuar en contra de las directrices estatales y, mucho menos, cuando el estado de alarma ya ha finalizado y, por tanto, el ejercicio de las funciones se ha recobrado a su estado ordinario.

Y es que, al margen de que la Ley 2/2021 vuelva a reiterar la colaboración de las comunidades autónomas y de las entidades locales como órganos competentes (art. 3), lo cierto es que esta interpretación se ve reforzada si atendemos al artículo 2.1 de la misma, pues afirma que su contenido será de aplicación en todo el territorio nacional (y, en consecuencia, lo dispuesto en su artículo 6 con respecto al uso de las mascarillas).

Sobre la posible restricción de derechos fundamentales derivada de esta medida, se han planteado diversas opciones: los derechos al honor y a la propia imagen, la dignidad humana, la libertad de expresión, la libertad de circulación, etc. No obstante, desde nuestra perspectiva, la relación más directa se produce en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). A este respecto, encontramos criterios clínicos enfrentados: unos afirman que de su uso no se derivan consecuencias negativas para la salud y, por el contrario, otros manifiestan que existe un riesgo evidente (falta de oxígeno, eritemas, rinitis, etc.).

Esta dicotomía se planteó, por ejemplo, en la STS 3764/2020, de 20 de noviembre, en la que el Tribunal afirmó que la intervención estatal en la libertad individual resulta proporcionada a los fines buscados (a saber, la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva). Así las cosas, considera que el objetivo constitucional ex artículo 43 CE debe prevalecer al tratarse de una medida necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general.

Tampoco entiende que se haya producido una vulneración del derecho al consentimiento informado, ya que la «autonomía del paciente y su procedimiento diagnóstico desarrollado para situaciones ordinarias no se vislumbran afectadas en situaciones extraordinarias, máxime cuando la finalidad y naturaleza de la intervención administrativa es notoriamente conocida (método barrera) sin que se evidencien riesgos generales por el uso de mascarillas».

Sin entrar en mayores debates sobre la incidencia negativa en la salud, solamente nos gustaría apuntar que tal aseveración no puede mantenerse, al menos, con carácter general. De ser así, no tendría excesivo sentido el ahora derogado artículo 6.2 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 que excepcionaba el uso de las mascarillas, entre otros casos, para las personas con dificultad respiratoria que pudiera verse agravada o para las que resultara contraindicado por motivos de salud justificados.

A este respecto, el artículo 3.2 incorpora la responsabilidad de las autoridades por los daños generados a las personas en aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, por actos que no les sean imputables.

Al margen de ello, se puede concluir que no estamos ante una suspensión de derechos, sino ante una limitación de ciertas facultades de su ejercicio. En todo caso, surge la duda de si es una restricción de carácter general o no, ya que, como se ha señalado, se estuvo aplicando a toda la población y con un régimen bastante severo. De ser así, no existiría habilitación ni en atención a la normativa sanitaria, ni en aplicación del estado de alarma, sino que tendríamos que acudir a otras fórmulas constitucionales.

En estos términos, afirma la doctrina que el estado de alarma no es suficiente para suspender derechos fundamentales y que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 hay que interpretarlo en el sentido de que, como no puede derogar un precepto constitucional, la indeterminada cláusula se entiende como una autorización para aprobar meras restricciones o limitaciones de los derechos con carácter particular (Sieira Mucientes, 2020, p. 292; Álvarez García, 2020, pp. 6-7). Lo anterior no es extrapolable, sin embargo, al momento actual, pues su uso se encuentra, como se tuvo ocasión de señalar, derogado.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista de la protección de la salud pública, es posible plantear el escenario contrario de responsabilidad: que la decisión de suprimir las mascarillas no sea la más acertada y se produzcan más contagios y fallecimientos derivados. En este punto, conviene recordar el término relativo al estado de la ciencia. Sobre el particular, no se puede obviar que la *lex artis* sanitaria se ha vinculado al ejercicio de la técnica, en suma, a la adecuada praxis profesional. Así, destaca la doctrina que:

Bajo la amplia fórmula *lex artis* (*leges artium*, *legis artis* o reglas del arte, entre otra terminología) se engloba el contenido de la libre y diligente actuación profesional, esto es, abriga aquella serie de actitudes y conocimientos aplicables a su ejercicio cuya obtención y práctica conlleva que el profesional sea socialmente reconocido como tal. A pesar de que esta propia voz -profesional- constituye un noción metajurídica, con varias significaciones, arrancando del sentido gramatical de profesión y en su acepción eminentemente sociológica equivale a ostentar determinados conocimientos en una concreta materia que llevan aparejados una cualificación profesional (plasmada, a su vez, en una certificación o título), constituyendo lo más característico de las profesiones liberales -como es la médica- la autonomía o independencia en su ejercicio con sometimiento, como criterio rector, a esta denominada *lex artis* con carácter prácticamente exclusivo. Diversos han sido los conatos en orden a definir esta *lex* (identificada, por lo general, con aquella regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate) la cual viene referida, en último término, a aquella esfera de autonomía profesional cuya regulación exclusivamente incumbe a sus miembros (reputados artífices o profesionales) que, a la postre, son los encargados de encarnar un modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un concreto arte u oficio incumbiendo, por ende, el establecimiento de tal *lex* en Medicina a la propia profesión médica. Cabe mantener que las *leges artium* de cada profesión son aquéllas que gobiernan la actuación de los profesionales que consideremos, toda vez que el genérico modelo de conducta del buen padre de familia se caracteriza, precisamente, por la negación de todo conocimiento técnico, su naturaleza no profesional o especializada (De las Heras García, 2005, 17-19).

No obstante, para determinar el contenido de la misma resulta esencial concretar el estado de la ciencia del momento de producción del hecho que se pretende imputar. En esta línea, indican algunos autores que, desde un punto de vista

social, «el estado de bienestar propio de las sociedades modernas ha generado una mayor preocupación de las personas por su salud y, en consecuencia, por la prestación de los servicios sanitarios». Así,

[e]l usuario de los servicios sanitarios, no solo demanda del facultativo unos cuidados adecuados y conformes según los medios y estado de la ciencia a fin de conseguir su curación, sino ser informado de forma completa y clara sobre los aspectos relativos a su estado de salud y la actuación que precisa (Sánchez Gómez, 2014, p. 99).

En este sentido, las obligaciones de los profesionales variarán en función de este último, ya que no es posible exigir una conducta que no podía preverse en el momento de producirse. En este sentido, si no se conoce la relación directa de la propagación del virus en relación con el uso de la mascarilla ni los propios efectos secundarios que produce en la salud, no parece adecuado que deba reprocharse la actividad.

Lo que sí parece correcto, a todas luces, es la supresión de las sanciones por este aspecto que, con la eliminación de la obligatoriedad, se ha producido¹¹. Y es que, han sido muchas las críticas doctrinales que se vertieron en relación con la potestad sancionadora ejercida por las autoridades públicas. Máxime porque una vez finalizado el estado de alarma, según el artículo 1.3 Ley Orgánica 4/1981, deben decaer en su eficacia las competencias en esta materia. Por ejemplo, Sieira Muentes (2020) alude a la vulneración del principio de legalidad, así como al principio de tipicidad (en este último caso, aunque en un ámbito diferente, puede resultar adecuado recurrir a la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2022).

5. Principales conclusiones

El uso obligatorio de las mascarillas ha generado (y sigue generando) gran debate en la sociedad. A este respecto, tal escenario continúa todavía vigente en la actualidad, a pesar de que se ha suprimido esta medida incluso en centros sanitarios. Existen, pues, personas que consideran adecuado y proporcional que se exija tal extremo y, por el contrario, otras que la rechazan. Igualmente, los criterios médicos son diversos y, en ocasiones, parecen enfrentados.

Como no podía ser de otro modo, este extremo también ha tenido repercusión en el ámbito del reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. Parece evidente que la gestión de la pandemia ha demostrado una delegación, de facto, del primero en favor de las segundas. Asimismo, del análisis normativo se puede concluir que existe habilitación para que ambos entes puedan intervenir. Sea como fuere, la competencia estatal relativa a la determinación de las bases de la sanidad y la posterior coordinación, a nuestro entender, implica una suerte de primacía del Estado frente a las distintas regiones. Al menos, en cuanto a los mínimos fijados a nivel nacional.

Por lo que respecta a la vulneración de derechos fundamentales, consideramos que hay una vinculación directa entre el uso de las mascarillas y el derecho a la integridad física y moral; en suma, con el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación. Sin entrar en disquisiciones

¹¹ En este sentido, el derogado Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 preveía en su artículo 31.2 que «El incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas establecido en el artículo 6 será considerado infracción leve a efectos de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y sancionado con multa de hasta cien euros».

técnicas sobre la incidencia negativa que las mismas tienen en la salud, no se puede negar que estamos ante una injerencia en el cuerpo de las personas.

Con todo, la salud tiene dos vertientes: una privada y una pública. En este sentido, con carácter general, las dos conviven de forma pacífica en la práctica. Sin embargo, en situaciones de excepcionalidad en las que se ve comprometida la colectividad, pueden producirse conflictos. En tales casos, es posible restringir los derechos subjetivos en aras de la protección de la sociedad en su conjunto. Así ocurre, por ejemplo, en relación con el consentimiento informado (*vid. art. 9.2 a) Ley 41/2002*). Un planteamiento similar se produjo en cuanto a la vacunación de la Covid-19 y a la posibilidad de establecer su exigencia.

Para llevar a cabo las anteriores valoraciones es preciso, no obstante, extremar las cautelas y recurrir los principios de eficiencia, eficacia, efectividad y proporcionalidad. La cuestión radica, en consecuencia, en determinar si, en el marco de la pandemia, existen motivos y razones suficientes para aplicar la obligatoriedad de las mascarillas. Además, el empleo de algunos argumentos y razonamientos (como el de la necesaria solidaridad) puede ser peligroso y puede conllevar un enfrentamiento innecesario entre la población.

Por último, en cuanto a la posible adscripción de responsabilidad derivada de la supresión de las mascarillas y el eventual aumento de los contagios, entendemos que no existen certezas absolutas. Este planteamiento nos lleva, por tanto, ha descartar esta responsabilidad, en principio, en atención al estado de la ciencia.

Bibliografía

- Alegre Ávila, J. M., y Sánchez Lamelas, A. (2020). Nota en relación con la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica. *Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*. <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>
- Álvarez García, F. J. (2020). Estado de alarma o de excepción. *Estudios penales y criminológicos*, (40), 1143-1163.
- Álvarez García, V. (2020). La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19. *Revista General de Derecho Administrativo*, (55), 1-13.
- Aragón Reyes, M. (2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*. https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_7363317.html
- Cierco Seira, C. (2005). Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *DS: Derecho y salud*, 13 (2), 211-256.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- De las Heras García, M.A. (2005). Lex Artis, Onus Probandi y responsabilidad médica. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, (36), 13-68.
- Doménech Pascual, G. (2020). Derecho Público del coronavirus (i). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención. *Blog almacén de derecho*. <https://almacendedderecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>
- Herbón Costas, J. J. (2021). El mando y gestión del estado de alarma. En M. P. Biglino Campos, J. F. Durán Alba (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada 2021* (87-112). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico
- Lozano Cutanda, B. (2020). Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma. *Diario La Ley*, (9601).

- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (86-87), 22-31.
- Presno Linera, M. A. (2020). El coronavirus SARS-CoV-2 en la sociedad del riesgo global: alarma y precaución. *El Derecho y el revés*. <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/11/el-coronavirus-sars-cov-2-en-la-sociedad-del-riesgo-global-alarma-y-precaucion/>
- Sánchez Gómez, A. (2014). La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2(8), 97-117.
- Sieira Mucientes, S. (2020). Estado de alarma. *Eumonía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (19), 275-305. <https://doi.org/10.20318/economia.2020.5712>
- Tornos Mas, J. (1991). Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (33), 29-45.
- Villar Crespo, G. (2020). Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español. *Revista General de Derecho Administrativo*, (54), 1- 27.

La pandemia de la Covid 19 como (des)acontecimiento jurídico constitucional*

Covid 19 pandemic as a constitutional legal (dis)event

José Ángel Camisón Yagüe
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0003-4873-4831
jose.camyag@ua.es

Cita recomendada:

Camisón, J. A. (2023). La pandemia de la Covid 19 como (des)acontecimiento jurídico constitucional. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 207-219
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7997>

Recibido / received: 17/04/2023
Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

El presente trabajo analiza mediante el concepto de (des)acontecimiento las implicaciones jurídico-constitucionales de la epidemia de la Covid, haciendo una especial referencia a la Constitución Económica. El «acontecimiento» conlleva un «acontecimiento jurídico». Con el retorno a la normalidad se produce también un «desacontecimiento», que no es neutral en términos constitucionales.

Palabras clave

Pandemia, acontecimiento, desacontecimiento, constitución, estado social, Tribunal Constitucional, España.

Abstract

This paper analyses the constitutional legal implications of the Covid epidemic through the concept of (dis)event, with a particular reference to the Economic Constitution. The «event» entails a «legal event». With the return to normality also comes a «disevent», which is not neutral in constitutional terms.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar” (PID2020-113472RB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

Keywords

Pandemic, event, disevent, constitution, social state, Constitutional Court, Spain.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La pandemia como «acontecimiento». 3. La pandemia como «acontecimiento jurídico-constitucional». 3.1. Los efectos jurídicos del «acontecimiento constitucional». 3.2. Los efectos en la Constitución Económica del «acontecimiento constitucional». 4. El «desacontecimiento». 5. El «desacontecimiento» jurídico-constitucional. 5.1. La previsión constitucional. 5.2. El activismo del Tribunal Constitucional como coadyuvante del «desacontecimiento». 5.3. Proyección del «desacontecimiento» en la Constitución Económica.

1. Introducción

Han pasado ya tres largos años desde que el Gobierno de España, al amparo de lo previsto en el art. 116 de la Constitución y de la Ley Orgánica 4/1981, decretara en todo el territorio nacional el estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020). En este sentido, tal y como suele suceder en el Derecho, tal declaración jurídica de «alarma» sobrevino un paso por detrás de la realidad pues en la «facticidad» el común de la población ya llevaba un tiempo ciertamente alarmado al ver como desde Oriente se aproximaba una grave crisis sanitaria en la que la Covid 19 se iba extendiendo como un tsunami de consecuencias imprevisibles, como un acontecimiento de singular trascendencia.

Hoy en día el traumatismo generalizado que provocó la pandemia sigue presente en la conciencia colectiva mundial, pero cada vez de forma más atenuada, más lejana, mucho menos perceptible. En un mundo acelerado, donde toda la información es efímera, cuando no ya incierta o manifiestamente *fake*, (Han, 2022), la pandemia resuena ya como un eco cada vez más lejano en tanto que el olvido selectivo la aleja en una nebulosa de vagos recuerdos. Atrás van quedando también las diversas polémicas de orden jurídico constitucional que, a propósito de los efectos sobre los derechos fundamentales, produjo la también controvertida fórmula de la declaración del estado de alarma.

Tanto es así, que es posible incluso decir, refiriéndose al caso español, que analizamos aquí, que el final jurídico de la pandemia ha llegado meses después de que la sociedad, o al menos una gran mayoría de ella, ya hubiera decretado en la práctica su fin meses antes de que el Gobierno lo decidiera oficialmente el pasado 4 de julio (Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19).

La pandemia no tuvo ninguna cosa buena, ninguna. Sin embargo, sí nos mostró que era posible vivir de otra manera y organizar la convivencia subordinando en cierto modo el interés económico a la propia vida; a fin de que esta se desarrollara, dadas las circunstancias, de un modo no alienado y decente (Zizek, 2020, p. 145)

El presente trabajo parte de la hipótesis de que la pandemia supuso una suerte de acontecimiento transformador y, específicamente, tuvo una especial transcendencia constitucional; con singular incidencia en la ordenación de la Constitución Económica, (Camisón, 2021, pp. 99-106) esto es, aquella que incide

sobre el modo de producción y, también, sobre el conflicto que le es intrínseco, en este caso, muy especialmente sobre el sujeto Trabajo (Cabo Martín, 2019).

Sin embargo, consideramos que ese cambio ha sido y está siendo objeto de un «desacontecimiento», que también ha tenido su correlato constitucional. Y es en este punto donde se pretende analizar si el «desacontecer» implica una firme voluntad de restaurar todo lo anterior a la situación pandémica, desconociendo cualquiera de las eventuales aportaciones positivas que aquella tuvo, entre las que destaca la subordinación de los interés económicos ante la vida que aquella, al menos en parte, tuvo a fin de retornar a un esquema de vida presidido por la hegemonía del esquema neoliberal de dominación capitalista y de autoexplotación (Han, 2014).

2. La pandemia como «acontecimiento»

La pandemia de Covid 19 fue, sin lugar a duda, un «acontecimiento» en tanto en cuanto conllevó en todo el planeta un cambio significativo en el modo y manera de interpretar y comprender el mundo y las relaciones sociales.

Siguiendo a Zizek entendemos aquí acontecimiento como la aparición «inesperada de algo nuevo que debilita cualquier diseño estable» y que conlleva «un cambio en el planteamiento con el que percibimos el mundo y nos relacionamos con él» (Zizek, 2015, pp.18-23).

Parecía entonces que la crisis de coronavirus era uno de esos momentos propios del tiempo histórico, en el sentido dado al mismo por Kosselleck, quien, tomando como referencia a Hegel, indicaba que la historia pasa, en esos momentos, de ser una historia en sí a una historia para sí (Villacañas, 2019, pp. 81-116).

Y parecía también que la Covid habría de ser el catalizador definitivo de un cambio de época. Parafraseando a Gramsci, de un tiempo en el que toca poner fin a lo mörbido existente entre el nacimiento de lo nuevo y la muerte de lo antiguo. De modo y manera que el momento Polanyi, (Polanyi, 2007) al que se venía haciendo referencia durante los últimos años a raíz y en el contexto de la crisis económico-financiera que comienza con la caída de *Leman&Brothers* y cuyos estertores se proyectan hasta la fecha, se traduciría en una suerte de cambios a partir de ese evento, el acontecimiento pandémico, que habría de imprimir, finalmente, sentido a la historia permitiendo su avance, esto es, permitiendo comenzar a superar, definitivamente, lo antiguo y lo mörbido.

En todo caso, en tanto que «acontecimiento» la pandemia mediatizó casi todo y a casi todos, siendo seguramente sus mayores epítomes el confinamiento y la mascarilla. Especialmente esta última es una perfecta metáfora de cómo nos relacionábamos con el mundo, pues todo en sociedad se hacía a través de ese filtro y, precisamente, a través de él era como nos percibían. Algo que afectó, como se sabe, especialmente a los más pequeños cuya capacidad para expresarse, percibir e interpretar las emociones se vio seriamente afectada.

De la noche a la mañana todo pasó así a estar prácticamente intervenido de una u otra forma, en mayor o menor medida, por la Covid. Pues, casi ningún ámbito de la vida de la ciudadanía, fuera cual fuera su edad o condición, escapó de esta afectación que castigó especialmente a los más mayores, entre quienes se encuentra el mayor número de fallecidos y también a los más pequeños, privados en gran medida de los elementos necesarios para su socialización: amigos, colegios y parques.

Es por todo ello, por lo que afirmamos que aquella situación tuvo, efectivamente, naturaleza de «acontecimiento». Quizás quien mejor haya sintetizado esta dimensión sea Camus cuando escribió aquello de «la plaga no está hecha a la medida del hombre», (Camus, 2010, pp. 32-33) pues son hombre y mujer quienes precisamente deben adaptarse a la plaga, evento no desconocido, pero sí nuevo e inesperado, que nos obliga a cambiar sustancialmente nuestros planteamientos condicionando nuestro desarrollo vital, so pena de perecer si no lo hacemos.

3. La pandemia como «acontecimiento jurídico-constitucional»

El acontecimiento, en efecto, puede imaginarse en tanto que evento que previamente ha ocurrido, pero, en todo caso, es siempre incierto tanto en el tiempo y el espacio como también en las concretas formas en las que ha de manifestarse. De ahí su especial naturaleza, su singular imprevisibilidad. Esto es, aunque pueda imaginarse, aunque pueda eventualmente preverse mirando al pasado, el acontecimiento es siempre incierto en un altísimo grado. Por ello tiene siempre un difícil y complejo encaje jurídico. La excepción no hace Derecho, con esta expresión se sintetiza la compleja problemática y el mayúsculo desafío que supone para el Derecho lo excepcional, que en lo que nos ocupa se declina como «acontecimiento».

Así, aunque se predique comúnmente que uno de los rasgos que caracteriza al Ordenamiento Jurídico es, precisamente, que es completo; en realidad a lo que materialmente se aspira es a que a través de él pueda, en su caso, darse respuesta a toda situación que pueda acontecer. Es decir, que pueda completarse mediante una serie de reglas interpretativas, de reglas lógicas; aunque en realidad este sea necesariamente incompleto. Sería inabarcable que todo presupuesto de hecho, esto es, todo aquello que jurídicamente relevante pudiera suceder, aun en aquellos que, incluso, fueran inimaginables, estuvieran de una u otra forma contemplados y positivizados expresamente en el Ordenamiento y, junto con ellos, se hubiera previsto, además, la consiguiente consecuencia jurídica (Iturralde, 1988, pp. 349-388).

En el fondo, si se medita y contextualiza, el Derecho en tanto que sistema que aspira a ordenar la realidad, lo que realmente pretende es volver a aquella previsible en alto grado en su devenir. Conteniendo la realidad al ordenarla jurídicamente y, en última instancia, hacerla manifiestamente previsible al someterla normativamente. De este modo el Derecho actúa como un conjunto de reglas que no solo ordenan la realidad, conteniéndola dentro unos límites ciertos, sino que además la hacen previsible en el marco, precisamente, de lo que comúnmente se llama «orden público» (García Ortiz, 2022, pp. 95-160).

En términos de información –de la teoría de la información– un acontecimiento inesperado e imprevisible es el que genera un mayor nivel de información. Cuanto más inesperado e imprevisible da lugar a más información. Y, a más información, mayor es la entropía, luego más caos (Camisón, 2012, p. 203). De ello, se colige fácilmente que el acontecimiento que supuso la epidemia de la Covid 19 fue un evento que dada su incerteza e imprevisibilidad conllevó un ingente nivel de información y, por tanto, de potencial entropía o, lo que es lo mismo, de potencial caos. Esto es, un evento inesperado que trastoca cualquier diseño estable.

Normalmente el Derecho, como también la Filosofía, siempre llega tarde a la realidad. (Hegel, 1993, p. 61). Es decir, siempre existe una distancia entre lo que sucede y la respuesta jurídica a lo que sucede. Esta distancia se evidencia, por ejemplo, cuando el legislador actúa para tratar de regular y afrontar una nueva

realidad como la inteligencia artificial que hoy nos circunda. Y normalmente en la aplicación común del Derecho también se produce esa distancia –si bien en menor medida– entre el momento en que sucede un hecho (un presupuesto de hecho) y el momento en que se aplica al mismo la consecuencia jurídica prevista en la norma ya existente. Sigue primero el hecho y posteriormente el operador jurídico despliega su actuación dando curso a la consecuencia jurídica que aquel trae aparejada.

La Constitución, por su parte, trata tradicionalmente de ofrecer apriorísticamente, y en la medida en que el poder constituyente lo consideró relevante por mor del pasado y/o de los conflictos presentes o más o menos previsibles, eventuales soluciones ante cualquier realidad que pueda presentarse en el devenir del Estado, tratando así de «anticiparse» en cierto modo al tiempo (Tierno Galván, 2012, pp. 31-32).

Por otra parte, su naturaleza abierta y anfibiológica le permite también cierta capacidad de reacción frente a los acontecimientos improbables y/o no históricamente desconocidos, pues, precisamente, algunos de ellos, aunque «cisnes negros» sí están recogidos en la propia Constitución; si bien, normalmente, el constituyente se remite a ulterior regulación. En todo caso, la Constitución tiene, como indicamos, una naturaleza anfibiológica, esto es, que necesita de concreción y es por ello por lo que el constituyente, consciente de la importancia de ciertos desarrollos, establece la «reserva de ley orgánica», a fin de atribuir exclusivamente al Parlamento, en su condición de «legislador orgánico», la concreción de ciertos ámbitos de la Constitución mediante una amplia mayoría parlamentaria. En este caso el «dintel» que abre el art. 116 de la Constitución es la «reserva de Ley Orgánica» para la regulación y el desarrollo de los Estados de alarma, excepción y sitio; en tanto que «instituciones» constitucionalmente garantizadas en sus rasgos fundamentales por la propia Constitución.

Con ello queremos poner de manifiesto que el «acontecimiento» conlleva también un «acontecimiento jurídico». Es decir, que si la pandemia causada por la Covid, en tanto que suceso inesperado, implicó un cambio en el planteamiento con el que percibimos el mundo y nos relacionamos con él; su correlato jurídico constitucional, esto es, «el acontecimiento jurídico constitucional» fue la declaración del estado de alarma.

En primer lugar, porque su presupuesto habilitante radica en un acontecimiento. Así, el Apartado b) del Artículo 4 de la LO 4/1981 específicamente prevé la declaración del estado de alarma ante situaciones de «crisis sanitarias, tales como epidemias».

Y, en segundo lugar, porque aquel, el acontecimiento (ahora declinado en tanto que presupuesto jurídico) da lugar al desarrollo del acontecimiento jurídico constitucional, declinado aquí como el despliegue de una serie de consecuencias jurídicas que ponen patas arriba el Ordenamiento Jurídico, alterando significativamente el sistema de fuentes, la división de poderes, el contenido y la garantía de los derechos fundamentales, esto es, afectando de manera grave y extensa a las relaciones jurídicas y, con ello, a las relaciones sociales. Se trata, claramente aquí, de una suerte de norma «constitucional constitutiva» (Ruiz Manero, 2007, pp. 103-112) pero de una dimensión e intensidad tales, que llegaría, incluso, a ponerse materialmente al nivel de la reforma constitucional. O, en palabras del propio Tribunal Constitucional en su STC 16/2016: FJ. 10:

La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o “alteraciones graves de la normalidad” previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara.

De esta manera, lo constitucionalmente previsto para enfrentar lo imprevisto desencadena un acontecimiento constitucional que, por un lado, debilita el diseño constitucional de la normalidad, alterándolo con una amplitud e intensidad inusitadas y; por otro lado, la alteración a la que da lugar es de tal magnitud que los propios planteamientos y presupuestos básicos del constitucionalismo se tambalean. Si su esencia es el control y la limitación del poder; estos se ven indefectiblemente afectados. Si su esencia es dar cauce a un determinado modo de producción al que es funcional, este también se ve alterado. Por ello, por ser una situación de tensión, una situación límite para la Constitución, se ha prestado a profundos debates sobre su naturaleza en tanto en cuanto la Norma Fundamental deviene y se somete a una suerte de decisionismo que la permea (Schmitt, 2009, pp.13-20). Así, tal y como indica la doctrina, el acontecimiento, en tanto que estado de necesidad, por un lado, no conoce reglas y, por otro, crea las suyas propias (Álvarez Álvarez, 2021). Si bien, en todo caso, este acontecimiento queda, en la medida de lo jurídico, sometido a ciertos límites, en tanto que como ocurre en el caso español está constitucionalizado, aunque sean difusos y se formulen como principios: el principio de necesidad (art. 1.2. LO 4/81); el principio de proporcionalidad (art. 1.2 LO 4/81); el principio de temporalidad (art. 1.3 LO 4/81); el principio de vigencia inmediata (art. 2 LO 4/81), el principio de publicidad (art. 2 LO 4/81) y principio de responsabilidad (art. 3.2); tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional.

3.1. Los efectos jurídicos del «acontecimiento constitucional»

A modo simplemente enunciativo, pues no es nuestro objeto detallar los «efectos y consecuencias» del acontecimiento sino evidenciar precisamente su naturaleza de acontecimiento, indicaremos que la Declaración del estado de alarma dio lugar, entre otros, a cambios y modificaciones sustanciales de la Constitución: en el sistema de fuentes, en la división y relación de poderes, en los derechos constitucionales y sus facultades.

Afectación al sistema de fuentes del Derecho. El Decreto, en tanto que expresión normativa del Poder Ejecutivo, deviene en la principal fuente del Ordenamiento a través de la cual se realiza el Derecho de Excepción en el estado de alarma. Adquiere así una especial naturaleza, deja de estar subordinado a la Ley, para supraordenarse a aquella (Vid., por ejemplo, el Decreto 463/2020 y el Decreto 926/2020, en ambos casos para para todo el Estado, y el Decreto Real Decreto 900/2020, para Madrid y ciertas ciudades de su Comunidad Autónoma). También se ha recurrido, por otro lado, a otras fuentes del Derecho, a través de las cuales se expresa el Ejecutivo como el Decreto Ley, especialmente configurado para situaciones de «urgencia y necesidad», a través del cual se han regulado, entre otros contenidos, ciertos derechos directamente relacionados con el principio del Estado social, bien por su naturaleza prestacional –ingreso mínimo vital– bien por vinculación a la realización del derecho al trabajo –regulación del trabajo a distancia–; sobre lo que luego volveremos.

Afectación a la división y relación de poderes. el Derecho de Excepción también posibilita, por otra parte, una reordenación temporal de los poderes constituidos, confiriendo al Ejecutivo estatal una posición de preeminencia frente al resto, y muy especialmente frente al Parlamento, que llegó incluso a suspender su actividad (Acuerdo de la mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados 19/03/2020, declarado nulo por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 168/2021). Aunque, en todo caso, no debemos olvidar que el Parlamento continua también ejerciendo sus respectivas funciones, aunque de forma singular; pues normalmente estas se trasladan a un momento posterior en el tiempo en relación con el que normalmente tiene lugar, mediante la institución de la convalidación parlamentaria a posteriori. Así el Ejecutivo pasa consiguientemente a ser quien, en primera instancia, decide sobre las restricciones de derechos en el marco de la «declaración del estado de alarma».

Por su parte, la división vertical de poder, esto es, la organización territorial del Estado Autonómico también ha sido afectada por la crisis de la Covid. Si la primera Declaración del estado de alarma se condujo por el Estado Central, con la consiguiente recentralización del poder y la afición al modelo autonómico, en las sucesivas, y fundamentalmente en la tercera, hemos visto cómo el Estado central sí ha compartido protagonismo y corresponsabilidad en las medidas a adoptar con la CCAA.

De este modo, sostenemos aquí, para cerrar este apartado, que no es plenamente cierto aquello que se prevé en la Ley 4/1981 cuando esta indica, ingenuamente, «la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado»; pues como se contrasta en la realidad los poderes dejan de funcionar «normalmente» para hacerlo en el marco de la excepcionalidad del acontecimiento.

Afectación a los derechos constitucionales: *stricto sensu*. Más allá de la afectación a la constitución orgánica el Derecho de Excepción tiene también una especial y significativa incidencia en la Constitución dogmática, esto es, en los derechos constitucionales, su contenido, su ejercicio y sus garantías. En este sentido, cabe señalar que en el marco de la crisis provocada por la pandemia de Covid se adoptaron una serie de limitaciones que afectaron al contenido de los derechos y libertades fundamentales, como la libertad deambulatoria, el derecho de reunión o el derecho de manifestación, tomadas al objeto de frenar radicalmente la expansión del virus; y que en su caso se proyectan también, eventualmente, en otros derechos como la libertad religiosa o el derecho a la educación. Sobre toda ellas tuvo el Tribunal Constitucional oportunidad de pronunciarse, considerando que aquellas respondían no a una limitación sino, en ciertos casos y especialmente en el de la libertad deambulatoria, a una verdadera suspensión del derecho (STC 148/2021).

3.2. Los efectos en la Constitución Económica del «acontecimiento constitucional»

La Constitución del Estado Social es, como se sabe, una Constitución que alberga en su seno el conflicto inherente al capitalismo entre: el Capital y el Trabajo. El conflicto por tanto se «constitucionaliza» y, de este modo, la Constitución, donde siempre podemos encontrar una parte de lo ya decidido y otra de lo que está por decidir, se abre a una redefinición en ciertos contenidos materiales directamente relacionados con la forma en la que se va desarrollando el conflicto constitucionalizado. En el caso concreto de la Constitución española hace tiempo ya que se había considerado que la cláusula del Estado Social había sido en gran medida periclitada por el desarrollo

de la globalización enmarcada en los postulados del Consenso de Washington y Maastricht; sin embargo, la crisis de la Covid ha demandado del Estado la reactivación de la cláusula del Estado Social. En tal sentido «el acontecimiento» de la Covid 19 puso en marcha importantes medidas que tienen una especial incidencia en el ámbito de los derechos sociales, como la instauración del derecho al ingreso mínimo vital (Decreto Ley 20/2020, hoy sustituido por la Ley 19/2021) o el derecho a la realización del teletrabajo (Decreto-Ley 28/2020, hoy sustituido por la Ley 10/2021). Estas medidas tienen una importante significación en el marco del Estado social y del sujeto Trabajo, por lo que, si bien formalmente no tienen naturaleza de derechos fundamentales, en la práctica suponen una serie de significativas transformaciones en la Constitución Económica. En base a todo lo anterior resulta evidente que en el marco de la crisis provocada por la pandemia se ha producido una afectación al «sujeto Trabajo» en el marco del Estado Social previsto por la Constitución Española.

Tampoco se deben aquí olvidar aquellas otras medidas que, al objeto de frenar el contagio del virus, se proyectaron sobre la libertad de empresa en tanto en cuanto las mismas han conllevado una afectación significativa en lo que su realización se refiere y que fueron desde la obligación de paralizar toda actividad económica no esencial, que fuera adoptada en su día, hasta el cierre de sectores como la hostelería y la restauración o, en su caso, la limitación de los aforos y horarios.

Además, también cabe destacar el «acontecimiento jurídico constitucional» que supone para la «Constitución Económica», el hecho de que la Unión Europea haya relajado las férreas condiciones del Pacto de Estabilidad y crecimiento que aseguran al euro y la confianza en el mismo, con la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹. Por otro lado, destacan los instrumentos y programas excepcionales de ayuda y asistencia financiera *ad hoc* (Aranda Álvarez, 2021, pp. 79-164). Estos programas no solo son importantes por el montante monetario que ponen a disposición del Estado para llevar cabo la reactivación de la economía, sino que, además, implican también cambios de gran calado en la «Constitución Económica» de la UE, por ejemplo, con la introducción de una suerte de deuda pública europea de hasta 750.000 millones de euros entre los recursos propios de la Unión –Decisión (UE, *Euratom*) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020–. También aquí cabe destacar el Nuevo Marco Financiero Pluriannual y Programa *Next Generation EU* por parte de la UE hacia sus Estados miembros. Se espera que el resultado de la ejecución de ambos contribuya a beneficiar especialmente y en mayor medida a aquellos que fueron afectados por la crisis más duramente (Conclusiones del Consejo Europeo de 17-21 de Julio 2020).

Dichos cambios, aunque formalmente no responden a una reforma formal de la Constitución Económica, sino que se operan mediante fuentes de legislación de urgencia y a acuerdos adoptados para tal fin, sí implican intrínsecamente una suerte de redefinición (temporal) del pacto/conflicto entre el Capital y el Trabajo y, por lo

¹ Tal y como señala la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo de 20 de marzo de 2020, relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, pp. 1-2: «La cláusula se introdujo como parte de la reforma del «paquete de seis medidas» del Pacto de Estabilidad y Crecimiento llevada a cabo en 2011, que incorporaba las enseñanzas extraídas de la crisis económica y financiera. En particular, dicha crisis puso de manifiesto la necesidad de introducir disposiciones específicas en las normas presupuestarias de la UE para permitir que todos los Estados miembros pudieran desviarse temporalmente de forma coordinada y ordenada de los requisitos normales en situaciones de crisis generalizada causadas por una ralentización económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la UE. La cláusula, tal como se recoge en el artículo 5, apartado 1, el artículo 6, apartado 3, el artículo 9, apartado 1, y el artículo 10, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 1466/97 y en el artículo 3, apartado 5, y el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1467/97, facilita la coordinación de las políticas presupuestarias en tiempos de crisis económica grave».

tanto, conllevan intrínsecamente un cambio constitucional, que como vemos se opera no solo en el nivel estatal sino también en el europeo.

En resumen y a nuestro juicio, el acontecimiento pandémico ha conllevado un renacimiento del Estado social, un significativo retorno al mismo que implica la recuperación de su esencia; esto es, la implicación del Estado en la consecución de la igualdad material, fundamentalmente, mediante medidas en favor del sujeto Trabajo.

4. El «desacontecimiento»

Cuando hablamos de «desacontecimiento» queremos fundamentalmente referirnos a lo que se ha venido llamando «la vuelta a la normalidad», aunque ante a la misma se adopta una perspectiva ciertamente crítica, que se ilustra con esta singular anécdota. Se cuenta que el Rey Luis XVI de Francia anotó en su diario que el 14 de julio de 1789 no había pasado «nada»; sin embargo, ello no obedecía a la eventual consideración del hecho como algo insignificante, sino precisamente todo lo contrario, tal y como acertadamente indica Rendueles (2015, p. 7) «durante muchos años hemos permitido que los poderosos escribieran nada en nuestros diarios». En tanto que desacontecimiento, la vuelta a la normalidad no es un proceso «neutro», como pareciera hacérseos ver, pues la normalidad prepandémica no lo era. Con ello pretendemos llamar la atención sobre el hecho de que al amparo de dicho regreso y sobre la necesidad de «desacontecer» que se nos impone, se cuestionan y eliminan ciertos avances, fundamentalmente en el Estado social, que, a nuestro juicio, trajo la pandemia.

Así, al hilo de lo anterior y volviendo a Zizek, tenemos que a través del «desacontecimiento», sobre el que se tratará aquí, parece pretenderse en última instancia una suerte de *rückgänging machen*; esto es, «deshacer retroactivamente, conseguir que nunca haya sucedido» el acontecimiento, negarlo, negar su existencia, su especial trascendencia y sus efectos. Este desacontecer, en tanto que *Ungeschehenmachen*, aspira a «deshacer», por tanto, el «acontecimiento» (Zizek, 2015, pp. 141-142).

Y es en este punto, donde se aspira a conocer si ese «desacontecer», que efectivamente sobreviene después de una gran crisis como esta, tiene una intención que va más allá del retorno a la normalidad, en tanto que regreso a una situación previa en la que se desconozcan los avances que, como hemos visto, se realizaron, especialmente, en el marco de la Constitución Económica en favor del sujeto Trabajo; esto es de retorno a la *normalitat neoliberal* previa (Cantaro, 2021, pp. 25-28).

En cualquier caso, es preciso indicar que, como ya ocurrió ante grandes epidemias históricas, en la sociedad de nuestro tiempo han quedado una serie de posos significativos de lo sufrido y vivido que pueden efectivamente ser fundamento de futuros cambios y avances (Ruiz-Domènec, 2020), que se auguran más allá del Estado nación en el marco de una más profunda interdependencia en materias como la comercial, la monetaria, fiscal, social y sanitaria (Innerarity, 2020, p. 77).

Finalmente, también es oportuno indicar aquí que, durante la pandemia y el complejo contexto de lo *fake*, a lo que ya hicimos referencia en la introducción, existieron múltiples agentes que, generando un contexto infodémico, aspiraban, normalmente sobre supuestas teorías de la conspiración con diversas y variopintas finalidades, a «desacontecer» la Covid; esto es que, precisamente, lo negaban mientras acontecía, de ahí su apelativo de «negacionistas» (Ruiz i Torres, 2021, pp.

731-752). Se perseguía, por tanto, incluso, intentar el «desacontecimiento» durante el propio «acontecimiento»; tratando de banalizar aquel y, consiguientemente, las eventuales medidas adoptadas en virtud de aquel, entre las que están las de naturaleza jurídica.

5. El «desacontecimiento» jurídico-constitucional

Al tratar el «desacontecimiento» jurídico constitucional pretendemos, al igual que anteriormente se hizo con el acontecimiento, analizar la vinculación entre el desacontecer fáctico y el desacontecer jurídico y las intrínsecas conexiones entre ambos. Para ello se analizan dos dimensiones significativas del «desacontecer» jurídico. Por un lado, aquellas que se prevén constitucionalmente, esto es, que son, en cierto sentido, inherentes y propias al fin del acontecimiento, a su terminación en el tiempo y en el espacio o, en su caso, a su eventual asimilación como situación normalizada, que ya no se percibe como extraordinaria. Por otro lado, se pretende también analizar aquellos otros medios e instrumentos «desacontecedores» de los que a nuestro juicio se han servido ciertos agentes políticos y jurídicos para forzar el «desacontecimiento», y con ello la consiguiente vuelta a una normalidad anterior. Finalmente, haremos referencia a aquellos desacontecimientos jurídicos que, de forma directa o indirecta, se proyectan o habrán de proyectar sobre la Constitución Económica y que, no son neutros, en relación con el devenir del Estado social.

5.1. La previsión constitucional

La Constitución prevé expresamente una suerte de desacontecimiento jurídico de la excepcionalidad que se deriva de la declaración del estado de alarma (también se regula para la excepción y el sitio). Esto es, que el propio Ordenamiento constitucional establece una serie de cautelas respecto a la duración del «acontecimiento jurídico» que actúan como límite temporal de aquel, poniendo coto al amplísimo margen de decisión que queda en manos del Ejecutivo (principio de temporalidad – art. 1.3 LO 4/81). Se trata así de que la «excepcionalidad» no devenga en «normalidad», con lo que ello conlleva para el Estado y su funcionamiento (Palacios, 2021).

Así, se dispone, como se sabe, que el Decreto de Alarma aprobado por el Gobierno tiene una vigencia temporal limitada a quince días naturales, plazo que solo puede extenderse en su caso mediante una decisión parlamentaria del Congreso, que lo autorice.

En el caso que nos ocupa el Congreso de los Diputados realizó sucesivas prórrogas de los diversos Decretos de Alarma; pero sin duda, la más controvertida fue aquella en la que el Parlamento convalidó el Decreto 926/2020 por un período de seis meses, desde noviembre de 2020 a mayo de 2021 mediante su Resolución de 29 de octubre de 2020. Prórroga que sería posteriormente declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2021; en lo que constituye un claro ejemplo de «desacontecimiento»; en tanto en cuanto la nulidad es precisamente eso, una suerte de *rückgänging machen*; esto es, en la medida de lo jurídico «deshacer retroactivamente» pues, declarada nula, jurídicamente aquella prórroga de seis meses «no existió». Lo que aquí se subraya de tal declaración del Tribunal Constitucional no es solo su dimensión jurídica², sino la que trasciende a aquella en

² Téngase en cuenta que tal y como indica el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no

el significante que la misma tiene para el común de la población, precisamente, como elemento «desacontecedor».

5.2. El activismo del Tribunal Constitucional como coadyuvante del «desacontecimiento»

En el marco jurídico constitucional el Tribunal Constitucional español ha llevado a cabo una singular actividad cuyo resultado en el conjunto de la percepción social puede ser calificada como singularmente «coadyuvante» del desacontecimiento. Tan es así, que la doctrina autorizada en la argumentación jurídica llegó a indicar, incluso, que la motivación de la STC 148/2021 es un ejemplo de activismo judicial (Atienza, 2021), pues con su primera Sentencia 148/2021 y las posteriores en una línea jurisprudencial semejante, el Tribunal Constitucional, efectivamente ha «derogado» gran parte del «acontecimiento jurídico-constitucional» que supuso el estado de alarma. Se trata, por tanto, de una suerte de jurisprudencia constitucional que podríamos calificar como del desacontecimiento (vid. por ejemplo, STC 148/2021; STC 183/2021).

Al hilo de lo anteriormente referido, por ejemplo, sobre la nulidad de la prórroga de seis meses, vemos como el Tribunal Constitucional ha desempeñado un significativo papel en cuanto al «desacontecimiento» jurídico constitucional; como instrumento a través del cual se opera una suerte de «derrota» de la normativa del estado de alarma, que aquí venimos declinando como el acontecimiento jurídico constitucional, con el peligro que ello conlleva. Por un lado, en tanto que lo aleja del Derecho dúctil para acercarlo peligrosamente a un Derecho arbitrario, pues, siguiendo a Ródenas, cuando «la derrotabilidad de las normas adquiere, por así decirlo, tintes más dramáticos es en aquellos casos en los que los tribunales enmiendan totalmente la plana al legislador, declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de una disposición jurídica» (Ródenas, 2021, p. 46). Y, por otro lado, podría llegar a dar lugar a una usurpación de la soberanía, por parte el Tribunal Constitucional, en tanto que se convierte en quien materialmente «decide sobre el Estado de excepción» (Schmitt, 2009, p. 13).

5.3. Proyección del «desacontecimiento» en la Constitución Económica

Por lo que a la proyección del «desacontecimiento» tiene en la Constitución Económica, destacamos que desde la Unión Europea se comienzan a retomar los discursos relativos al «pacto de estabilidad»; esto es, el regreso a una ortodoxia económica neoliberal previa a la pandemia y que tantos efectos perversos ha tenido en la sociedad, especialmente, en los que menos tienen. Se aspira así en cierto modo a través de ello a abandonar la senda keynesiana (Quadra-Salcedo, 2021, p.25) que ha supuesto la relajación de los límites del déficit público y, consiguientemente, una política expansiva de intervención en la economía; que revivía a la forma de Estado Social (Vida Fernández, 2021).

Así, pasada la Covid, pasado el acontecimiento, nos dicen que debe retornarse rápidamente a aquella «normalidad» previamente existente. En recientes palabras textuales de la Comisión Europea: «(...) los niveles de deuda pública han

permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

aumentado mucho, sobre todo a raíz de la covid-19. Por ello, necesitamos estrategias creíbles de saneamiento de las finanzas públicas que den seguridad a los inversores (...)» (Comisión Europea, 2023).

Y es precisamente en este punto en donde radica la viabilidad futura de las medidas adoptadas en el marco de la Covid 19 y que han tenido una especial incidencia en el sujeto Trabajo, y muy especialmente con aquello que supone el Ingreso mínimo vital –con sus consabidos problemas de implantación– en tanto que «nuevo derecho social»; pues el regreso a la ortodoxia del art. 135 de la CE, pone de nuevo en un lugar preeminente al beneficio económico. Y, este, sí será un «desacontecimiento» especialmente grave, pues, como antes indicamos, el acontecimiento conllevó una suerte de avance significativo; que ahora, peligra, como también peligran otros que van parejos a las políticas sociales y de gasto público propias del Estado Social.

Sostenemos, por tanto, para concluir, que la suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento –que implicó también la suspensión del art. 135 de la Constitución–, ha conllevado una significativa restauración del Estado Social, que, precisamente fue «descoyuntado» por dicho Pacto y por la consiguiente reforma constitucional a la que dio lugar en 2011 (Lasa, 2014). Con ello, con la eventual vuelta a la ortodoxia de la normalidad neoliberal consiguientemente se «desacontecerá» el retorno del Estado Social y su paradigma al que dio lugar la crisis de la Covid. Recordemos que nuestra forma de Estado, el Estado social y democrático de derecho, es, precisamente, la que se consagra en el art. 1 de la Constitución y se malogra en el art. 135, con los efectos que de ello se proyectan tanto en los derechos sociales como en las políticas públicas que atienden a la realización de la igualdad material; que, en todo caso, no deberían depender de circunstancias o acontecimientos, sino ser una «constante» constitucional tanto en la normalidad como en la anormalidad.

Bibliografía

- Álvarez Álvarez, L. (2021). Estado y Derecho de Excepción: la juridicación del principio de la necesidad no conoce reglas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 314-341. <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32207>
- Aranda Álvarez, E. (2021). *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*. Marcial Pons.
- Atienza, M. (4 de 11 de 2021). La importancia de la ponderación. A propósito de la Sentencia del Tribunal constitucional español sobre la pandemia. *Jueces para la democracia*. <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>.
- Cabo Martín, C. d. (2019). *Conflictos y Constitución desde el constitucionalismo crítico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Camisón, J. A. (2012). Repensar el Derecho Constitucional en el marco de la globalización desde las categorías de la “teoría cuántica de la información”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 2, 195-212.
- Camisón, J. A. (2021). *Constitución Económica: Transformaciones y Retos*. Marcial Pons.
- Camus, A. (2010). *La peste*. Diario Público.
- Cantaro, A. (2021). *Postpandemia. Pensieri(meta)giuridici*. G. Giappichelli Editore.
- Comisión Europea. (27 de abril, 2023). Un nuevo Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento en Europa. *El País*.
- García Ortiz, A. (2022). *Orden Público y Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- Han, B.-C. (2014). *Psicopolítica*. Heder.
- Han, B.-C. (2022). *Infocracia*. Taurus.

- Hegel, G. (1993). *Fundamentos de la filosofía del Derecho*. Libertarias/Prodhufi.
- Innerarity, D. (2020). *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*. Galaxia Gutenberg.
- Iturralde, V. (1988). Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. *Anuario de filosofía del derecho*, 349-382.
- Lasa, A. (2014). La ruptura de la constitución material del Estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma. *Revista de Derecho Político*, 1 (90), 213-248. <https://doi.org/10.5944/rdp.90.2014.13161>
- Palacios, F. (2021). *Excepcionalidad de estado y excepcionalidad partisana en Colombia*. Aranzadi.
- Polanyi, K. (2007). *La gran transformación*. Queipu.
- Quadra-Salcedo, T. (2021). *Público y Privado en una salida socialdemócrata de la crisis*. Tiempo de Paz.
- Rendueles, C. (2015). *Capitalismo Canalla*. Seix Barral.
- Ródenas, Á. (2021). La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I.*, 43-66. <https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.16703>
- Rousseau, J. (2012). *El Contrato Social*. Taurus.
- Ruiz i Torres, M. (2021). Coronavirus y trama de poder: análisis del pensamiento de la conspiración como práctica cultural. En B. Puebla Martínez (dir.), *Ecosistema de una pandemia: COVID 19, la transformación mundial* (731-753). Dykinson.
- Ruiz Manero, J. (2007). Una tipología de las normas constitucionales. En J. Aguiló, J. Ruiz Manero y M. Atienza (coords.), *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (63-112). Iustel.
- Ruiz-Domènec, J. (2020). *El día después de las grandes epidemias. De la peste bubónica al coronavirus*. Taurus.
- Schmitt, C. (2009). *Teología. Política*. Trotta.
- Tierno Galván, E. (2012). Intervención Congreso de los Diputados, 27 de julio de 1977. En T. Galván, *Obras completas*. (Dir. Rovira Viñas) (31 y ss.). Civitas.
- Vida Fernández, J. (2021). *Público y Privado: de nuevo sobre el papel de Estado*. Tiempo de Paz.
- Villacañas, J. L. (2019). Hegel en Cádiz. En F. Duque. (ed.), *Hegel. Lógica y Constitución*. Círculo de Bellas Artes.
- Zizek, S. (2015). *Acontecimiento*. Sexto Piso.
- Zizek, S. (2020). *Pandemia. La covid estremece al mundo*. Nuevos Cuadernos Anagrama.

Poder Constituyente*

Constituent Power

Jorge Baquerizo Minuche**

Universidad de Girona

ORCID ID 0000-0003-4698-2292

jorge.baquerizo@udg.edu

Cita recomendada:

Baquerizo Minuche, J. (2023). Poder Constituyente. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 220-241

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7998>

Recibido / received: 05/06/2023

Aceptado / accepted: 19/07/2023

Resumen

En el presente trabajo se presenta una definición del concepto de «poder constituyente» como fenómeno de producción normativa. El objetivo es realizar una labor de clarificación conceptual que pretende aportar ciertos elementos para su mejor comprensión. Más precisamente, se tratará de elucidar qué tipo de poder es el capturado por este concepto y bajo qué perspectiva puede decirse que existe una relación entre el poder constituyente y el derecho.

Palabras clave

Poder constituyente, constitución, orden jurídico, normas originarias, hechos normativos.

Abstract

In this paper I offer a definition of «constituent power» as a phenomenon of normative production. The objective is to carry out a task of conceptual clarification that aims to provide certain elements for a better understanding. More precisely, I will try to elucidate what type of power is captured by this concept and from what perspective it can be said that there is a relationship between constituent power and the Law.

Keywords

Constituent power, constitution, legal order, original norms, normative facts.

* El presente texto contiene varias reformulaciones y reestructuraciones de ideas que forman parte de trabajos previamente publicados (y que pueden ser consultados en la bibliografía), uno de los cuales fue escrito en coautoría con Pablo A. Rapetti. En particular, un desarrollo más extenso de estas ideas puede consultarse en mi libro *El concepto de poder constituyente. Un estudio de teoría analítica del derecho* (Baquerizo Minuche, 2021a).

** Investigador postdoctoral «Margarita Salas», Àrea de Filosofia del Dret, Universitat de Girona. Con el financiamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next GenerationEU. Agradezco a los dos evaluadores anónimos de este trabajo por sus útiles comentarios.

SUMARIO. 1. Perspectivas de análisis sobre el poder constituyente. 1.1. Perspectiva *ex ante*: el poder constituyente como soberanía. 1.1.1. El malentendido de la «permanencia» del poder constituyente. 1.2. Perspectiva *ex post*: el poder constituyente como fenómeno normativo. 1.2.1. El malentendido de la «ausencia» del poder constituyente. 2. Una definición de «poder constituyente» como fenómeno normativo jurídico. 2.1. Aclaraciones para un modelo de comprensión del poder constituyente. 2.2. Condiciones necesarias y suficientes para la instanciación del concepto. 2.2.1. Intervención de un sujeto constituyente. 2.2.2. Producción de normas originarias. 2.2.3. Efectividad de los hechos normativos originarios. 2.2.4. Surgimiento de un nuevo orden jurídico. 3. A modo de conclusión.

1. Perspectivas de análisis sobre el poder constituyente

En términos generales, el poder constituyente puede ser analizado según dos perspectivas cronológicas: desde una perspectiva *ex ante*, como una capacidad (*potencia, potenza, puissance*); y desde una perspectiva *ex post*, como el ejercicio efectivo de esa capacidad (*poder, potere, pouvoir*)¹.

Según la perspectiva *ex ante*, el poder constituyente es analizado como una potencialidad o capacidad atribuida a un «soberano»²; este es típicamente el objeto de estudio que se plantean tanto la teoría como la filosofía política cuando se aproximan a este fenómeno³.

Según la perspectiva *ex post*, en cambio, el poder constituyente es analizado como un fenómeno de producción normativa reconocible a partir de unos determinados hechos que originan un nuevo orden jurídico (Ferrajoli, 2007, p. 851); este es, a su vez, el objeto de estudio que usualmente se plantea la teoría general del derecho cuando se interesa en el concepto de «poder constituyente»⁴.

La utilización de ambas perspectivas permite relacionar al poder constituyente con dos diversos sentidos del concepto de «revolución»: mientras desde la perspectiva *ex ante* se puede relacionar al poder constituyente con un sentido amplio de «revolución», la perspectiva *ex post* permite relacionarlo con un sentido restringido –o jurídico– de «revolución»⁵. Además, tener en cuenta estas perspectivas de forma separada permite disolver varios malentendidos que frecuentemente aparecen en la literatura pertinente.

¹ Como señala Luigi Ferrajoli, el poder constituyente «considerado *a priori*, es una *potencia de hecho*», en el doble sentido de que su ejercicio es sólo potencial y de que requiere además de una efectiva *potencia* (Ferrajoli, 2007, p. 854, cursivas en el original); en cambio, desde una perspectiva *ex post*, el poder constituyente es siempre un poder concretamente ejercido o, en otras palabras, una situación que ha sido concretamente actuada (Ferrajoli, 2007, p. 851).

² «[B]ien podríamos llamar a semejante poder “soberanía”, tratándose en efecto [...] de un poder *legibus solutus y superiore non recognoscens*» (Ferrajoli, 2007, p. 854).

³ Por ello mismo, los temas preponderantes en torno a esta perspectiva de análisis están conectados con cuestiones de legitimidad política. Así, por ejemplo, David Dyzenhaus señala que la pregunta acerca del poder constituyente es si el poder por sí mismo puede transformarse, sin más, en autoridad (o si acaso necesita de ciertas propiedades ideales para lograr tal efecto). Véase Dyzenhaus (2007, p. 129).

⁴ Véase, por ejemplo, Bobbio (1960, pp. 52 y ss); Pace (1997, pp. 110 y ss); Ferrajoli (2007, pp. 849 y ss); y Guastini (2011, pp. 171 y ss).

⁵ Para un análisis de estas posibles relaciones (de las que no me ocuparé en este trabajo), véase Baquerizo Minuche (2021b).

Veamos más detalladamente qué es lo que se analiza desde cada una de estas perspectivas y cómo su separación permite evitar los correspondientes malentendidos.

1.1. Perspectiva *ex ante*: el poder constituyente como soberanía

Desde la primera perspectiva, y teniendo en cuenta la historia de las ideas políticas, el poder constituyente generalmente ha sido identificado con una de las nociones de «soberanía»⁶: es «el poder para constituir, abolir, alterar o reformar las formas de gobierno» o, en otras palabras, es el poder que reside en la comunidad política «para modelar un Estado» (Lawson, 1992, pp. 47-48)⁷. Así, cuando desde esta perspectiva se habla de la capacidad de la Nación o del Pueblo para determinar sus propias instituciones políticas y jurídicas a través de la activación del poder constituyente, no se haría otra cosa que expresar el atributo de la soberanía⁸. En este sentido, decir que «el Pueblo, en virtud de su soberanía, tiene la capacidad de autodeterminar sus instituciones» o decir que «el Pueblo detenta el poder constituyente» serían dos modos de afirmar lo mismo; ambas oraciones tendrían exacto significado⁹.

De hecho, la noción misma de «poder constituyente» emergió desde esta perspectiva; y es que el concepto adquirió su propia entidad en una época en la que se empezaba a comprender que la «autoridad política» de la constitución deriva de la soberanía popular y, más concretamente, del poder constituyente que, en cabeza del Pueblo (*The People, La Nation*), permite hacer y rehacer los acuerdos institucionales necesarios para el autogobierno colectivo (Loughlin, 2014, p. 219). Las coordenadas temporales de esta época nos sitúan hacia finales del siglo XVIII, cuando florecía el pensamiento revolucionario que marcó el proceso de independencia de los EE.UU. y la Revolución Francesa, respectivamente¹⁰.

Fue en este contexto, y asumiendo esta misma perspectiva, que el abate Emmanuel-Joseph Sieyès formuló originalmente la expresión «poder constituyente»¹¹. De acuerdo con la teorización de Sieyès acerca del *pouvoir*

⁶ El término «soberanía», como se sabe, padece de una notoria ambigüedad. Sin embargo, puede decirse que, básicamente, existen dos concepciones clásicas: una concepción «absolutista» de soberanía como *mandato y obediencia* o como «máximo poder de mando» –forjada en la antigüedad y recogida por Jean Bodin en el siglo XVI (véase Kalyvas, 2005, pp. 224-225); y la concepción moderna de soberanía a la que aquí se hace referencia, forjada a través del pensamiento de autores como George Lawson, John Locke, Thomas Paine y Emmanuel Sieyès, y que se traduce como un poder «para fundar, para plantar, para constituir, es decir, como un poder constituyente» (Kalyvas, 2005, p. 225). Para una detallada exposición de la concepción del poder constituyente *como soberanía* según la concepción moderna, véase Colón-Ríos (2014, pp. 328-334).

⁷ Véase, también, Loughlin (2007, p. 40).

⁸ Como señala Riccardo Guastini, la soberanía en cuanto predicado del pueblo «no es otra cosa que el poder constituyente» (Guastini, 2006, p. 216). En igual sentido, Nicola Matteucci sostiene que la «soberanía popular» no es más que un sinónimo del «poder constituyente del pueblo» (Matteucci, 1983, pp. 1107-1108).

⁹ La histórica identificación a la que aquí se hace referencia ha tratado de ser disuelta recientemente en Colón-Ríos (2020, pp. 226-261), estipulando una distinción entre «poder constituyente» (al que se propone entender como un poder exclusivamente autorizado para producir un nuevo orden constitucional) y «soberanía» (entendida como la incontrolable capacidad de transformar una voluntad en derecho, creando cualquier contenido jurídico). Cfr. Baquerizo Minuche (2022, p. 74), donde he argumentado que, más allá de que se pueda aceptar (o no) la señalada distinción, ello es totalmente independiente de –y, en cualquier caso, deja a salvo– la comprensión del poder constituyente como una potencialidad (desde esta perspectiva *ex ante*).

¹⁰ Con todo, existen varias indagaciones que apuntan a que la noción de «poder constituyente» tendría un origen histórico incluso más remoto; véase, en este sentido, Loughlin (2007, pp. 28-38); Colón-Ríos, (2012, pp. 80-83); Roznai (2017, pp. 107-108); Arato (2017, p. 88 [119]).

¹¹ Sieyès, como se sabe, fue un destacado político francés quien, pocos meses antes del estallido de la Revolución Francesa, dentro de su famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers-État?* («¿Qué es el Tercer

constituant, la Nación¹² tiene la capacidad de implementar su propia «constitución», esto es, «una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar» (Sieyès, 1988, pp. 104-105). Presuponiendo la existencia de la *Nación* como una unidad política (Dogliani, 1986, pp. 42-44; Loughlin, 2010, p. 221), Sieyès entonces denomina «poder constituyente» a aquella capacidad; es en este sentido que afirma que «una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente» (Sieyès, 2007, p. 257).

La clásica concepción de Sieyès todavía resuena y sigue influenciando a una buena parte del pensamiento político y jurídico de Occidente, más de doscientos treinta años después (Arato, 2017, p. 88). La impresionante permanencia de estas ideas se debe, en gran medida, al desarrollo y sistematización de la teoría del poder constituyente en manos de la influyente obra de Carl Schmitt¹³. Y es que, ya entrados en el siglo XX, y dentro de un contexto asimismo revolucionario¹⁴, Schmitt caracterizó al poder constituyente bajo la innegable influencia de Sieyès: asumiendo –para los efectos que aquí interesan– la perspectiva de análisis *ex ante*.

En efecto, Schmitt definía al poder constituyente como «la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política» (Schmitt, 1996, pp. 93-94, cursivas en el original). Definido en estos términos, el poder constituyente –como voluntad política acerca del modo y forma del «ser político»– sirve de fundamento a la constitución entendida en un sentido «positivo»¹⁵. Es claro advertir, pues, que Schmitt concibe al poder constituyente en clave de soberanía (Colón-Ríos, 2014, pp. 328-329), aludiendo a una potencia o capacidad de la unidad política para poder autodeterminarse.

Por ello mismo, siguiendo esta concepción, el poder constituyente permanecería «siempre en potencia, latente por encima de toda Constitución derivada de él y de todas las leyes dadas dentro del marco de la Constitución vigente» (Recaséns Siches, 1931, p. 76). En palabras del mismo Schmitt, al poder constituyente «le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo [...] por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución» (Schmitt, 1996, p. 108).

Este sentido de «permanencia» del poder constituyente es estrictamente político y no jurídico; en otras palabras, solo se puede predicar del poder constituyente visto desde la perspectiva *ex ante* (y no desde la perspectiva *ex post*). Sin embargo, la confusión de estas perspectivas de análisis ha dado lugar a un frecuente malentendido en la literatura respectiva. Veamos.

Estado?»), había señalado que «[e]n cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente» (Sieyès, 1988, p. 106).

¹² Sobre el concepto de «nación» que se extrae del análisis de la obra de Sieyès, véase Dogliani (1986, p. 44).

¹³ Una muestra de la influencia del pensamiento de Schmitt en la actualidad, específicamente sobre su concepción del poder constituyente, es expuesta en Colón-Ríos, 2011, pp. 369-379.

¹⁴ Marcado por la así llamada «Revolución de 1918», contexto en el cual se introdujeron en Alemania las ideas de la Revolución Francesa y la concepción del poder constituyente de Sieyès. Véase, al respecto, Schmitt (1996, p. 76); Cristi (1998, p. 189).

¹⁵ «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente» (Schmitt, 1996, p. 45). Según este sentido positivo, la constitución «es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*» (Schmitt, 1996, p. 46, cursivas en el original).

1.1.1. El malentendido de la «permanencia» del poder constituyente

La idea de la permanencia o latencia del poder constituyente solo tiene sentido si se considera a este último en clave de soberanía (de nuevo, desde una perspectiva *ex ante*). No obstante, el propio Schmitt se refirió a esta idea en términos que pueden dar a entender, incorrectamente, que el poder constituyente es un poder normativo temporalmente ilimitado, disponible dentro de los ordenamientos jurídicos para ser ejercido siempre y en cualquier momento¹⁶. De hecho, muchos autores influenciados por Schmitt parecen haber entrado en la posible confusión, sosteniendo, por ejemplo, que el poder constituyente «perdura siempre, aun a través del orden jurídico por él constituido; que podrá en todo momento modificar sustancialmente, cuando así lo quiera»¹⁷.

Sin embargo, esta idea –fruto de la confusión entre las perspectivas de análisis aquí expuestas– es absolutamente rechazable¹⁸. El poder constituyente, (mal)entendido como un poder normativo potencialmente ilimitado dentro de un determinado ordenamiento jurídico, no es concebible; o, al menos, no es concebible en los ordenamientos jurídicos caracterizados por incluir el ideal regulativo del Estado de Derecho, lo que se traduce en la formulación de enunciados constitucionales que reconocen la soberanía siempre que se la ejerza en las formas y con los límites determinados por la constitución¹⁹. Acorde con lo anterior, todo poder dentro de un Estado de Derecho se encuentra jurídicamente limitado; por tanto, la existencia y permanencia de una autoridad soberana, no sometida al derecho (*legibus solutus*), está fuera de toda posibilidad dentro de este marco conceptual²⁰.

Por lo demás, dado que los eventos concretos que determinan la efectiva realización del poder constituyente –visto desde la perspectiva *ex post*– son hechos que existen en específicas coordenadas de tiempo y espacio (*infra*, sección 2.2), no tiene sentido referirse a aquellos como si fueran una clase de entidades atemporales. Ocurridos ya estos hechos, desaparece el poder constituyente: «una vez ejercido, deja de existir, al menos en relación con el ordenamiento constituido por las normas constitucionales sobre la producción dictadas mediante su ejercicio» (Ferrajoli, 2007, p. 854)²¹. En otras palabras, y como señala Riccardo Guastini, el poder constituyente –como fenómeno de producción normativa– «no sobrevive al nacimiento de la (primera) constitución, sino que desaparece en ella y con ella» (Guastini, 2011, p.

¹⁶ Así, Schmitt expresaba que el nacimiento de una constitución «no puede agotar, absorber ni consumir el Poder constituyente», y que «no por ello se encuentra acabado ni desaparecido» (Schmitt, 1996, p. 94). Véase, también, Schmitt (1996, p. 108).

¹⁷ Recasén Siches (1931, p. 69). Véase también Sánchez Viamonte (1957, p. 576), donde se sostiene que, una vez dictada la constitución, el poder constituyente «entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento». Estas ideas han permanecido hasta hoy en cierto sector de la doctrina constitucional; véase, por ejemplo, Criado de Diego (2014, p. 133); Martínez Dalmau (2014, p. 102).

¹⁸ Véase, en este sentido, Ferrajoli (2007, p. 854); Zagrebelsky (2008, pp. 149-150).

¹⁹ Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Italia (art. 1) y de Portugal (art. 3.1). Esto implica que la soberanía que se reconoce en dichas constituciones no equivale a un poder *desnudo* sino, por el contrario, a un poder vinculado a formas y límites constitucionales (Zagrebelsky, 2008, p. 149). En el caso de la *Ley Fundamental de Bonn*, la alusión al poder constituyente del «pueblo alemán», en clave de soberanía, se puede explicar simplemente como una apelación histórica al fundamento político de la carta constitucional (que por ello mismo consta en el Preámbulo) y no plausiblemente como otra cosa.

²⁰ Además de razones de orden conceptual, existen también razones de orden ideológico por las cuales *no se debería* concebir un poder constituyente permanente como poder normativo dentro de un ordenamiento jurídico; véase, al respecto, Angiolini (1995, p. 67); Zagrebelsky (2008, pp. 145-149). Una diversa confusión, relacionada con este mismo punto, es la que se advierte en la incorrecta identificación del poder constituyente (como fenómeno normativo) en los procesos «constituyentes» constitucionalmente previstos y regulados; para un análisis crítico que desemboca en el rechazo de dicha identificación, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 163-173).

²¹ En el mismo sentido, véase Zagrebelsky (2008, p. 145).

172)²²; el poder constituyente en este preciso contexto es «un caso cerrado, un poder extinto [...] disuelto radicalmente y sin residuos en los poderes constituidos que ocupan todo el espacio jurídico» (Dogliani, 1995, p. 13).

Claro está, lo anterior no elimina la posibilidad de una subsiguiente manifestación del poder constituyente como fenómeno normativo; pero dicha posibilidad necesariamente ha de referirse a nuevos sucesos o acontecimientos desde otras coordenadas temporales. En síntesis, y para decirlo en términos de Guastini, no es que se trate del mismo poder que ha «despertado del letargo», sino simplemente de un *nuevo* poder constituyente (Guastini, 2011, pp. 172-173 [8]).

Como se puede advertir, la idea de la permanencia del poder constituyente carece de sentido si se lo considera como un fenómeno normativo (desde una perspectiva *ex post*). Sin embargo, todavía tiene sentido sostener que aquello que sobrevive a la producción originaria de una constitución es la soberanía como potencia reivindicable (o, lo que es lo mismo, el poder constituyente visto desde una perspectiva *ex ante*). Esto último, se insiste, solo puede ser entendido en un sentido político: como una alternativa de cambio constitucional siempre presente en las discusiones políticas (Dogliani, 1995, p. 13), al modo de «algo que es empíricamente posible que tenga lugar en la realidad externa bajo ciertas circunstancias» (Laporta, 2007, p. 72)²³. Dicho de otro modo, el uso del término «soberanía» –o, si se prefiere, el uso de la expresión «poder constituyente» como sinónimo de «potencia»– no nos informa de ningún evento que suceda ahora o vaya a suceder, sino simplemente de la posibilidad de que ciertos eventos puedan ocurrir bajo determinadas condiciones (Rees, 1956, p. 75)²⁴.

Este, me parece, es el único sentido plausible en que cabe hablar de la permanencia del poder constituyente: solo si, de modo anterior –*ex ante*– y de manera totalmente independiente a la ocurrencia concreta de determinadas circunstancias, se hace referencia a la capacidad o potencia que se atribuye a ciertos sujetos a quienes se considera titulares de la soberanía.

En todo caso, corresponde ahora abordar la segunda perspectiva de análisis del poder constituyente.

1.2. Perspectiva *ex post*: el poder constituyente como fenómeno normativo

Como se había dicho al inicio, si es analizado desde una perspectiva *ex post*, el poder constituyente pasa a ser objeto de estudio como un fenómeno de producción normativa. En efecto, ya sea en la teoría constitucional o en la teoría general del derecho, existen numerosos trabajos que dan cuenta de este fenómeno desde el punto de vista de las consecuencias relevantes para los ordenamientos jurídicos. Es en este sentido específico que se leen definiciones tales como las siguientes:

- Es el poder «último», «supremo» y «originario» de un ordenamiento jurídico (Bobbio, 1960, p. 52);

²² Evidentemente, si el poder constituyente (desde la perspectiva *ex post*) es simplemente una manifestación de determinados hechos, referirse a su «sobrevivencia» o «desaparición» es algo que solo puede tomarse en un sentido metafórico.

²³ Como se verá más adelante, Laporta es escéptico respecto de la ontología de entidades como la soberanía o el poder constituyente.

²⁴ Citado en Laporta (2007, p. 79).

- Es el poder por el que todo ordenamiento originario es (ha sido) constituido (Ferrajoli, 2007, p. 854); o,

- Es el poder que, sin ser «constituido», es decir, sin estar previsto ni regulado por normas positivas vigentes, instaura de forma ilegal –o, en cualquier caso, no-legal– una «primera constitución»: una constitución que no puede encontrar el fundamento de su validez en una constitución precedente (Guastini, 2011, pp. 171-173).

Pues bien, aunque puedan encontrarse algunas diferencias entre las diversas definiciones de estos y tantos otros autores, la perspectiva de análisis que se asume al estudiar el poder constituyente como fenómeno normativo es siempre la misma: la perspectiva *ex post*, correspondiente a una situación que ha sido concretamente actuada y no a una situación meramente actuable (Ferrajoli, 2007, p. 851)²⁵. Se asume, pues, que el poder constituyente en este contexto es siempre un poder concretamente manifestado; en efecto, se lo considera como tal «solo si es considerado *a posteriori*», o sea, en virtud de los hechos que producen la constitución del ordenamiento (Ferrajoli, 2007, p. 854). Dicho de otro modo, su peculiaridad consiste precisamente en que «solo es constituyente en cuanto, y solo en cuanto, sea de hecho ejercido» (Ferrajoli, 2007, p. 851). Por tanto, antes de esa manifestación efectiva no puede existir propiamente un poder constituyente como fenómeno normativo; lo que existirá, a lo sumo, es la atribución de una potencia o capacidad al soberano (como se explicó en la sección 1.1).

Ahora bien, una vez que los hechos que conforman el poder constituyente han ocurrido y han desencadenado sus respectivas consecuencias, forman parte ya del pasado; por ello, desde esta perspectiva *ex post*, resulta más apropiado decir que ha habido una manifestación del poder constituyente en virtud del cual un nuevo orden jurídico ha sido constituido (Ferrajoli, 2007, p. 854). En este punto es relevante recordar una precisión introducida por Genaro Carrión, quien sostenía que los enunciados que afirman que algo ha sido una manifestación del poder constituyente «sólo pueden referirse al pasado» (Carrión, 1973, p. 52)²⁶; por consiguiente, «identificar ejercicios de poder constituyente es posible solo en retrospectiva» (Tushnet, 2015, p. 647).

De lo anterior se sigue que, de acuerdo con esta perspectiva de análisis, subyace una comprensión del poder constituyente como un fenómeno normativo que exige la necesaria concreción de ciertos sucesos o eventos de un modo empíricamente verificable. Evidentemente, esto contrasta con la perspectiva de análisis *ex ante* del poder constituyente, en la que simplemente se postula la atribución de una potencia o capacidad a un soberano. Sin embargo, no separar adecuadamente estas perspectivas de análisis arroja, nuevamente, otro malentendido que puede advertirse en la literatura relevante. Veamos en qué consiste.

1.2.1. El malentendido de la «ausencia» del poder constituyente

Si *ex ante* aún no ha aparecido y *ex post* ya ha desaparecido, parece obvio concluir que el poder constituyente existe «solo en el momento constituyente» (Ferrajoli, 2007, p. 854). A esta precariedad se refería Juan Donoso Cortés en 1837 con peculiar lirismo: el poder constituyente «si aparece alguna vez, aparece como el rayo que

²⁵ *Actuable*, según la definición del mismo autor citado, es la situación que puede ser actuada (o realizada) a través de un acto (Ferrajoli, 2007, pp. 321-322). Situación, por su parte, es toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico (*Ibid.*, p. 301).

²⁶ En similar sentido, véase Pace (1997, p. 124).

rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue» (Donoso Cortés, 1984, p. 72). En este punto, sin embargo, algunos autores han cuestionado por qué seguir atribuyendo la creación de un nuevo orden constitucional al poder constituyente: un poder que solo puede ser identificado cuando ya no existe. De ahí que existan algunas críticas dirigidas contra la idea misma de un poder constituyente, al que se califica como una entidad ausente o «invisible».

Así, por ejemplo, bajo el entendido de que «los soberanos se manifiestan sólo en los eventos históricos que producen», Francisco J. Laporta sugiere que las ideas acerca de la soberanía o del poder constituyente podrían ser simplemente el fruto de una fabulación acerca de «seres o poderes imaginarios sin ninguna justificación ni fundamento» (Laporta, 2007, p. 79). Laporta, además, sostiene que las propiedades que se atribuyen a los poderes que llamamos «soberano», «poder constituyente» o «autoridad suprema» son siempre disposicionales: «nunca podemos describirlos con sus propiedades actuales porque esas propiedades parecen estar tras un velo de misterio y silencio»²⁷. Para ahondar en su crítica, Laporta compara la noción de poder constituyente con la idea de Dios²⁸; a estos efectos, se refiere en los siguientes términos:

[...] con Dios acaece lo mismo que con el poder soberano: nadie lo ha visto ni se sabe nada de él. Tanto Dios como el soberano permanecen siempre en silencio. Y la tentación constante es entonces comenzar a atribuirles acciones o acontecimientos como si se tratara de importantes indicios de su existencia: el origen de una nueva constitución, el éxito de una revolución popular, la instauración de un sistema político mediante un golpe de Estado, el nacimiento de una nueva comunidad a partir de una secesión, etc. Y como en realidad solamente tenemos ante nosotros esos actos o eventos históricos lo que tendemos a hacer es fabular un ente que los haya causado, llámesele Dios o poder supremo [...] Es decir, se atribuyen a un presunto ser unas ciertas propiedades porque en la realidad histórica ha sucedido algo y pensamos de un modo ingenuo y falaz que sólo podemos explicar eso que sucedió apelando a un ser anterior que funciona como causa de esos sucesos (Laporta, 2007, p. 78).

En mi opinión, esta crítica es algo exagerada y, sobre todo, parece ser el fruto de no separar adecuadamente las dos perspectivas de análisis aquí expuestas. En efecto, puede aceptarse que el concepto de «poder constituyente» haya estado históricamente impregnado de sedimentos «mitológicos» –por así decirlo–, pero esto tiene que ver más con la atribución de propiedades o capacidades al poder constituyente como potencia (perspectiva *ex ante*): precisamente por ello la crítica se refiere, en el mismo plano, tanto al soberano como al poder constituyente. Sin embargo, cuando Laporta conjectura que, si descartamos a «seres o poderes imaginarios» como autores de los eventos que supuestamente producen, «a lo peor lo único que existe son esos eventos» (Laporta, 2007, p. 79), se podría responder: justamente, lo único que existe son esos eventos y el conjunto de esos eventos es el poder constituyente entendido como fenómeno normativo (perspectiva *ex post*).

De este modo, aislando cualquier posible consideración relativa a la existencia de una sustancia inventada o de un ser imaginario, se puede estipular una definición

²⁷ *Ibidem*. Refiriéndose precisamente al sentido de soberanía como propiedad disposicional, el mismo autor citado critica a Carl Schmitt por fabular «una suerte de potencia metafísica de naturaleza prenormativa» al caracterizar la condición de «soberano» en un sentido normativo (Laporta, 2007, p. 72).

²⁸ La misma comparación (aunque con otros propósitos) la hizo de forma pionera Carl Schmitt, al afirmar que la idea de un legislador soberano o todopoderoso proviene de la idea de un Dios omnipotente (Schmitt, 2009, p. 37). Posteriormente, Schmitt mostró que, según la concepción medieval, solo *Dios* tiene una *potestas constituens*: el poder constituyente de Dios (Schmitt, 1996, p. 95). En un ámbito más próximo, las manifiestas analogías entre el concepto de «poder constituyente originario» y el concepto de *Dios* (o «Naturaleza») elaborado por Spinoza, son analizadas en Carrió (1973, pp. 44-46).

del concepto de «poder constituyente» como fenómeno de producción normativa que designa –no ya un ente misterioso al que se atribuyen ciertos eventos, sino– la manifestación efectiva de unos determinados hechos. Entendido de esta manera, el poder constituyente no tiene nada de mítico ni de misterioso pues, precisamente, solo se puede saber de su existencia mediante la verificación y reconstrucción de un conjunto de determinados hechos sociales complejos que efectivamente han ocurrido dentro de unas ciertas coordenadas de tiempo y espacio²⁹. Y con ello, no puede decirse ya que «nadie lo ha visto ni se sabe nada de él».

2. Una definición de «poder constituyente» como fenómeno normativo jurídico

Sobre la base de lo antes dicho, y asumiendo exclusivamente una perspectiva de análisis *ex post*, puede estipularse la siguiente (re)definición del concepto de «poder constituyente»:

«Poder constituyente»: manifestación efectiva de «hechos normativos originarios», esto es, de un conjunto de hechos normativos complejos que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, han llegado a producir nuevas normas –normas originarias– cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad de un orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico³⁰.

Como es evidente, esta definición requiere de varias clarificaciones respecto del sentido de los términos y expresiones utilizados, así como de las ideas implicadas; y, sobre todo, exige un ulterior desarrollo en torno a los elementos que la componen. Las siguientes subsecciones están dedicadas a estos propósitos.

2.1. Aclaraciones para un modelo de comprensión del poder constituyente

El modelo de comprensión del poder constituyente, que se sintetiza en la definición antes ofrecida, exhibe una doble caracterización de este fenómeno: como «poder de hecho» desde el punto de vista de su manifestación; y como «poder jurídico» desde el punto de vista de los resultados que produce³¹.

Desde el punto de vista de su manifestación, parece indiscutible que el poder constituyente es un poder fáctico o de hecho³². No puede tratarse de un poder jurídico-positivo, dado que no es producto de ningún acto jurídico que lo haya puesto (Ferrajoli, 2007, p. 851); y es que, si existieran normas jurídicas que lo confiriesen, por definición ya no se trataría de un poder «constituyente» sino de un poder «constituido»³³. Por consiguiente, tampoco se trata de un poder regulado, al no ser una norma ni una situación predispuesta por una norma; se trata, más bien, de un poder desregulado (Ferrajoli, 2007, p. 851)³⁴. De todo esto se sigue que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, no podría ser encuadrado

²⁹ En sentido amplio, pues, puede decirse que el poder constituyente es simplemente «el hecho por el cual la (primera) constitución nace» (Guastini, 2011, p. 172).

³⁰ Esta definición se inspira y toma parcialmente algunos elementos de Guastini (2011, p. 130).

³¹ No está de más aclarar que estos dos puntos de vista (el de la *manifestación* y el de los *resultados*) se circunscriben por igual dentro de una perspectiva de análisis *ex post* del poder constituyente.

³² Véase, en este sentido, De Vega (1985, p. 65); Pace (1997, pp. VIII, 116, 125); Ferrajoli (2007, p. 947 [7]) y Guastini (2011, pp. 124, 172, 378).

³³ Pace (1997, pp. VIII, 111); Ferrajoli (2007, p. 290); Guastini (2011, p. 173). Por ello mismo, «una norma que confiriera poder constituyente, simplemente, no puede existir: es una noción auto-contradicторia» (Guastini, 1996, p. 315).

³⁴ Adviértase que, en este punto, nuevamente puede surgir la confusión referida en la nota n. 20 de este trabajo: la incorrecta identificación del poder constituyente (como fenómeno normativo) en los procesos «constituyentes» constitucionalmente previstos y regulados.

o definido como una competencia jurídica o como un poder de derecho (De Vega, 1985, p. 65)³⁵; es más, carecería de sentido usar la locución «poder constituyente» para designar una competencia jurídica inicial u originaria ya que, como lo mostró Genaro Carrión en su día, usar el concepto jurídico de «competencia» en contextos preinstitucionales supone una transgresión a los límites externos del lenguaje normativo (Carrión, 1973, pp. 43-57)³⁶.

Lo anterior puede ser confirmado analizando las relaciones entre el poder constituyente –desde el punto de vista de su manifestación– y el orden jurídico interrumpido en su continuidad³⁷: el poder constituyente no podría ser un poder constituido –previsto o regulado– por las normas jurídicas de ese orden, ni tampoco podría ser un poder cuyo ejercicio haya sido legal (sino más bien ilegal o no-legal).

Luego, desde el punto de vista de su manifestación, el poder constituyente puede ser concebido como un poder de hecho. El significado de «poder», en este contexto, no es más que una forma simplificada de decir «plena realización» o «acaecimiento efectivo»; el significado de «de hecho», por su parte, remite evidentemente a la idea opuesta de un poder jurídico: una manifestación no jurídica sino fáctica³⁸. Con esto solo se quiere decir que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, es la plena realización o el acaecimiento efectivo de ciertos hechos característicos a los que podría denominarse «hechos normativos», en la específica acepción –señalada por Norberto Bobbio– de hechos no calificados de producción jurídica: aquellos hechos que, sin estar calificados por una norma de derecho, se caracterizan por producir normas jurídicas como resultado (Bobbio, 1994, p. 50). A la expresión «hechos normativos» se agrega el adjetivo «originarios» («hechos normativos originarios»³⁹) a efectos de especificar el contexto en que se producen aquellos hechos –la instauración de normas que da origen a un nuevo orden jurídico–, habida cuenta de que los llamados hechos normativos también pueden advertirse en otro tipo de situaciones bastante distintas⁴⁰.

Pasemos ahora al punto de vista de los resultados o consecuencias de la manifestación efectiva del poder constituyente. Aquí no basta con concebir al poder

³⁵ Con todo, en la literatura pertinente existen varias concepciones del poder constituyente como poder jurídico; para un análisis crítico de tres de las concepciones más visibles en este sentido, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 63-78).

³⁶ Carrión, siguiendo varias ideas prestadas de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y expuestas por David Pears, entendía por límites externos del lenguaje a aquellos que «excluyen» o «dejan afuera» la aplicación de un conjunto de reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo, por fallas en los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones (Carrión, 1973, pp. 26, 61-63). En el caso concreto, la presuposición defectuosa señalada por Carrión consiste en asumir la posibilidad de una competencia jurídica sin reglas que la constituyan (base sobre la cual se hablaría del poder constituyente como una competencia jurídica originaria).

³⁷ La definición de «orden jurídico» que se ha adoptado en este trabajo consiste en una secuencia de sistemas normativos, es decir, una secuencia de conjuntos de normas relacionados por los mismos criterios de identificación (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 397). La noción de «sistema jurídico», por otra parte, implica que cada vez que una nueva norma jurídica es creada, o cada vez que una norma es derogada, se obtiene «un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario» (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 396).

³⁸ Ciertamente, sería mucho más sencillo decir que el poder constituyente (desde este punto de vista) designa una manifestación efectiva de hechos, sin recurrir a la posiblemente equívoca noción de «poder de hecho». Sin embargo, esta noción se encuentra bastante arraigada en la literatura correspondiente: es el recurso que normalmente se utiliza para explicar en qué sentido el poder constituyente es, ante todo, un «poder». Por tanto, parece inevitable traer a colación la noción de «poder de hecho», aclarando, por supuesto, el sentido en que puede ser comprendida plausiblemente tal expresión.

³⁹ La expresión fue usada originalmente por Vezio Crisafulli, quien se refería a los hechos que instauran nuevas estructuras constitucionales (Crisafulli, 1970, pp. 192-193).

⁴⁰ Básicamente, en situaciones donde surge la «costumbre jurídica» o el «estado de necesidad» (Bobbio, 1994, p. 52).

constituyente como un mero poder «de hecho», pues de este modo no habría cómo explicar satisfactoriamente el origen de la juridicidad de las nuevas normas y del orden normativo resultante de dicha manifestación efectiva⁴¹. El poder constituyente, por tanto, desde este específico punto de vista, puede ser concebido como un «poder jurídico», pero no porque sea calificado por el derecho –no porque esté habilitado por ninguna norma jurídica– sino porque, precisamente por efectos de su manifestación –por la efectividad de los hechos que lo componen–, un orden jurídico anterior es interrumpido en su continuidad y un nuevo orden jurídico surge en su lugar⁴².

Ahora bien, la identificación de estos dos puntos de vista, así como las sendas caracterizaciones a los que conducen, no implica atribuirle al poder constituyente algo así como una «naturaleza híbrida» (así se lo concebía, por ejemplo, en Burdeau (1950, p. 171), ni tampoco implica que su definición arroje «un concepto híbrido, mestizo; un concepto Jekyll-Hyde»⁴³. La razón es simple: las respectivas caracterizaciones del poder constituyente como un poder «de hecho» y como un poder «jurídico» no operan en el mismo plano (de ser así, ello ciertamente supondría una *contradictio in terminis*). Cuando se afirma que el poder constituyente puede ser comprendido como un «poder jurídico» no se quiere decir, en ese contexto, que sea lo *opuesto* a un poder «de hecho»; se quiere decir que es jurídico en el sentido de ser la causa –el «hecho generador»– del derecho que es creado por su manifestación efectiva. Como se puede advertir, en los dos puntos de vista antes expuestos subyacen *dos* significados diversos del término «jurídico» que, una vez identificados y separados, pueden dar lugar a una doble caracterización que no tiene nada de contradicción⁴⁴.

Para comprender esta doble caracterización del poder constituyente es necesario, además, tener en cuenta la distinción entre cuestiones lógicas y cuestiones cronológicas⁴⁵. La identificación del poder «de hecho» en que consiste el poder constituyente –desde el punto de vista de su manifestación– es una cuestión cronológica, lo que equivale a decir que es una cuestión empíricamente verificable que tiene como objeto a ciertos hechos sociales que efectivamente han ocurrido

⁴¹ Una solución diversa es propuesta en Guastini (2011, p. 125): «Las normas originarias [...] pertenecen al ordenamiento porque lo “definen” –determinan sus confines– y, por supuesto, en la medida en que sean efectivas». La juridicidad de las normas originarias, pues, se asumiría como un presupuesto axiomático: dichas normas existirían jurídicamente *por definición* y no por ser el fruto de ningún poder. En este mismo sentido, véase Bulygin (2015, p. 248). Cfr. Rodríguez (2016, p. 114), donde se argumenta que, si las normas originarias existen *por definición*, entonces debe haber una regla definitoria presupuesta que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma «válida» (en el sentido de perteneciente o existente jurídicamente).

⁴² En una línea de razonamiento similar, Ferrajoli señala que el «acto constituyente» puede ser visto como un «hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico [...] desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido»; pero también como un «acto jurídico instituyente y normativo [...] desde el punto de vista del ordenamiento constituido» (Ferrajoli, 2007, p. 856, cursivas añadidas). Por ello mismo, el citado autor considera que el poder constituyente, si es considerado *a posteriori* –o sea, por causa del acto del que es ejercicio y mediante el que se produce la constitución del ordenamiento–, «es una situación jurídica», lo que equivale a reconocer su existencia «como poder jurídico constituyente» (Ferrajoli, 2007, p. 854, cursivas en el original). Véase también Atria (2013, p. 27); Atria (2020, p. 54).

⁴³ Que es lo que Genaro Carrió le criticaba a Georges Burdeau en torno a su concepción del poder constituyente (Carrió, 1973, p. 50).

⁴⁴ En este sentido, cabe aludir a una idea ya presente en Cattaneo (1960, pp. 63-64). Para este autor, el predicado «jurídico» tiene al menos dos significados: un significado más técnico y restringido, referente al *interno* de un ordenamiento jurídico, y que indica una calificación efectuada por una norma jurídica que produce determinados efectos dentro del ordenamiento (como sucede, por ejemplo, cuando se habla de «acto jurídico», «hecho jurídico» o «institución jurídica»); y otro significado más amplio, y con referencia *externa* al ordenamiento jurídico, que indica atinencia al derecho (como ocurre, por caso, con los vocablos «lenguaje jurídico» o «ciencia jurídica»).

⁴⁵ Hemos desarrollado esta distinción, en relación con el concepto de poder constituyente, en Baquerizo Minuche y Rapetti, 2021 (pp. 72-73).

dentro de un tiempo y un espacio⁴⁶. En cambio, la categorización del poder constituyente como «poder jurídico» –desde el punto de vista de sus resultados– es una cuestión lógica: es la única manera en que se puede mostrar con sentido o hacer inteligible que, luego de un intervalo temporal indeterminado, ha surgido un nuevo orden jurídico. Dado que, en este modelo propuesto, la existencia jurídica de las normas originarias no se presupone, sino que se atribuye como un resultado o producto de la manifestación del poder constituyente, este efecto solo se podría identificar si necesariamente se concibe a dicho poder, en este contexto, como un poder «jurídico».

Como se puede intuir, está implícito en este modelo una asunción conceptual según la cual toda norma jurídica es producida a partir de una fuente asimismo jurídica⁴⁷, de modo que no es concebible la existencia de normas jurídicas provenientes de fuentes no-jurídicas⁴⁸. Por consiguiente, considerar dentro de un análisis retrospectivo que el poder que constituyó al ordenamiento del Estado X era un poder jurídico, es lo que permite afirmar con sentido que, en efecto, X cuenta con un ordenamiento jurídico (entendido *qua* fenómeno normativo); y ello con independencia de que, al momento de la manifestación de los hechos relevantes, se haya considerado –o no– la existencia de un proceso «constituyente»⁴⁹.

Finalmente, la caracterización del poder constituyente como un poder jurídico –desde el punto de vista de los resultados producidos– no equivale, de ningún modo, a asimilarlo con una competencia jurídica disponible dentro del nuevo ordenamiento jurídico creado; ni tampoco supone imaginar alguna norma anterior que le haya concedido ese carácter jurídico. Lo primero, porque no cabe hablar de la permanencia del poder constituyente una vez que se evidencian sus resultados (*supra*, 1.1.1.). Y lo segundo, porque esta caracterización no altera la tradicional concepción del poder constituyente como un poder «último» que da cuenta del origen de los órdenes jurídicos sin echar mano de ningún otro recurso. El poder constituyente, así entendido, no es el fundamento de legitimidad ni el fundamento de validez, sino el fundamento último de la existencia jurídica de las normas que originan un nuevo ordenamiento;

⁴⁶ Y ello sin perjuicio de que no pueda señalarse con exactitud un momento específico en el que quede marcado que se manifestó el poder constituyente. Esto solo se puede predicar con sentido cuando ya es notorio que una comunidad posee un nuevo orden jurídico cabalmente establecido. Pero entre este punto y la anterior fase jurídica en la vida de una comunidad hay una zona de penumbra gestacional que es inútil, por imposible, pretender ajustar a fechas ciertas. Véase, en este sentido, Hart (1961, p. 118). Véase, también, Valentini (2023, § 2), donde se expresa que el poder constituyente «toma forma mediante una secuencia procedural de hechos y fases constituyentes» que revelan su característica «continuidad temporal».

⁴⁷ Véase Kelsen (1982, p. 243); Ferrajoli (2007, p. 415).

⁴⁸ Aunque varios autores aluden a la noción de fuentes *extra ordinem* (véase, por ejemplo, Crisafulli, 1970, pp. 192-194; Pizzorusso, 1977, pp. 156-162), el rasgo extrajurídico solo se advierte desde el punto de vista de su *manifestación*. En cambio, desde el punto de vista de sus *resultados* –que es la única perspectiva a partir de la cual se puede concebir a los hechos relevantes como ocupando la función de *fuente* de producción del derecho– ya no cabe hablar de su carácter *extra ordinem*. Como señalaba Alf Ross, «[t]odo derecho surge de manera sistemática, pues, como hemos constatado, no es posible identificar nada como derecho en oposición al sistema o fuera del mismo. Por ello, en sentido estricto un derecho surgido extrasistémicamente supone una *contradiccio in adjecto*» (Ross, 2007, p. 380). Se podría replicar e insistir en que los hechos comprendidos dentro de las fuentes *extra ordinem* sí que logran, *de facto*, crear normas jurídicas sin respetar los criterios de existencia propios del ordenamiento vigente; pero, de nuevo, para poder hablar de la existencia *jurídica* de esas normas, hay que presuponer «que el sistema que permite identificar como derecho el así surgido no equivale al anteriormente supuesto» (Ross, 2007, p. 380) o, lo que es lo mismo, que ha surgido un *nuevo* sistema con distintos criterios de existencia jurídica. Desde esta perspectiva, ciertamente es un contrasentido hablar de fuentes *extra ordinem*.

⁴⁹ Véase, en este mismo sentido, Patberg (2016, p. 637): «De acuerdo con algunas concepciones, el poder constituyente no es nada más que una asunción hipotética o una construcción social que es generada cuando las comunidades políticas *retrospectivamente* se adscriben a sí mismas momentos constitucionales» (cursivas en el texto original).

acudir al concepto de «poder constituyente» es lo que posibilita contestar la pregunta acerca de cuál es el fundamento externo, fundante y no fundado, del derecho mismo (Ferrajoli, 2007, p. 850).

2.2. Condiciones necesarias y suficientes para la instanciación del concepto

Queda todavía por dilucidar cuál es el contenido del poder constituyente como fenómeno de producción normativa. Para estos efectos, las propiedades del concepto de «poder constituyente» serán expresadas al modo de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes. Esto significa que, para que un determinado evento pueda contar como instancia de dicho concepto, deben concurrir cada una de las siguientes condiciones:

- a) Intervención de un sujeto constituyente;
- b) Producción de normas originarias;
- c) Efectividad de los hechos normativos originarios; y,
- d) Surgimiento de un nuevo orden jurídico.

Pues bien, los «hechos normativos originarios» que se han venido mencionando en este trabajo –especialmente en la definición ofrecida *supra*, sección 2– se identifican propiamente dentro de la condición b). La condición a), en cambio, es el presupuesto subjetivo para la realización de la anterior condición, mientras que las condiciones c) y d) tienen que ver con la efectividad y sus consecuencias. Todas estas condiciones están íntimamente relacionadas y, salvo para una exposición didáctica, no pueden entenderse de modo separado. En lo que sigue, trataré de efectuar una breve síntesis de cada una de estas condiciones⁵⁰.

2.2.1. Intervención de un sujeto constituyente⁵¹

La condición a) opera como presupuesto de los «hechos normativos originarios»; se presupone que estos hechos, al producir normas como resultado, solo podrían haber sucedido si alguien intervino en la formulación de dichas normas. Esta presuposición funciona únicamente como un recurso dentro de la reconstrucción de los hechos que se asocian al poder constituyente; es decir, «únicamente permite explicar el origen de un orden jurídico» pero no así la idea de autoridad dentro de un orden jurídico (Pérez Triviño, 1998, p. 142).

En todo caso, dado que el contexto de referencia es originario, es usual que en la literatura de la materia ese alguien sea denominado «soberano₀» (Garzón Valdés, 1983, pp. 175-178) o «autoridad preinstitucional suprema» (Pérez Triviño, 1998, pp. 93-100). No obstante, por motivos de claridad y simplicidad, y siguiendo un uso extendido en la literatura, utilizaré aquí la locución «sujeto constituyente»⁵².

Como se puede advertir, dentro del propio concepto de «poder constituyente» está presupuestado el concepto de «sujeto constituyente»; en este sentido, existe una relación conceptual –y, por tanto, necesaria– entre ambos conceptos: la existencia de al menos un sujeto constituyente es el presupuesto subjetivo de los hechos que, manifestados efectivamente, se interpretan en conjunto como una instancia de «poder constituyente».

⁵⁰ Para un desarrollo pormenorizado de estas condiciones, véase Baquerizo Minuche (2021a, cap. II).

⁵¹ Sobre esta primera condición puede verse un análisis profundizado en Baquerizo Minuche (2022).

⁵² Véase, por todos, Ferrajoli (2007, pp. 365 y ss).

Ahora bien, varias características pueden ser predicadas de los sujetos constituyentes; sin embargo, a efectos de determinar las características indispensables que constituyen la intención o designación del concepto de «sujeto constituyente», se pueden identificar tres propiedades definitorias:

- i) Su propia condición «constituyente» y «no constituida» (de la que se deriva, tautológicamente, que dicho sujeto no puede consistir en un órgano o una institución ya constituida dentro del ordenamiento de referencia);
- ii) La no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos (que opera en el plano conceptual –no empírico– y que es una implicación de su propio rasgo «no constituido»)⁵³; y,
- iii) La auto-atribución de una competencia normativa originaria (entendida como la capacidad o aptitud para haber dictado normas a pesar de la ausencia de habilitación jurídica)⁵⁴.

Este presupuesto subjetivo, dentro del modelo de comprensión ofrecido en este trabajo, no está ideológicamente comprometido: no incluye ninguna propiedad que pueda indicar quién o quiénes están legitimados para «ejercer» el poder constituyente⁵⁵. Pero, precisamente porque la identificación del sujeto constituyente es políticamente neutral, ello no impide que otro tipo de estudios se ocupen de cuestiones evaluativas, atinentes a la legitimidad de la actuación de los sujetos constituyentes.

2.2.2. Producción de normas originarias

La condición b), por su parte, se identifica propiamente con los «hechos normativos originarios» y conforma uno de los rasgos más destacados del sujeto constituyente: su capacidad para dictar normas⁵⁶. Lo peculiar de las normas dictadas por el sujeto constituyente es que carecen de un fundamento dinámico de validez reconducible a otras normas jurídicas. Esto último se conecta con un aspecto que ha sido tratado frecuentemente dentro de la teoría general del derecho: la postulación de normas «últimas», normas «soberanas» (Von Wright, 1963, pp. 197-201) o normas «independientes» (Caracciolo, 1988, p. 31; Bulygin, 1991b, pp. 262-263) que conforman la base inicial de un sistema normativo originario y, por tanto, de un nuevo

⁵³ Característica que va de suyo, pues, como afirma Riccardo Guastini, una autoridad *de facto* –creadora de derecho, pero no creada por el derecho– «siendo *de facto*, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad jurídica» (Guastini, 2013, p. 207). De ahí que, como se señala en Arato (2017, p. 34) (al describir la concepción tradicional del poder constituyente), el sujeto constituyente usualmente es caracterizado como jurídicamente ilimitado, libre para crear cualquier sistema normativo posible (lógica y empíricamente posible, claro está). Con todo, algunos autores –dedicados a la dogmática constitucional, sobre todo– defienden la existencia de límites jurídicos preexistentes y vinculantes sobre la actividad del poder constituyente; para una crítica de por qué esos supuestos límites no son *jurídicos* (no son límites extraídos de normas de derecho positivo, pertenecientes a algún ordenamiento jurídico específico) o bien no son ni siquiera *límites* (tendientes a impedir o remediar la producción de resultados o estados de cosas), véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 104-107). Con todo, *cfr.* Rábanos (2023, § 4 [19]), donde recientemente se ha delineado la posibilidad de límites internacionales al poder constituyente (en un sentido «fuerte» y en un sentido «débil»).

⁵⁴ Evidentemente, no se trata de un poder «facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas» (Kelsen, 1982, p. 159-160), pues desde esta perspectiva el sujeto constituyente es indudablemente *incompetente*. Sobre la idea de una auto-atribución de la competencia para dictar normas originarias, véase Nino (1985, pp. 50-51, 67); Chiassoni (2017, p. 40).

⁵⁵ En este mismo sentido, véase Ferrajoli (2007, p. 853).

⁵⁶ En todo este trabajo me he referido (y me seguiré refiriendo) a «normas» en sentido amplio o genérico, entendiendo como tales a los enunciados proferidos con la intención de constituir nuevos estados de cosas o de estructurar deónticamente el comportamiento de los destinatarios.

orden jurídico. No obstante, para distinguir a las normas producidas por el sujeto constituyente de otras categorías diversas, aquí se utilizará la denominación «normas originarias»⁵⁷.

Las normas originarias no son simplemente axiomas o postulados de los sistemas jurídicos; son el resultado de la manifestación efectiva de todos los hechos que en su conjunto son comprendidos como el poder constituyente. Esto significa que, de hecho, existen en los ordenamientos jurídicos y pueden ser definidas en términos de un conjunto de propiedades:

- i) Son entidades del lenguaje, esto es, han sido formuladas lingüísticamente por los sujetos constituyentes (lo que implica que, por el solo hecho de su formulación, tienen una existencia fáctica⁵⁸);
- ii) Su existencia implica un estado de cosas «ilegal», en el sentido de que su producción es realizada al margen o en contra de lo dispuesto por las normas sobre la producción jurídica (tanto formales como materiales); por tanto, son inválidas desde la perspectiva del ordenamiento que es abatido o superado, aunque ni válidas ni inválidas desde la perspectiva del nuevo ordenamiento instaurado⁵⁹; y,
- iii) El contenido de las normas originarias está encaminado a alterar aquello que es considerado la «identidad» del orden jurídico preexistente. Ello significa que no cualquier tipo de cambio normativo cuenta como manifestación del poder constituyente⁶⁰, sino solo los cambios que se consideren de tanta transcendencia como para atribuirles la consecuencia del surgimiento de un nuevo orden jurídico⁶¹ (y ello, pese a las dificultades que supone la notoria vaguedad del referido concepto de «identidad»⁶²).

2.2.3. Efectividad de los hechos normativos originarios

La condición c), por su lado, consiste en la efectividad de los hechos que producen como resultado las normas originarias. Esta efectividad es una condición necesaria porque, de no ser así, la reconstrucción de muchos cambios normativos ilegales – según la perspectiva del ordenamiento jurídico preexistente – sería directamente

⁵⁷ Esta es la expresión que prevalentemente utiliza Riccardo Guastini para referirse a aquellas normas que necesariamente existen en todo ordenamiento jurídico y cuya pertenencia «no depende de la (previa) existencia de otras normas» (Guastini, 2011, p. 121). Guastini también integra, como la referencia por antonomasia de las normas originarias, la noción *kelseniana* de «primera constitución»: una constitución no originada conforme a las disposiciones de una constitución anterior, cuya validez «no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica» (Kelsen, 1982, pp. 207-208. Véase, también, Kelsen (1945, p. 115.). Finalmente, el mismo autor especifica que las normas de la primera constitución son el «fruto del ejercicio del poder constituyente» (Guastini, 2011, p. 121).

⁵⁸ Como señala Eugenio Bulygin, hay un sentido de «existencia» de las normas que es independiente de su aceptación, eficacia, pertenencia a un sistema u obligatoriedad. De acuerdo con este criterio, basta que las normas hayan sido formuladas para que tenga «perfecto sentido» decir que existen (Bulygin, 1991a, pp. 509-510). Ahora bien, como se puede intuir, la existencia fáctica de las normas originarias solo podría ser conocida a través de otros hechos (el hecho de su publicidad, al menos). Esto revela que el hecho de la formulación de estas normas y los hechos que apuntan a lograr su efectividad están íntimamente ligados, y solo pueden separarse para fines explicativos.

⁵⁹ Von Wright (1963, p. 199); Guastini (2011, p. 172).

⁶⁰ Cfr. Guastini (2019, p. 170), donde se afirma que toda modificación *extra ordinem* de la constitución – por marginal que fuere – «constituye ejercicio del poder constituyente».

⁶¹ En otras palabras, solo son relevantes los cambios normativos que se consideren como la alteración de una parte fundamental del orden y no como una leve variación relativa a materias triviales o poco importantes (Vilajosana, 1996, p. 50).

⁶² Para un análisis de las diversas posibilidades de identificación de las normas que componen la «identidad» de los órdenes jurídicos, así como de la dificultad para encontrar una respuesta concluyente, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 119-133).

desencaminada. Y es que un cambio normativo ilegal podría ser perfectamente repelido por los cauces institucionales de los que depende el control de la validez de las normas o el control de constitucionalidad de las leyes (instituciones que existen en casi todos los ordenamientos jurídicos)⁶³; e, independientemente de lo anterior, un cambio normativo podría ser sencillamente ineficaz al no alcanzar las consecuencias deseadas⁶⁴. Además, la efectividad de los hechos normativos originarios es una condición necesaria dentro del modelo de comprensión del poder constituyente aquí presentado, porque de ello depende la existencia jurídica de las normas originarias.

Pues bien, el concepto de «efectividad» asumido en este modelo se compone por dos propiedades: la aceptación y la observancia⁶⁵.

Respecto de la aceptación, se tienen en cuenta dos sentidos relevantes: a) «aceptación» como decisión de adoptar ciertas pautas normativas como razones justificativas para la acción (Redondo, 1996, p. 204), predictable de los órganos de aplicación de normas del nuevo sistema que se constituye; y, b) «aceptación» como aprobación de la existencia institucional de las normas, esto es, como mera disposición a obedecer (Redondo y Navarro, 1991, p. 231), predictable de los destinatarios de las normas regulativas dentro de ese mismo sistema.

De otro lado, la observancia requerida para alcanzar la efectividad de los hechos normativos originarios equivale a un grado de cumplimiento o acatamiento generalizado; se requiere que las prescripciones de que se trate sean eficaces, es decir, que no sean infringidas en la mayoría de las ocasiones por una subclase de sujetos normativos relevantes (Navarro, 1990, p. 23). La eficacia en este contexto, según el modelo ofrecido, se mide según un criterio interno y un criterio externo⁶⁶. El criterio interno se asigna a la observancia de las normas prescriptivas que eventualmente han sido formuladas por los sujetos constituyentes como parte de las llamadas «normas originarias», y su eficacia depende únicamente de si se producen o no las conductas exigidas por aquellas. Por otra parte, el criterio externo se asigna a la observancia de las prescripciones derivadas que han sido producidas de conformidad con el nuevo sistema de competencias implementado por las normas originarias. La suma de los dos criterios permite establecer si existe –o no– una observancia general de las normas originarias y de las normas derivadas creadas de conformidad con ellas.

La efectividad de los hechos normativos originarios, como se sostiene, determina la existencia jurídica de las normas originarias. La explicación de por qué ciertos actos de prescribir no autorizados son, en último término, considerados como productores de normas jurídicas, remite a la teoría de los «hechos institucionales» formulada por John Searle (1995, 2010). Recurrir a esta teoría parece plausible,

⁶³ Sostener lo contrario «deformaría seriamente nuestra representación intuitiva del derecho que admite, en muchos casos, a instituciones específicas para resolver problemas de constitucionalidad de las normas» (Moreso y Navarro, 1993, p. 82).

⁶⁴ Baste pensar en los denominados «procesos constituyentes» fallidos, como el ocurrido en Islandia entre 2009 y 2013. Como expresaba Luis Sánchez Agesta, «La mera formulación de un nuevo orden, o el propósito revolucionario de realizarlo que no entre en vías eficaces de cumplimiento, o el intento frustrado de cumplir esa transformación [...] no son suficiente para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente. Es preciso la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo» (Sánchez Agesta, 1943, pp. 340-341).

⁶⁵ H.L.A. Hart expresaba que hay dos «condiciones mínimas», necesarias y suficientes, para la existencia de un caso claro o paradigmático de «sistema jurídico»: por un lado, la obediencia generalizada de las reglas de conducta válidas (según el criterio de validez último del sistema); y, por otro lado, la *aceptación* efectiva de las reglas secundarias (de reconocimiento, de cambio y de adjudicación) por parte de los funcionarios públicos (Hart, 1961, p. 116).

⁶⁶ Sigo aquí algunas ideas desarrolladas por Pablo E. Navarro respecto a los criterios de eficacia de las normas constitucionales (Navarro, 2017).

dadas las evidentes simetrías entre las prácticas de aceptación y seguimiento generalizado de normas –que componen el ingrediente de la efectividad– y las nociones de intencionalidad colectiva, asignación de función y representación lingüística declarativa que, en su conjunto, articulan la mencionada teoría. Lo que se busca es extender esta teoría al ámbito de la creación originaria del derecho, asumiendo que la aceptación y el seguimiento generalizado de las normas originarias pueden ser interpretados como constitutivos de la realidad social, es decir, como productores de hechos institucionales.

La explicación, en síntesis⁶⁷, se centra en la existencia jurídica de las normas originarias como un hecho institucional: las normas originarias cuentan como normas jurídicamente existentes en un cierto contexto debido a un conjunto de creencias y actitudes compartidas dentro de una comunidad, que se mantiene socialmente en la medida en que existe un reconocimiento colectivo o aceptación entre la generalidad de los individuos que la componen. Este hecho institucional, además, permite explicar el salto de lo fáctico a lo normativo⁶⁸ como un fenómeno que se genera a partir de un esquema de asignación de funciones y nuevos estatus con sus respectivos correlatos deonticos y razones para la acción implicadas. Y, en lo principal, es el ingrediente clave para el entendimiento del poder constituyente como poder creador de un nuevo estado de cosas institucional: una nueva «primera constitución» y un nuevo orden jurídico.

2.2.4. Surgimiento de un nuevo orden jurídico

Finalmente, la condición d) consiste en el surgimiento de un nuevo orden jurídico, lo que es una consecuencia lógica –o conceptual– de la anterior condición de efectividad. Se parte de la premisa de que, si las normas originarias llegan a tener existencia jurídica en virtud de su efectividad, entonces –dado el concepto de «normas originarias» asumido en este trabajo– aquellas no podrían pertenecer a ninguno de los sistemas normativos del orden jurídico preexistente; el hecho de carecer de un fundamento dinámico de validez en normas jurídicas anteriores impide que las normas originarias satisfagan los criterios de pertenencia de los sistemas jurídicos⁶⁹. Dado este entramado conceptual, las normas originarias que llegan a existir jurídicamente –por causa del poder constituyente– solo pueden pertenecer a sistemas jurídicos originarios (más precisamente, a su base)⁷⁰. Y los sistemas jurídicos

⁶⁷ Para un desarrollo pormenorizado de la explicación sobre la existencia jurídica como hecho institucional, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 142-155).

⁶⁸ Salto que, por cierto, no supone una infracción a la Ley de Hume. Como hemos argumentado en Baquerizo Minuche y Rapetti (2021, pp. 74-75), al menos en línea de principio (y tal como habitualmente es formulado), este problema no se presenta en el ámbito ontológico sino en el campo de las inferencias. Esto quiere decir que, *prima facie*, se podría afirmar la existencia del abismo entre el ser y el deber ser para efectuar inferencias, pero negarlo a la hora de fundar ontológicamente el plano normativo. Esto último está implicado, por ejemplo, cuando se sostiene que las normas supervienen a los hechos (no-normativos) del mundo o cuando se sostiene, alternativamente, que las normas emergen de los hechos (no-normativos) del mundo, o que están fundadas en los hechos (no-normativos) del mundo, etc. La cuestión, entonces, exige trazar una distinción que se suele olvidar en la literatura sobre el fundamento de los sistemas jurídicos: la distinción entre el sentido ontológico y el sentido normativo de la noción de «fundamento». La Ley de Hume previene que el carácter normativo de un conjunto de normas pueda provenir de simples hechos, pero no excluye que la existencia de ellas, en sentido ontológico, se deba a simples hechos. En suma, si todo lo que quiere decirse en relación con un ordenamiento jurídico es que existe (que existe a partir de la existencia jurídica de sus normas originarias), entonces seguramente la Ley de Hume no constituye un genuino problema. Una diversa línea de argumentación, pero que de todos modos mantiene una afinidad con este punto, puede consultarse en Pino (2023, § 1).

⁶⁹ Esto es, los criterios de legalidad y deducibilidad (Caracciolo, 1988, pp. 57 y ss.; Alchourrón y Bulygin, 2002, p. 66).

⁷⁰ Caracciolo (1988, pp. 68, 70); Bulygin (1991b, pp. 262-263); Moreso y Navarro (1993, p. 82).

originarios, al dar lugar a una nueva secuencia de sistemas normativos, generan por definición un nuevo orden jurídico.

3. A modo de conclusión

En las secciones precedentes se ha analizado el concepto de «poder constituyente» según su tradicional forma de comprensión dentro de la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea y desde una perspectiva *ex post*: como fenómeno de producción normativa. Teniendo en cuenta esta perspectiva, se ha presentado aquí – de manera simplificada – un modelo conceptual que esquematiza una esfera de la realidad particularmente compleja y que, pese a los inevitables problemas de indeterminación⁷¹, me parece que posee la suficiente capacidad explicativa para aplicarlo a casos reales⁷². El análisis realizado ha pretendido tanto la reconstrucción como la depuración conceptual, aunque siempre tomando como objeto de estudio la versión clásica de dicha noción.

Sin embargo, en la actualidad circulan otras concepciones diversas acerca del poder constituyente que se separan de esta versión tradicional o clásica. Algunas de estas proponen un modo de comprensión bastante diverso al que aquí se ha expuesto⁷³; otras, incluso, proponen directamente abandonar el propio concepto de «poder constituyente»⁷⁴. En todo caso, y especialmente debido a las continuas prácticas de producción de nuevas constituciones alrededor del mundo, las discusiones sobre el poder constituyente (su significado, alcances, cauces, etc.) parecen gozar todavía de bastante vitalidad.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). Sobre el concepto de orden jurídico. En Id., *Análisis lógico y derecho* (393-407). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1976).
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2002). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara (Trabajo original publicado en 1979).
- Angiolini, V. (1995). *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*. Cedam.
- Arato, A. (2017). *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge University Press.
- Atria, F. (2013). *La constitución tramposa*. LOM Ediciones.
- Atria, F. (2020). Constituent Moment, Constituted Powers in Chile. *Law and Critique*, 31, 51–58.
- Baquerizo Minuche, J. (2019), ¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 94-108. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4693>.
- Baquerizo Minuche, J. (2021a). *El concepto de ‘poder constituyente’*. Un estudio de teoría analítica del derecho. Marcial Pons.

⁷¹ Véase, sobre este punto, Baquerizo Minuche (2023, pp. 60-61).

⁷² Utilizando este modelo, he analizado en trabajos anteriores el caso de la independencia de Montenegro (Baquerizo Minuche, 2019, pp. 100-107); el caso de la transición de la República de Weimar al Tercer Reich en Alemania (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 204-205); el caso de la transición de la dictadura franquista a la democracia constitucional en España (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 205-209); y el caso de la transición al sistema constitucional post-apartheid en Sudáfrica (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 209-210).

⁷³ Para un análisis crítico de tres tipos de concepciones en este sentido, véase Baquerizo Minuche (2021a: 173-197).

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Bernal Pulido (2018); Verdugo (2023).

- Baquerizo Minuche, J. (2021b). 'Poder Constituyente' y 'Revolución': relación de dos conceptos en clave jurídica. *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, XXI, 2021/1, 175-195.
- Baquerizo Minuche, J. y Rapetti, P. A. (2021c). El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca. En J. Gajardo Falcón y F. Zúñiga Urbina (eds.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes* (43-80). Thomson Reuters.
- Baquerizo Minuche, J. (2022). Sobre el 'sujeto constituyente'. Breve análisis desde la teoría del derecho. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 56, 71-100. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i56.480>.
- Baquerizo Minuche, J. (2023). Una discussione sul concetto di potere costituente. Repliche e riflessioni. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 58-63.
- Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>.
- Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Giappichelli.
- Bobbio, N. (1994). Consuetudine e fatto normativo. En Id., *Contributi ad un dizionario giuridico* (17-57). Giappichelli.
- Bulygin, E. (1991a). Validez y positivismo. En C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (499-519). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1987).
- Bulygin, E. (1991b). Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 257-279. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13>.
- Bulygin, E. (2015). An Antinomy in Kelsen's Theory of Law. En Id., *Essays in Legal Philosophy* (235-251). Oxford University Press (Trabajo original publicado en 1990).
- Burdeau, G. (1950). *Traité de science politique* (tomo IV: *Le statut du pouvoir dans l'État*, 3a. ed., 1983). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Carrió, G. R. (2001 [1973]). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Astrea.
- Chiassoni, P. (2017). Do jurists need pre-conventions? *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33, 37-43. <https://doi.org/10.4000/revus.3603>.
- Colón-Ríos, J. I. (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 18 (3), 365-388.
- Colón-Ríos, J. I. (2012). *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Routledge.
- Colón-Ríos, J. I. (2014). Five conceptions of Constituent Power. *The Law Quarterly Review*, 130, 306-336.
- Colón-Ríos, J. I. (2020). *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press.
- Criado De Diego, M. (2014). Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional contemporáneo. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente* (121-157). Tirant Lo Blanch.
- Crisafulli, V. (1970). *Lezioni di diritto costituzionale* (6ª ed., vol. II (I): *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 1993). Cedam.
- Cristi, R. (1998). Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. En D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (179-195). Duke University Press.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.

- Dogliani, M. (1986). *Potere costituente*. Giappichelli.
- Dogliani, M. (1995). Potere costituente e revisione costituzionale. *Quaderni costituzionali: Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1995 (1), 7-32.
- Donoso Cortés, J. (1984). De la soberanía absoluta y de la soberanía limitada. En Id. *Lecciones de Derecho Político* (61-73). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1837).
- Dyzenhaus, D. (2007). The Politics of the Question of Constituent Power. En M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (129-145). Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1 (Teoria del diritto)*. Laterza.
- Garzón Valdés, E. (1983). Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (157-180). Abeledo Perrot.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2006). *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2014 [2011]). *La sintassi del diritto*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2019). La molteplice identità delle costituzioni. *Analisi e Diritto*, 2/2019, 161-172.
- Hart, H. L. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Kalyvas, A. (2005). Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 12 (2), 223-244. <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- Kelsen, H. (1949 [1945]). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México (Trabajo original publicado en 1960 bajo el título *Reine Rechtslehre*, 2^a ed.).
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lawson, G. (1992). *Politica Sacra et Civilis* (ed. C. Condren). Cambridge University Press (Trabajo original publicado en 1660).
- Loughlin, M. (2007). Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. En M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (27-48). Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2014). The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, 13 (2), 218–237.
- Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente* (67-119). Tirant Lo Blanch.
- Matteucci, N. (1983). Sovranità (voz). En N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (dirs.), *Dizionario di Politica* (1102-1110). UTET.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Navarro, P. E. (1990). *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Navarro, P. E. (2017). *Dinámica y eficacia del derecho. Un análisis conceptual de la obediencia y aplicación del derecho*. Fontamara.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Pace, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi* (2^a ed., 2002). Cedam.

- Patberg, M. (2016). Against democratic intergovernmentalism: The case for a theory of constituent power in the global realm. *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 622-638. <https://doi.org/10.1093/icon/mow040>.
- Pérez Triviño, J. L. (1998). *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos.
- Pino, G. (2023). Una teoría analítica del potere costituente. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 51-57.
- Pizzorusso, A. (2011 [1977]). *Delle Fonti del Diritto* (Art. 1-9). Zanichelli.
- Rábanos, J. (2023). Sul 'soggetto costituente'. Autorità *de facto*, identità costituente e contesto internazionale. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 45-50.
- Recaséns Siches, L. (1931). *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*. Javier Morata Editor.
- Redondo, M. C. y Navarro, P. E. (1991). Aceptación y funcionamiento del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 225-233.
- Redondo, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. (2016). La regla de reconocimiento como convención constitutiva. En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Convencionalismo y Derecho* (pp. 89-117). Marcial Pons.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Trabajo original publicado en 1929 bajo el título *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen*).
- Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- Sánchez Agesta, L. (1951 [1943]). *Lecciones de Derecho Político*. Librería Prieto.
- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial (Trabajo original publicado en 1928 bajo el título *Verfassungslehre*).
- Schmitt, C. (2009). Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía. En Id., *Teología Política* (11-58). Trotta (Trabajo original publicado en 1922 bajo el título *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*).
- Searle, J. R. (1995). *The Construction of Social Reality*. The Free Press.
- Searle, J. R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
- Sieyès, E-J. (1988). ¿Qué es el Estado Llano?. Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1789 bajo el título *Qu'est-ce que le Tiers-État?*).
- Sieyès, E-J. (2007). Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano. En R. Máiz (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución* (241-265). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Trabajo original publicado en 1789).
- Tushnet, M. (2015). Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 639-654.
- Valentini, C. (2023). Potere costituente e fatti normativi. Oltre i miti della permanenza e dell'assenza. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 40-44.
- Verdugo, S. (2023). Is it time to abandon the theory of constituent power? *International Journal of Constitutional Law*, 21 (1), 14-79. <https://doi.org/10.1093/icon/moad033>.

- Vilajosana, J.M. (1996). Towards a material criterion of identity of a legal order. *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27 (1), 45-64.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A logical enquiry*. Routledge & Kegan Paul.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino.

Meritocracia *

Meritocracy

Carmelo Moreno del Río

Universidad del País Vasco

ORCID ID 0000-0003-4002-3787

carmelo.moreno@ehu.eus

Cita recomendada:

Moreno del Río, C. (2023). Meritocracia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 242-261

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7999>

Recibido / received: 20/04/2023

Aceptado / accepted: 03/07/2023

Resumen

El mérito es un atributo cada vez más valorado, de tal forma que la meritocracia se ha convertido en un fuerte dispositivo político válido para ordenar recursos, incentivos y posiciones sociales. Al mismo tiempo, la lógica meritocrática supone un desafío a la idea de una democracia justa, basada en la igualdad no discriminatoria hacia las diferentes personas. Cabe preguntarse si meritocracia y democracia pueden ser poderes complementarios o, por el contrario, obedecen a lógicas incompatibles. El objetivo de este trabajo es analizar la relación entre mérito y una idea de democracia justa. Para ello, el texto está organizado en varias partes. En la primera se analiza en qué consiste el mérito a partir de la obra de David Miller. En la segunda parte se estudian los argumentos de tres tipos de autores teóricos – liberales, comunitaristas e igualitaristas democráticos– que han debatido sobre esta cuestión. El texto concluye con algunas reflexiones sobre cómo sería posible facilitar que la meritocracia pueda subordinarse a los valores democráticos.

Palabras clave

Mérito, meritocracia, libertarismo, liberalismo igualitario, comunitarismo, republicanismo, democracia, justicia distributiva.

Abstract

Desert is an increasingly valued attribute, in such a way that meritocracy has become a strong valid political device to order resources, incentives and social positions. At the same time, meritocratic logic challenges the idea of a fair democracy, based on non-discriminatory equality towards different people. It is worth asking if meritocracy and democracy can be complementary powers or, on the contrary, obey incompatible logics. The objective of this paper is to analyze the relationship between desert and an idea of just democracy. For doing so, this text is organized in several parts. The first one analyzes what desert consists in, based on the work of David Miller. The second part analyzes the arguments of three types of

* Profesor Titular de Teoría Política en la Universidad del País Vasco. Quería agradecer los comentarios de los evaluadores anónimos de este trabajo, así como las discusiones de la primera versión que tuve con varios colegas (Pedro Abellán, Javier Franzé, Rubén García Higuera, Rodrigo Merayo Fernández e Isabel Wences) que me han permitido afinar mejor y mejorar el texto final.

theoretical authors –liberals, communitarians and democratic egalitarians– who have debated this issue. The text concludes with some reflections on how it would be possible to facilitate that meritocracy can be subordinated to democratic values.

Keywords

Desert, meritocracy, libertarianism, egalitarian liberalism, communitarianism, republicanism, democracy, distributive justice.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. El mérito: mito, naturaleza o historia. 3. ¿Cómo definir el mérito? La propuesta de David Miller. 4. Mérito liberal, mérito comunitarista y mérito democrático. 5. Neutralidad del mérito, mercado y democracia. 6. Una reflexión final: ¿democratizar el mérito?

1. Planteamiento

El tema del mérito es hoy un asunto socialmente relevante en la medida que la meritocracia se ha convertido en un modelo aceptable de regulación social. Desde que dicho término apareció en los años cincuenta del siglo pasado, gracias a la novela distópica de Michael Young *The Rise of Meritocracy*, publicada en 1958 (Vélez, 2023, pp. 773-779), su presencia y su legitimidad no han hecho sino crecer en las últimas décadas (Mijs, 2018). Varias publicaciones recientes de cierto impacto académico y social, como *La tiranía del mérito* de Michael Sandel (2020) o, ya en nuestro país, el libro *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista* de César Rendueles (2020), ejemplifican el creciente interés sobre cómo afrontar el tema del mérito a la hora de imaginar una comunidad democrática justa (García Cívico, 2021). El debate tiene implicaciones no sólo en términos teórico-normativos, relativos a la relación entre la idea de mérito y la consecución de la justicia social distributiva, sino también incluso en términos más pragmáticos, relativos a la implementación eficaz de aquello que consideramos digno de merecimiento.

Para un profesor universitario, como es mi caso, el tema del mérito adquiere una relevancia que se orienta hacia múltiples direcciones y ofrece un balance hasta cierto punto contradictorio. Como dice Rendueles, «el sistema educativo ha asumido una carga desmesurada: (...) ha dejado de ser un lugar al que uno acude a tratar de aprender algo, para convertirse en el único mecanismo de justicia social aceptado» (Rendueles, 2020, p. 273). Efectivamente, el sistema educativo es una institución donde se puede reflexionar críticamente y analizar empíricamente temas como el mérito, pero al mismo tiempo el mérito también forma parte de la caja de herramientas con la que aquel sistema desarrolla su labor, que en gran medida consiste en valorar los supuestos méritos de distintas personas: estudiantes bajo la supervisión del profesorado, colegas que evalúan el mérito de los trabajos de investigación de otros colegas previos a su posible publicación, incluso temas más delicados como valorar méritos para la concesión de becas o puestos de trabajo en el ámbito educativo. Generalmente, el mérito es algo que damos por supuesto como si fuera un atributo «de sentido común», algo que podemos regular institucionalmente y al que acudimos de forma poco cuestionada a la hora de establecer nuestros juicios sobre las personas o sobre las acciones sociales. Así, tendemos a pensar como justo que, *ceteris paribus*, una persona con más méritos merece más que otra con menos méritos (por ejemplo, evaluar la experiencia y las habilidades para la concesión de una beca), o una actividad merece más premio que otra porque así estaba dictado por las normas que regulaban tales actividades (por ejemplo, evaluar un examen en base a criterios

previos). Sin embargo, muchas veces olvidamos los problemas que esta decisión comporta y no observamos adecuadamente las perversiones de su uso.

La definición sobre qué es realmente el mérito, cómo se puede medir, quién tiene la potestad para delimitar sus contornos, incluso la discusión sobre la validez de este atributo en comparación con otros, son tareas importantes para saber hasta qué punto el lenguaje de la meritocracia, con su naturaleza clasificatoria y por tanto su tendencia socialmente jerárquica, es compatible con el lenguaje de la democracia, mucho más horizontal en sus presupuestos normativos. En este sentido, siguiendo con el ejemplo del mundo académico, cabe preguntarse hasta qué punto un ámbito como el educativo puede llegar a ser una institución esquizofrénica, porque es un lugar donde es posible criticar los problemas que acarrea la idea del mérito, pero es también uno de los lugares básicos donde el mérito se legitima mediante el uso de dispositivos supuestamente neutros y controlados formalmente con protocolos. Lo cierto es que estos procesos suelen ser poco democráticos porque las personas que evalúan las tareas de otros suelen adoptar una posición privilegiada, amparada en la idea de que son evaluadores que tienen méritos suficientes para evaluar. Al final, los supuestos méritos que una persona A tiene para evaluar los méritos de una persona B son muchas veces un argumento tóxicamente recursivo: quien decide lo que es meritorio es quien tiene méritos para decidirlo. En suma, el objetivo de este texto es mostrar la profunda contraposición que se establece entre el valor sustantivo de la meritocracia y el ideal normativo de la democracia, para a partir de ahí explorar vías que permitan la salvaguarda del ideal democrático sin menoscabo de los posibles efectos positivos que ciertas concepciones del mérito pueden eventualmente proporcionar.

Para ello, el texto está ordenado en cinco partes. En la primera parte se analiza la legitimación que suele utilizarse para valorar la idea de mérito. En líneas generales, el mérito suele verse como un atributo individual que garantiza la asignación eficiente de esfuerzos personales y de posteriores recompensas, facilitando así la movilidad social, en contraposición con las sociedades premodernas, donde la estratificación social recaía en atributos de carácter grupal más que en cualidades personales, impidiendo las expectativas de cambio en el *status* social y, por tanto, haciendo crónicas las desigualdades de origen. Veremos hasta qué punto, esta legitimación histórica es un mito y cuáles son los problemas que esta forma de argumentar ha creado incluso para sus propios defensores.

En la segunda parte analizaremos la propuesta minimalista que, sobre la idea del mérito, ha formulado David Miller para intentar salvaguardar los aspectos positivos del mérito sin caer en un uso inflacionario del término que acabe devaluándolo y desprestigiándolo. Aquí, como veremos, el problema central del mérito es que dicho término funciona socialmente de forma retrospectiva y de forma proyectiva, con dinámicas muy distintas entre sí. En la tercera parte analizaremos los argumentos sobre la idea de mérito que pueden rastrearse en el debate teórico entre autores liberales, comunitaristas e igualitaristas democráticos. Veremos que los dos primeros han sido mucho más propensos, aunque con reticencias, al elogio del mérito, mientras que los últimos han sido mucho más críticos al respecto.

Al hilo de esta discusión, en la cuarta parte analizaremos algunas preguntas específicas, tales como la imposibilidad o no de la neutralidad de la idea del mérito, esto es, ver la idea del mérito como algo socialmente construido, así como la difícil validez de la institución del mercado como lugar donde hacer descansar la legitimidad social del mérito. Finalmente, en la última parte se reflexiona sobre la posibilidad de decidir de forma democrática qué es lo meritorio, en base a criterios sociopolíticos en lugar de criterios de mercado.

2. El mérito: mito, naturaleza o historia

Es importante destacar que la lista de autores que han intentado justificar teóricamente las supuestas bondades de la idea del mérito como un principio válido para establecer sociedades justas en términos distributivos es minoritaria (Feinberg, 1963; Sadurski, 1985; Sher, 1987; Scheffler, 1992; Miller, 1998 y 1999). La gran mayoría de autores han mostrado reticencias, obstáculos, cuando no directamente rechazo explícito al mérito como criterio opuesto a la justicia distributiva (Daniels, 1978; Young, 1990; Sen, 1999; Lee, 2002; Brigati, 2014; Frank, 2016; Litter, 2018; Scanlon, 2018; Markovits, 2019; Rendueles, 2020; Sandel, 2020; Rhode, 2021; Van Platz, 2022). De hecho, numerosos estudios empíricos que analizan el funcionamiento del criterio del mérito en distintos ámbitos sociales, especialmente en el mundo educativo y laboral, muestran su difícil relación con los criterios de justicia y de equidad (Liu, 2011; Van Dijk *et.al.*, 2020; Beach, 2021; Bradbury, 2021; McCrory *et.al.*, 2022). En términos filosófico-teóricos, es posible que las reflexiones del pensador liberal John Rawls, quien en su conocido libro *Teoría de la justicia* mostró enormes dudas sobre el valor del mérito a la hora de concebir una sociedad bien ordenada, hayan sido sin duda una sombra demasiado alargada que ha influido a la hora de ver el mérito como un valor normativamente dudoso en términos de justicia distributiva. Como afirma Rawls en esta famosa cita,

Es incorrecto que los individuos con mayores dones naturales y con el carácter superior que ha hecho posible su desarrollo tengan derecho a un esquema cooperativo que les permita obtener aún más beneficios en formas que no contribuyan al beneficio de los demás. No merecemos el lugar que tenemos en la distribución de dones naturales, como tampoco nuestra posición inicial en la sociedad. Igualmente, es problemático que merezcamos el carácter superior que nos permite hacer el esfuerzo por cultivar nuestras capacidades, ya que tal carácter depende, en buena parte, de condiciones familiares y sociales afortunadas en la niñez, por las cuales nadie puede atribuirse mérito alguno. La noción de mérito no puede aplicarse aquí (Rawls, 1971, p. 101).

Algunos autores han llegado incluso a considerar que las reflexiones de Rawls sobre la idea del mérito resultan un escándalo (Lizárraga, 2019, p. 20) porque cuestiona las visiones puritanas, protestantes y neoliberales actualmente dominantes (Lister, 2002), que utilizan el ideal del mérito, entendido como la suma de talento personal más esfuerzo, como el criterio más justo para una correcta y eficaz asignación de los recursos, para la distribución de premios y para la concesión de los honores sociales. Por otro lado, como veremos, algunos autores (Lamont, 1994; Scheffler, 2000 y 2005; Miller, 2021) han demostrado que muchas de estas críticas que hace Rawls hacia la idea del mérito son mucho menos claras de lo que en un principio aparentan.

Los argumentos que se suelen emplear para justificar el valor del mérito en las sociedades modernas son de dos tipos diferentes. Por un lado, están los argumentos que apelan a la idea del mérito como un valor normativo preinstitucional y prejurídico, esto es, consideran que es un atributo que tiene una entidad natural, de sentido común. Incluso, como afirma Olsaretti, muchas reclamaciones de merecimiento pueden entenderse desde el argumento de la fuerza moral (Olsaretti, 2003, p. 6): las personas merecemos algo («recibir una reacción más o menos adversa si has hecho daño a alguien de forma intencionada») porque formaría parte de nuestro derecho a ser tratado igualitariamente como seres humanos, y este derecho no puede ser reducido a otro principio o valor. Del mismo modo existen algunas acciones, que podríamos llamar de carácter instintivo, que tienen una consideración universal de meritorias, esto es, que merecen reconocimiento, como sería la destreza o la valentía mostrada por una persona para salvar la vida de un semejante en una situación de

riesgo. La parábola del buen samaritano iría en esta misma dirección (Pojman, 1999, p. 290). Dado que todas las sociedades a lo largo de la historia han aplicado algún criterio para considerar ciertas personas, ciertas acciones, ciertos valores o ciertas instituciones como dignas de mayor merecimiento que otras, el mérito formaría parte del núcleo de valores constitutivos de la condición humana a la hora de concebir la justicia. Según este primer argumento, por tanto, la discusión no debería centrarse en valorar el mérito como una virtud en sí misma sino, en todo caso, discutir las modalidades prácticas que cada sociedad considera o no como válidas para dignificar el mérito. Obviamente, hay situaciones donde esta supuesta naturalidad de sentido común se pone a prueba: así, por ejemplo, si un médico exige una transfusión de sangre a un paciente para salvar su vida y dicho paciente muestra rechazo a la transfusión por razones religiosas o culturales, la discusión sobre si la opinión del paciente merece, no tanto reconocimiento pero sí respeto, hace que dicha transfusión se vuelve problemática.

El segundo argumento viene a complementar este criterio más naturalista con un criterio de carácter histórico. Aquí, el argumento se centra en apelar a la idea de que la meritocracia moderna ha servido para subvertir las sociedades tradicionales, profundamente estáticas, basadas en el mantenimiento de los lazos grupales, estamentales y con poca movilidad social, donde el mérito consistía en cumplir lo más eficazmente posible con el rol establecido de antemano por la posición social adquirida desde el nacimiento. Frente a este modelo, el mérito moderno legitima otro tipo de sociedad que facilita la movilidad social mediante una asignación dinámica de recursos, honores, premios y castigos, en función del comportamiento puramente individual de cada persona (Souroujon, 2021, p. 61). Las personas son autónomas no solo porque tienen capacidades y habilidades meritorias (*merits*) sino, sobre todo, porque se responsabilizan del esfuerzo de sus acciones meritorias (*deserts*) para así lograr el mejor lugar posible dentro la sociedad.

Suelen señalarse dos tipos de problemas a este argumento historicista sobre las virtudes del mérito. En primer lugar, está la cuestión sobre el valor real de la famosa metáfora del ascensor social –también se usa la imagen de la escalera– para explicar la movilidad social de las sociedades modernas, que justificaría entender el mérito como un atributo individual. Hay estudios que muestran que las personas pertenecientes a clases sociales aventajadas difícilmente descienden de sus posiciones sociales, de su *status* económico y de su reconocimiento público, con independencia de los méritos y de los esfuerzos personales que hayan realizado en su vida (Gil-Hernández, 2020). Es decir, difícilmente el ascensor funciona para bajar. Salvo que demos por supuesto que las personas de las clases sociales altas nacen todas ellas con méritos y adoptan en su vida esfuerzos personales por encima de la media social, lo cual es estadísticamente dudoso, lo más probable es pensar que esta metáfora del ascensor social ha tenido legitimidad solamente en la medida que permitía a las personas de clases sociales más desfavorables moverse, o aspirar a moverse, a posiciones mejores de aquellas de las que partía. Esto es, la metáfora del ascensor funciona para subir. Y es precisamente esta movilidad para subir la que hoy está bajo sospecha, como señalan diversos estudios (Frank, 2016; Litter, 2018; Sandel, 2020; Van Dijk *et.al.*, 2020; Beach, 2021; Bradbury, 2021; McCrory *et.al.*, 2022).

El segundo problema es un poco más complejo y tiene que ver con la dificultad para definir el mérito como bien posicional (Souroujon, 2021, p. 67) en un entorno de competición para la obtención del merecimiento. Thomas Scanlon explica que el mérito tendría sentido aplicarlo cuando existen normas institucionalizadas que son claras para todos y, además, no hay grandes diferencias de acceso a los distintos participantes (Scanlon, 2018, p. 44). Así, por ejemplo, en un examen donde todos los

estudiantes han sido informados sobre los criterios claros de evaluación y han tenido acceso al material con tiempo para preparar sus ejercicios, la nota meritaria estaría en consonancia con los esfuerzos y los resultados conseguidos. Sin embargo, imaginemos este otro supuesto. Dos personas son evaluadas por sus supuestos méritos, habilidades y esfuerzos: una persona A, de quien se podía esperar poco y ofrece un gran resultado (65/100) y una persona B, de quien se podía esperar mucho y ofrece un resultado que, siendo bueno (70/100), queda por debajo de las expectativas. Imaginemos que ambas personas buscan reconocimiento, no de forma genérica, sino en un entorno de competición. La pregunta es quién merece más reconocimiento para la asignación de un premio o un puesto de trabajo, esto es, una posición ganadora: la persona A que consigue 65 cuando solamente se esperaba 50, o la persona B que consigue 70 cuando se esperaba 90. Si medimos el mérito a través del resultado final en lugar de medir el mérito a través de los esfuerzos intencionales (Sadurski, 1985, p. 144), la persona B es la que merecería el reconocimiento ganador; pero si medimos el mérito a lo largo del proceso, la persona A es la que lo merecería. ¿Cómo resolvemos esto? En mi opinión, no hay una forma neutra de resolverlo. Como afirman Brighouse y Swift, el dilema de los bienes competitivamente posicionales es que muchas veces tenemos que elegir entre «la desigualdad justificada en términos prioritarios y la igualdad en un nivel inferior» (Brighouse y Swift, 2006, p. 497) por lo que no podemos inferir principios distributivos justos sin preguntarnos previamente cómo esos bienes contribuyen meritariamente al bienestar de los individuos. Miller insinúa que este tipo de situaciones vienen a confirmar que es posible compatibilizar políticas de acción afirmativa que ayuden a mejorar el buen funcionamiento de la idea del mérito (Miller, 1999, pp. 172-176) pero esto no resuelve, sino que amplifica la cuestión central: la idea de que el mérito no es una opción imparcial, sino que es una construcción histórica y, por ende, política.

Pero es que hay más. El problema en los ejemplos anteriores persiste porque las formas de medición de los merecimientos tampoco son completamente neutrales: medir el mérito puede ser algo muy subjetivo y sometido a múltiples variables, que dependen en gran medida de la estructura formal e institucionalizada de evaluación, en la cual el «sujeto evaluador del mérito» suele ocupar una posición dominante. Sabemos que medir los méritos en una entrevista de trabajo, especialmente cuando se trata de valorar habilidades flexibles, gerenciales y actitudinales, puede ser, más allá de los protocolos legalmente establecidos, un modelo altamente subjetivo que otorga al evaluador en dicho proceso un alto margen de discrecionalidad (Young, 1990, p. 365; Honneth, 2005, pp. 144-145). Al final, por tanto, la definición de qué es el mérito y cómo medirlo se vuelve altamente discrecional, de modo que cuestiona su justicia en términos de equidad sustantiva. Al final, cabe preguntarse sobre el papel de la configuración histórica del mérito: es posible que la meritocracia moderna ha servido más como un mito para denunciar los abusos de sociedades antiguas que como fórmula indiscutible e indiscutida que no requiera una deliberación sobre cómo usar la idea del mérito de forma más democrática en las sociedades modernas.

3. ¿Cómo definir el mérito? La propuesta de David Miller

Uno de los autores que con más énfasis ha defendido las virtudes del mérito asociadas con los principios de la justicia social es David Miller, cuyas ideas sobre esta cuestión se pueden observar, entre otros trabajos, en su aportación a la *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, donde escribió la voz *Desert and Merit* (1998), así como tres capítulos claves de su famosa obra *Principles of Social Justice* (1999). Su estrategia para salvaguardar la idea del mérito ha sido apostar por una visión minimalista, esto es, definir de forma lo más restrictiva posible qué deberíamos entender por mérito con el fin de salvaguardar su virtualidad. A su juicio, el concepto de mérito es usado habitualmente de forma expansiva y abusiva para referirse a un

abánico de situaciones muy distintas, de modo que esta dispersión ha generado concepciones espurias y formas controvertidas de entender el mérito que él denomina, siguiendo a MacLeod, de «parásitas» (MacLeod, 1999, p. 191; Miller, 1999, p. 133).

El problema con la idea del mérito deriva no sólo del hecho, ya mencionado anteriormente, de que dicho concepto pueda referirse con distintas palabras, como demuestra que, en algunas lenguas como la inglesa, existan dos términos, *merit* (centrada en las capacidades o habilidades personales) y *desert* (centrada en las actividades personales dignas de merecimiento), el primero más estático y el segundo más dinámico, para referirse a la misma idea. Como señalan algunos autores, esta diferencia entre *merit* y *desert* no es significativa (Brigati, 2014, p. 706) dado que la idea de mérito suele estar asociada como una mezcla de estos dos elementos: el estático talento más el dinámico esfuerzo (Vélez, 2018, p. 153). En realidad, el principal problema del mérito no reside tanto en su carácter estático o dinámico, sino en el doble sentido dinámico que alberga la idea de mérito, que puede usarse de forma retrospectiva o de forma proyectiva. No es casualidad que Miller, en su libro *Principles of Social Justice*, dedique dos capítulos separados al mérito para explicar esta diferencia. En el primero de ellos, titulado *The Concept of Desert*, analiza el concepto de mérito tal como es usado de forma retrospectiva, que es, en sentido estricto, la forma que a su juicio mejor describiría el fenómeno. En un segundo capítulo, titulado *Deserving Jobs*, analiza por el contrario el fenómeno del mérito tal como se usa de forma proyectiva, que, en su opinión, es una forma secundaria y mucho más problemática de entender el fenómeno. Como corolario tras esta distinción, Miller escribe un tercer capítulo dedicado específicamente a elogiar el valor ético de la meritocracia, sistema que finalmente califica, no se sabe si burlona o irónicamente, tras hacer una velada crítica a Hayek (a quien luego veremos), como el mejor heraldo hacia el socialismo.

Miller considera que el mérito, en sentido primario y básico, consiste en un beneficio B (sea un premio, una recompensa, una retribución, una promoción, un honor, un elogio, un reconocimiento, etcétera) que una persona P obtiene de forma merecida sobre la base de una actividad A que dicha persona ha realizado en el pasado, de la cual es responsable de forma directa y de forma intencional (Miller, 1999, pp. 133-134), es decir, sin estar condicionada por la suerte –aunque, como recuerda Olsaretti, hay que tener en cuenta que incluso la suerte no siempre está simétricamente distribuida y hay circunstancias de fondo que la condicionan (Olsaretti, 2003, p. 15)–. Si aceptamos que lo opuesto del mérito no es el demérito sino la indiferencia, esto es, la ausencia de cualquier tipo de criterio con el que valorar las acciones sociales y políticas, es fácil entender a Miller cuando afirma que toda acción puede ser valorada retrospectivamente de forma meritoria o no meritoria, y esto ocurre con independencia de que existan o no previamente reglas institucionalmente aprobadas para juzgar tales acciones sociales y políticas. «El mérito es predominantemente una noción pre-institucional», afirma (Miller, 1999, p. 142). Lo ideal sería que una acción obtenga un merecimiento a partir de la existencia de unas normas legalmente dadas: si haces un examen de acuerdo con las normas que previamente conocías, la calificación será correlativa con la actividad realizada; si existe una norma que dice que se lleva la medalla de oro en los Juegos Olímpicos la persona más rápida en la carrera C el día D, todos aceptan ese mérito porque así estaba aceptado previamente. Pero, como dice Miller, a veces ocurre que estas reglas no están claras, o simplemente no existen, y ello no invalida la exigencia de reconocimiento del mérito ante la sospecha de que se haya podido cometer una injusticia. En todo caso, lo importante en todos estos supuestos sería entender que el mérito funciona de manera justa porque es retrospectivo, esto es, se orienta sobre actividades realizadas en el pasado (Kleinig, 1971, p. 78).

Sin embargo, el concepto del mérito puede funcionar también de forma proyectiva, esto es, sobre una actividad A que se espera que una persona P realizará en el futuro sobre la base de cierta información que se tiene antes de que esa actividad se lleve a cabo. (Tal vez aquí se podría vislumbrar una diferencia semántica cuando usamos el término «merecimiento» respecto del término «mérito», aunque el debate teórico no ofrece mucha claridad conceptual a este respecto). El ejemplo más evidente, tal como señala Miller, estaría relacionado con esas situaciones en las que se plantea la decisión sobre qué persona merecería un puesto de trabajo o una beca entre una pluralidad de candidatos. Aquí el término del mérito se vuelve confuso, porque el mérito se orienta sobre unas expectativas futuras de realización de una actividad que, en el momento en que son evaluadas dichas personas, no existen evidencias objetivas para determinar semejante merecimiento. De hecho, una vez determinado el mérito, esto es, elegida la persona para el puesto de trabajo o la beca correspondiente sobre la base de ciertos criterios de mérito, no hay certeza alguna de que la actividad futura A responda a las expectativas depositadas durante el proceso y a los criterios que dieron lugar al reconocimiento de dicho mérito (Miller, 1999, p. 166). Este desfase hace que la idea de mérito en estas situaciones esté sometida a fuertes dudas sobre la justicia de esta decisión. De hecho, la existencia de mecanismos laborales tales como el sistema de incentivos para estimular la actividad, los constantes procesos de evaluación continua del trabajo o la propia figura de la regulación del despido serían fórmulas que vendrían a compensar los procesos de concesión de méritos que, por sí solos, ofrecen siempre numerosas lagunas. En todos estos supuestos, el valor del mérito ofrece un uso espurio que, según Miller, pervierte su valoración social y su reconocimiento. La cuestión es que, como vamos a ver, este tipo de situaciones son social y políticamente las más recurrentes cuando usamos la noción de mérito.

4. Mérito liberal, mérito comunitarista y mérito democrático

El asunto del mérito es tan espinoso que los teóricos políticos han mostrado múltiples cautelas a la hora de su análisis y valoración. El hecho de que el mérito sea valorado positivamente, pero al mismo tiempo ofrezca tantas situaciones controvertidas, ha obligado a distintas estrategias, especialmente cuando se trata de justificar la meritocracia. La tesis minimalista y restrictiva ofrecida por Miller es un buen ejemplo. Considera que la meritocracia merece dos hurras, pero no tres (Miller, 1999, p. 198). Una sociedad meritocrática ideal en principio es buena porque permite que la gente obtenga aquello que merece, pero al mismo tiempo no es un bien que podamos valorar en abstracto sin confrontarla con situaciones prácticas.

En general, el debate teórico sobre el mérito ofrece una panorámica mucho menos elogiosa que la ofrecida por Miller. En las próximas líneas vamos a comparar las reflexiones que, sobre esta cuestión, ofrecen tres tipos de posiciones teóricas: aquellas que son más cercanos al lenguaje del liberalismo político, aquellas que tienen un enfoque más comunitarista y finalmente las tesis del igualitarismo democrático, de inspiración más republicana. Como señalábamos antes, no es fácil encontrar teorías propensas al elogio del mérito y la meritocracia, aunque los grados de crítica son muy distintos. Veamos estos tres enfoques con un cierto detalle.

Los teóricos liberales, en principio, deberían ser los más proclives a defender y justificar la meritocracia moderna por la estrecha vinculación del mérito con la idea de libertad personal, así como la evaluación individual de capacidades, talentos y esfuerzos. Sin embargo, aparentemente al menos, han mostrado enormes reticencias a la hora de conciliar el mérito con la defensa de la justicia distributiva. De hecho, las

dos principales corrientes del liberalismo teórico moderno, tanto la versión libertaria de Hayek como la versión más igualitaria de Rawls, utilizan distintos argumentos para llegar a conclusiones aparentemente semejantes: que el mérito es algo discutible para lograr justicia distributiva. Sin embargo, aquí vamos a sostener la tesis de que, en última instancia, las propuestas teóricas de estos autores liberales defienden algo muy parecido a lo que hemos descrito como mérito.

El enfoque de Hayek es particularmente claro y, al mismo tiempo, capcioso. Su rechazo a la idea del mérito como criterio para la justicia distributiva se basa en considerar que este atributo tiene una enorme carga normativa, suele definirse al margen de las leyes de la oferta y la demanda que rigen el mercado y, por tanto, es un criterio que distorsiona el funcionamiento eficaz de la libertad en una economía abierta. Como afirma en esta cita,

Puesto que nadie conoce de antemano quiénes serán los triunfadores en el empeño, tampoco puede decirse quién tiene el mayor mérito. De nada serviría a nuestro propósito que permitiésemos compartir el premio a todos los que realmente se han esforzado en la búsqueda del éxito. Más aún: la adaptación de tal medida exigiría que alguien tuviese el derecho de decidir la formación del equipo luchador. Para que los hombres usen su propio conocimiento y capacidad en la persecución de objetivos inciertos no han de guiarse por lo que otros piensen, sino por el valor que ellos mismos atribuyen al resultado que se busca (Hayek, 1960, p. 133).

Hayek introduce una distinción entre el concepto de mérito y el concepto de valor. En teoría, si una persona A tuviera más méritos que una persona B esto debería significar una distribución mayor de recursos y premios hacia la primera frente a la segunda. Pero según Hayek el problema está en quién tiene la potestad para decidir qué es y qué no es meritorio: a su juicio, si decidimos que la asignación de los méritos esté en manos de una autoridad central, externa al propio mercado, esto generaría una enorme arbitrariedad. Sería una distorsión que afectaría a la propia realización de las acciones humanas en nuestra sociedad, que suelen guiarse más por el valor que establece el mercado a la hora de una óptima asignación de recursos, puestos y recompensas. Por poner un ejemplo casi hasta banal: si una *youtuber* A, ignorante supina pero hábil a la hora de dar consejos culturales en internet, monetiza mejor su actividad económica que una *youtuber* B, supuestamente más cultivada pero incapaz de sacar un buen rendimiento mercantil a sus presuntos talentos, el hecho de introducir un criterio normativo basado en criterios de mérito extra mercantil (en este caso, «ignorante» vs «cultivada») sería, a juicio de Hayek, una moralización pública evitable, porque convertiría la idea de mérito, concebida socialmente de forma heterónima al mercado, en un criterio autoritario, rígido e ineficaz al propio funcionamiento de la sociedad capitalista. «La remuneración tiene poca relación con el mérito (...). Esperamos ser remunerados de acuerdo con lo que nuestros servicios valen y no por nuestro mérito subjetivo» (Hayek, 1960, p. 135).

Es importante recalcar que, para Hayek, la *youtuber* A no tiene más mérito que la *youtuber* B porque sea capaz de producir más dinero por su actividad: al mercado no le hace falta esta sutileza. Lo cómico de esta situación es que muchos neoliberales, que en la práctica suelen hacer lecturas superficiales inspiradas en Hayek, afirmarían que el trabajo de la *youtuber* A es, efectivamente, una actividad más meritoria (Souroujan, 2021, p. 64). ¿Quién tiene razón: Hayek o sus discípulos? Mi hipótesis es que Hayek sabe que la diferencia que establece entre valor y mérito es artificial. En sus propias palabras,

Todos nos encontramos excesivamente inclinados a atribuir mérito personal donde de hecho sólo existe un valor superior. Estamos tan acostumbrados a suponer un mérito,

a menudo inexistente, dondequiera que encontremos valor, que la mayoría de las veces nos resistimos a admitir la equivocación (Hayek, 1960, p. 136).

¿Qué equivocación es esa? En realidad, no hay tal equivocación. Aunque las palabras de los discípulos neoliberales de Hayek sean menos sutiles o menos retorcidas que las pronunciadas por el maestro, le dan la razón al menos en este punto concreto: para todos ellos el mérito... es el mercado. Y es que, en realidad, para Hayek el mérito está precisamente ahí, en conocer el mercado y aferrarse a su lógica implacable, contingente pero férrea, que funciona tanto retrospectiva como prospectivamente. En ningún momento analiza los fallos del mercado ante la posible falta de regulación, que de hecho condiciona la valoración meritoria de esta institución (Mulligan, 2018, p. 150). Es más: en el último momento se rinde a la evidencia y lo explica con más claridad:

A medida que las distintas organizaciones se hacen más grandes y más complejas se dejará sentir la creciente necesidad de que el mérito a los ojos de los administradores, más que el valor verificado de las aportaciones determine las recompensas, en tanto que esto no produzca una situación por la que se imponga sobre la sociedad una única y comprensiva escala de méritos (Hayek, 1960, p. 137).

Es decir, si hay competencia entre distintos meritócratas y entre distintas concepciones del mérito, el mercado lo aplaudirá y la libertad quedará salvaguardada. Volveremos luego sobre la tremenda perversión que supone en nuestras sociedades la íntima conexión entre la apreciación del mérito y la institución del mercado.

El esquema de Rawls es un poco más complejo. En una primera lectura, tal como hemos citado antes, parece rechazar el mérito como criterio para ordenar sociedades justas. Como dice este autor, los dones naturales son siempre asimétricos y los esfuerzos meritorios de las personas están muy mediados por entornos familiares e institucionales que no afectan por igual a todas las personas, de modo que, si estos elementos prevaleciesen en la posición original a la hora de configurar una sociedad justa, imparcial y bien ordenada, seguramente no se llegaría al contrato social. Entre otras cosas, porque las personas con menos méritos, tanto en la teoría como en la práctica, tendrían pocos incentivos para aceptar dicho acuerdo, ya que sería un acuerdo que condenaría a las personas carentes de méritos a posiciones subalternas de forma permanente. Hay, sin embargo, otra cara en la moneda. Rawls señala que en una sociedad justa es tan importante evitar el resentimiento y la desigualdad como eludir eso que Lizárraga denomina «la esclavitud de los talentosos» (Lizárraga, 2019, p. 12). Para Rawls una sociedad justa e igualitaria no puede funcionar a costa de lo que denomina las «expectativas legítimas» (Rawls, 1971, p. 276 ss.) de los individuos que acuerdan el contrato social: los famosos *entitlements* (McLeod, 2008; Feldman y Skow, 2020), que se puede traducir, de forma un tanto forzada pero certera, como «exigencias autorizadas» (Rawls, 1971, p. 277). Esto es, reclamaciones legítimas que hacen los individuos a título particular basadas en sus motivaciones personales en la medida que el marco institucional aceptado por todos así lo permite.

La clave, según Rawls, es entender que estas expectativas legítimas o exigencias autorizadas, que son aprobadas en el contrato original que daría lugar a una sociedad justa, no son iguales para todos. Y no son iguales porque no todas las personas exigen del contrato social las mismas cosas ni de la misma manera, aunque lo cierto y lo justo es que todas las personas acepten igualmente estas expectativas particulares de cada uno como legítimas. Es decir, en una sociedad moderna no todo el mundo se hace rico ni quiere hacerse rico pero lo justo es que todos aceptemos,

dirá Rawls, que haya personas que tengan la expectativa legítima de hacerse rico. En sus propias palabras,

Cuando las personas y los grupos toman parte en acuerdos justos, adquieren ciertos derechos unos sobre otros, precisados por reglas públicamente reconocidas. Habiendo actuado alentados por los acuerdos existentes, tienen ahora ciertos derechos, y las porciones distributivas justas respetan estas exigencias. Por tanto, un esquema justo responde a lo que las personas están autorizadas a exigir; este esquema satisface sus legítimas expectativas basadas en las instituciones sociales. Pero lo que están autorizados a exigir no es proporcional, ni depende de su valor intrínseco (Rawls, 1971, p. 277).

A mi juicio, David Miller tiene bastante razón cuando afirma que este esquema rawlsiano basado en el concepto de las llamadas expectativas legítimas o exigencias autorizadas es, al final, un modelo «cuasi-meritocrático» (Miller, 2021, p. 396), no tanto porque Rawls defienda el mérito al principio de la firma del contrato social original tras el velo de la ignorancia –algo que sería imposible–, sino porque estos cuasi-méritos pueden aparecer tras la firma del propio contrato: estas expectativas legítimas o exigencias autorizadas sirven para garantizar cierta autonomía individual pero, sobre todo, sirven para que funcione la económica capitalista de libre mercado. En esta siguiente cita Rawls lo deja meridianamente claro:

Así como la persona tiene el deber de sostener los acuerdos que sean justos y la obligación de cumplir con su parte, cuando se ha aceptado su posición en ellos, también una persona que ha consentido el esquema y ha cumplido con su parte, tiene derecho a ser tratada por los demás de acuerdo con ello. *Están obligados a cumplir con sus legítimas expectativas.* Así, cuando existen acuerdos económicos justos, las demandas de las personas son resueltas por referencia a las reglas y preceptos (con sus valores respectivos) que estas prácticas consideran pertinentes. Como hemos visto, es erróneo decir que las porciones distributivas justas recompensan a los individuos de acuerdo con su valor moral. Pero lo que podemos decir es que, en el sentido tradicional, un esquema justo da a cada quien lo que merece: es decir, asigna a cada uno lo que el esquema le autoriza (Rawls, 1971, p. 279).

En definitiva, según Rawls es justo aceptar que, aunque los derechos aceptados para todas las personas son iguales, algunas personas serán más demandantes que otras, amparadas en la idea de que existen expectativas legítimas asimétricas autorizadas institucionalmente. En mi opinión, eso le permite introducir un argumento análogo a la idea del mérito, pero por la puerta trasera: admite que todas las personas tienen expectativas legítimas, pero señala que son desiguales y en ningún momento se plantea hasta qué punto dichas expectativas legítimas pueden entrar en conflicto entre sí (imaginemos, por ejemplo, las concepciones de movilidad o los planteamientos ecologistas en las expectativas legítimas vitales de individuos como Elon Musk o Greta Thunberg). Rawls justifica esta situación dilemática en última instancia con un argumento de benevolencia social paternalista: señala que es legítimo que los más afortunados obtengan un mayor provecho de sus expectativas legítimas en la medida que los resultados de estas acciones contribuyan a mejorar la situación general, incluida la de los menos afortunados. ¿Significa esto que las expectativas legítimas de las personas menos afortunadas son de alguna manera vicarias y, por tanto, es razonable pensar que queden a expensas de las expectativas legítimas de los más afortunados? Como señalan Brighouse y Swift, es posible (aunque a estos autores esta solución no les gusta) que algunas expectativas legítimas planteen no sólo una reducción de los bienes de los más afortunados sino incluso una reducción del nivel de bienestar económico (Brighouse y Swift, 2006, p. 497) porque, en realidad, prefieran otros modelos de bienestar, no centrados solo en el bienestar material, dentro de una dialéctica de expectativas. Lo que Rawls no se pregunta es hasta qué punto es bastante probable que estas exigencias autorizadas

por parte de ciertos individuos, y él está pensado básicamente en las personas más afortunadas, aunque generosas («el legítimo derecho de alguien a querer ser muy rico para luego ayudar a los demás») pueden socavar, de manera sustantiva, los derechos y los principios de justicia que fundan una sociedad bien ordenada con tintes igualitaristas (Lister, 2002, p. 1538). Así, según este esquema rawlsiano, las personas menos afortunadas, que sufren en mayor medida las consecuencias del cambio climático, tendrían expectativas legítimas menos autónomas que reclamar a la hora de lograr mejorar el bienestar colectivo. Rawls se escuda en la idea de que el mérito siempre hay que entenderlo de forma retrospectiva, esto es, como una reclamación individual que ha sido autorizada previamente por las instituciones, pero no tiene en cuenta las numerosas perversiones proyectivas que pueden tener estos quasi-méritos autorizados en la posición original. En este punto, podemos decir que David Miller se autoengaña menos.

Los argumentos utilizados por los autores comunitaristas han sido en general bastante críticos contra las cautelas impuestas por los liberales a la hora de intentar separar la idea del mérito de los principios de justicia distributiva. Como afirma Michael Walzer, uno de sus más ilustres representantes, el principal problema de la teoría liberal, especialmente de corte rawlsiana, ha sido afirmar que los atributos naturales de las personas, como son sus talentos, sus virtudes individuales o colectivas, son «arbitrarias desde el punto de vista moral» y, por tanto, no deberían contar para la conformación de una sociedad justa. A su juicio, esta perspectiva atenta contra el sentido común y constituye una abstracción que impide organizar de forma justa una sociedad en términos reales. Para comunitaristas como Walzer, el reconocimiento del mérito tiene sentido en ciertas esferas de la vida pública, sea en la esfera económica, social, cultural, aunque posiblemente este valor no es extensible a todas las esferas ni es válida en todas las esferas de la misma manera, especialmente en la esfera política. Y con cierta sorna comenta los problemas de no reconocer la importancia del mérito en ciertas áreas de nuestra vida pública: «John Rawls se mereció todos los honores de que fue objeto por escribir *Una teoría de la justicia*, incluso aunque su inteligencia fuese un efecto accidental de la lotería natural» (Walzer, 2003, p. 418). Aunque el mérito no sea una virtud necesaria para dar pleno sentido a todas las esferas de nuestra vida, olvidar su reconocimiento es una estrategia aún peor porque impide concebir una determinada concepción ética de la vida en sentido comunitario. Según Walzer, el mérito es un atributo importante e irrenunciable, pero la cuestión principal es que debe estar condicionado y subordinado al servicio del bien común de una comunidad. Para ello, establece una distinción entre los conceptos de merecimiento y cualificación, especialmente cuando usamos el mérito de forma proyectiva. En esta larga cita de un ejemplo ampliamente comentado, Walzer lo explica con claridad:

X es el candidato más cualificado para la dirección de un hospital en el sentido de que posee el talento gerencial comúnmente requerido para tal cargo en un grado superior al de todos los demás candidatos. No obstante, un grupo de hombres y mujeres que quiere conducir el hospital por otra dirección convence a sus colegas del comité de selección de que elijan a Y, quien comparte sus puntos de vista. Podrán tener razón en lo que quieren hacer del hospital o no; sin embargo, no han tratado a X injustamente (...) Si hacemos controvertibles las ideas de merecimiento y calificación, como en efecto lo son, entonces puede afirmarse razonablemente que el premio y el cargo deberían otorgarse a quienes mejor satisfagan los requisitos finalmente establecidos (Walzer, 1983, p. 148).

Pero, sin duda, la obra del autor comunitarista que más repercusión ha tenido en relación con este tema es Michael Sandel con su libro titulado *La tiranía del mérito*.

El libro considera que la meritocracia, en sus orígenes, estuvo inspirada por el buen deseo de facilitar la movilidad social y un óptimo rendimiento de todas las energías de un país, especialmente para garantizar un mejor acceso al sistema educativo y laboral. Sin embargo, este noble propósito ha acabado degenerando en una obsesión individualista basada en el miedo a perder *status* social y económico si uno no está en constante proceso de actualización de sus méritos personales y curriculares, de manera que todo esto ha desembocado en un enorme aumento de la desigualdad social, la pérdida de lazos sociales, además de la extensión de prácticas corruptas y un incremento de los problemas de salud física y mental (Sandel, 2020). No obstante, creo que sería un error pensar que este libro es una diatriba contra la idea del mérito. Al contrario, Sandel considera que el mérito es un bien importante para el funcionamiento justo de una buena sociedad, incluso cabe apelar al mérito como algo que puede tener incluso más valor que la propia idea de los derechos. Lo importante, a su juicio, es utilizar la idea de mérito para favorecer proyectivamente el bien común, eligiendo como meritorias aquellas actividades que van encaminadas hacia ese objetivo. El hilo argumental, como se ve, no difiere sustancialmente del utilizado por Walzer.

A mi juicio esta forma de argumentación comunitarista tiene varios inconvenientes. Dos son los más relevantes. En primer lugar, determinar quiénes son las personas autorizadas para decidir dónde está el bien común; en segundo lugar, cómo garantizar que esta decisión no sea arbitraria. Pensemos, por ejemplo, en un momento dado del libro, cuando Sandel afirma: «la mayoría de las personas estarían de acuerdo en considerar que difícilmente podría justificarse que alguien capacitado que se niega a trabajar por pura indolencia, aun después de que se le ofrezcan empleos dignos, tenga derecho a una ayuda pública» (Sandel, 2020, p. 169). Imaginemos que este argumento hubiera sido utilizado de forma análoga para negar ayuda médica pública a una persona que no hubiera querido vacunarse contra el coronavirus porque su comportamiento, en teoría, no merece la comprensión de la inmensa mayoría de personas que sí lo hubieran hecho. O imaginemos usar este razonamiento para negar una beca a una persona porque no se esfuerza «lo suficiente» (¿quién puede atribuirse el mérito para poder afirmar esto de otra persona?) a la hora de obtener calificaciones. Pensar la justicia a través del lenguaje de los méritos morales comunitarios en lugar del lenguaje de los derechos, con independencia de los méritos, tiene efectos discriminatorios cuestionables porque implica que algunas formas de vida son mejores que otras y, por tanto, merecen ser validadas socialmente y financiadas económicamente como ejemplo frente a las demás.

A lo largo del libro Sandel explica que uno de los graves problemas de las sociedades modernas es su incapacidad para seleccionar algunas actividades que serían, a su juicio, dignas de merecimiento social, como por ejemplo ocurre con el trabajo, donde ciertas actividades laborales son socialmente útiles, pero no tienen reconocimiento social. Es obvio que este elogio hacia la dignidad del trabajo (¿por qué no decir también «dignidad en el salario»?) explique su poco aprecio por las personas indolentes. Pero la pregunta oportuna aquí es: ¿cómo podría ser legítimo que una persona considerada indolente no tuviera derecho a recibir ayudas públicas? Seguramente sería importante saber cuáles son las razones de dicha indolencia, que muchas veces no tienen tanto que ver con aptitudes naturales y opciones personales sino más bien con condiciones económicas y sociales específicas. Pero, más allá de esta cuestión, lo importante es saber si es posible establecer como justa una decisión discriminatoria hacia determinadas actitudes de los demás. Tal vez la propuesta comunitarista de Sandel hubiera estado más acertada si se hubiera preguntado cómo sería democráticamente posible decidir lo que es digno de mérito proyectivamente, esto es, quién tiene la potestad para establecerlo.

En un momento dado Sandel se pregunta cómo sería posible ejercer el rol de evaluador de méritos y seleccionar candidatos para entrar a estudiar en la Universidad de Harvard donde ejerce como profesor. Afirma que el número de candidatos con buenas condiciones para estudiar allí supera cada año, con mucho, el número de ofertas disponibles. De hecho, sugiere que, tras un filtro inicial de candidaturas claramente rechazables, si eligiéramos al azar entre el amplísimo resto de las personas válidas, el resultado final sería el mismo que haciendo el esfuerzo titánico de selección de los candidatos supuestamente más meritarios. Así, señala que un sistema de sorteo podría ser una buena solución (Sandel, 2020, pp. 237-239). Curiosamente, el sorteo que plantea no es un sorteo puro, sino uno que estuviera debidamente corregido para favorecer a ciertas personas que merecerían (¿?) tener mayores posibilidades que las que ofrece un sorteo uninominal sin filtros (está pensando, por ejemplo, en los descendientes de personas que han contribuido históricamente y financieramente al prestigio de dicha universidad): una enmienda que suena bastante disonante respecto al espíritu de su propuesta. Obviamente, las críticas de esta propuesta, que ofrece un sorteo trucado mediante una evaluación ponderada de méritos, no solo resultan poco realista a ojos meritocráticos (Rhode, 2021, p. 31), sino que impide llegar al fondo de la cuestión, que no es otra que preguntarse cómo podrían y deberían ser los procedimientos para, en su caso, hacer una evaluación justa de los méritos, sobre qué criterios y, lo más importante, quiénes están autorizados para ello. Da la sensación de que la propuesta de Sandel falla no tanto por su incorrección sino por su incompleta percepción de lo que implica la figura del sorteo en una sociedad democrática (Avaro, 2014; Moreno Pestaña, 2017; Gauza y Mendiñarat, 2020). Por un lado, considera que el sorteo puede ser un instrumento válido pero que conviene domesticarlo para no generar un rechazo expreso de cierto colectivo de personas: ¿supuestamente aquellas que estarían más interesadas en que se valoren ciertos méritos –los suyos– de forma prioritaria? En mi opinión, si alguna virtualidad podría tener el sorteo es precisamente la contraria, esto es, contribuir a obstaculizar el predominio del *ethos* meritocrático individualista para subordinarlo a los intereses de una comunidad política. Por otro, además, Sandel no contempla en ningún momento la opción de que los evaluadores de los candidatos preseleccionados sean elegidos por sorteo; sin duda, este dispositivo institucional dejado en gran medida en manos del azar o la incertidumbre bloquearía también la prevalencia meritocrática frente a los valores más horizontales del *ethos* democrático.

Las posiciones teóricas del igualitarismo democrático son posiblemente las más reacias a la hora de considerar el mérito como un criterio válido para llegar a sociedades justas. Como afirma Roberto Brigati, uno de los problemas con la idea del mérito es su colisión con la idea de los derechos, y ante este dilema, los igualitaristas democráticos siempre prefieren los segundos: «las personas no merecemos respeto por nuestra condición de seres humanos: es nuestro derecho ser respetados; las personas no merecemos ayuda ante situaciones que amenazan nuestra vida o ante situaciones problemáticas: podemos esperar que es nuestro derecho a ser asistido» (Brigati, 2014, p. 715). El ejemplo que comentábamos antes, sobre cuáles deberían ser los cuidados médicos que merecerían aquellas personas que han decidido no vacunarse, es perfecto para ver la perversión que supone confundir el lenguaje de los méritos con el lenguaje de derechos. Otro tanto ocurriría, por ejemplo, con el ejercicio político del derecho al voto, que durante muchas décadas estuvo vinculado al cumplimiento de una serie de requisitos y méritos, pero hoy parece un derecho que ejercemos todos los ciudadanos en un sistema democrático, independientemente de los méritos de cada uno. Aunque existen reflexiones que preconizan las ventajas que traería una epistocracia, esto es, el poder de los que saben (Brennan, 2016) frente al actual sistema de voto universal y, por tanto, indiscriminado.

No obstante, lo anterior, desde el igualitarismo democrático también se insiste en la importancia de no sobrevalorar la importancia de los derechos, incluso aunque estén reconocidos formalmente en nuestros sistemas legales, si con ello se descuida la virtud cívica y participativa que podría impedir un abuso de esas exigencias autorizadas individuales, de carácter rawlsiano, de las que hablábamos antes. Como afirma Rendueles, la creación de derechos sociales sustantivos, como el derecho a la renta básica universal, aunque permitiría escapar del círculo vicioso que supone tener que demostrar méritos para acceder a todo tipo de ayudas sociales por parte de las personas más necesitadas, al mismo tiempo puede suponer también un peligroso relajamiento del músculo cívico ciudadano que alimenta los debates sobre cómo reducir las desigualdades sociales. Como dice, «las propuestas de renta básica y de trabajo garantizado recuerdan un poco a una especie de imitaciones igualitaristas del mercado. Pues precisamente la magia del mercado de trabajo es que induce una ficción de simplicidad» (Rendueles, 2020, p. 137). En definitiva, desde el igualitarismo democrático se insiste en que el lenguaje de los derechos es condición necesaria pero no es suficiente para impedir que el afán meritocrático, como hemos visto en la obra de Rawls, encuentre vías para su desarrollo. Hay que buscar una mirada más sistemática a la hora de abordar los peligros que el mérito ofrece a una sociedad democrática. En este sentido, la obra de Iris Marion Young (1990) resulta esclarecedora.

5. Neutralidad del mérito, mercado y democracia

Young es una de las autoras que con más énfasis ha escrito en contra de la idea del mérito. A su juicio, la idea del mérito funciona en nuestras sociedades modernas porque vivimos bajo el paradigma de la distribución como el mejor camino para entender y, en su caso, combatir la desigualdad. Este paradigma, que atribuye al mercado una posición predominante a la hora de asignar recursos y ubicar a las personas dentro del sistema productivo, suele ser el más utilizado, más allá de las diferencias, entre la mayoría de los autores que estudian la justicia democrática, sean liberales, comunitaristas o socialdemócratas. Para Young, si queremos analizar las condiciones que podrían aspirar a la justicia social hay que salir del paradigma de la distribución y usar el paradigma de la dominación, que nos permite ver cómo cualquier tratamiento del concepto de mérito –especialmente, el mérito de carácter prospectivo– está viciado si nos olvidamos de que carece por completo de neutralidad.

Su análisis es especialmente sensible a todas aquellas actividades en las que el mérito se utiliza de forma proyectiva. Por ejemplo, la diferencia que existe en el mercado de trabajo entre aquellas actividades llamadas profesionales, que son quienes definen las tareas –trabajo cualificado–, frente a aquellas actividades no profesionales, que consisten en la simple ejecución de las tareas –trabajo rutinario–, «instaura un imperialismo cultural que postula que algunos tipos de trabajo son intrínsecamente superiores y más valiosos que otros» (Young, 1990, p. 371). No solo eso: en el caso de los primeros tipos de trabajo se permite una evaluación flexible de los requisitos para el desempeño de esta actividad, como son «liderazgo, iniciativa, flexibilidad, sentido crítico, creatividad y seguridad en uno mismo» (Young, 1990, p. 343), mientras que

los trabajos más rutinarios, insignificantes y repetitivos están claramente sujetos a medidas de productividad objetivas, cuantificables y normativamente neutras. Esto es así porque la capacitación, actitud crítica y creatividad que requieren las tareas en su totalidad han sido suprimidas y reubicadas en una función gerencial separada (Young, 1990, p. 369).

De esta manera, la arbitrariedad a la hora de asignar los trabajos profesionales permite que los grupos sociales dominantes tengan mayores posibilidades de optar a estos puestos, mientras que en los trabajos de menor cualificación se produce un exceso de demanda que justifica una menor consideración meritaria a tales personas. En suma, los criterios para medir el mérito dejan de ser igualitarios porque obedecen a esta estructura rígida de división de tareas que condiciona todo intento de neutralidad.

El planteamiento de Young es una crítica radical a la idea del mérito porque afirma que el mérito es una construcción social y política para garantizar las prácticas e instituciones existentes, y que cualquier solución política inspirada con la misma lógica, esto es, la lógica redistributiva, como son por ejemplo las políticas socialdemócratas de acción afirmativa hacia grupos minoritarios o marginales, sean étnicos, religiosos, sexuales o culturales, en realidad sirven básicamente para perpetuar dicho esquema meritocrático viciado. Autores como David Miller han cuestionado este planteamiento de Young al señalar que el rechazo radical a estas medidas redistributivas y a cualquier consideración individual de la idea de mérito provocaría que la discriminación y la dominación sobre los grupos más desaventajados sería aún mayor (Miller, 1998). Por tanto, la cuestión estaría en saber si el mérito y las medidas redistributivas contribuyen o no a una reducción de estas condiciones de discriminación y de dominación de grupos minoritarios. Como afirman distintos estudios, que aquí ya hemos citado, la respuesta es más bien negativa, en la medida que el mercado sigue siendo la institución principal que asigna las herramientas con la que los individuos valoramos los méritos y los ordenamos jerárquicamente.

Las ideas de Iris Marion Young criticando el mito de la meritocracia moderna han sido leídas la mayor parte de las veces, como ocurre a la vista de los comentarios de Miller, como enmiendas a la totalidad más o menos sistémicas sin posibilidad de observar algún tipo de alternativa práctica que permita validar la idea del mérito de alguna manera. Creo que, pese a la aparente radicalidad con la que Young afronta el tema, sus afirmaciones no van en contra de la idea del mérito como tal, sino más bien sobre cómo esta idea ha sido estructurada en nuestras sociedades modernas. El hecho de que Young considere que el mérito basado en la lógica del mercado es una construcción «política» (Young, 1990, p. 354) significa que la posición que está ocupando el mérito es debido a que los ciudadanos hemos querido que sea así, por acción o por omisión, pero cabe la posibilidad de sustituir este modelo en términos igualmente políticos. En mi opinión, creo que Young no está en contra del mérito en sí sino más bien en contra de su posición predominante dentro de nuestra sociedad, gracias al predominio de la lógica de mercado y a una jerárquica contraposición entre la mayoría de los ciudadanos y una minoría de expertos meritorios, que son quienes establecen qué personas, qué cosas y qué acciones son dignas o no son dignas de merecimiento. A todo esto, Young lo denomina «ideología del mérito». Frente a esto señala que «en contraste con la ideología del mérito, afirmo que las decisiones que establecen y aplican criterios de cualificación deberían realizarse democráticamente» (Young, 1990, p. 356). Es decir, el mérito importa, sí, pero tal vez debería estar controlado por los ciudadanos, quienes a través de una institucionalización de procedimientos democráticos podría aprobar qué cosas son dignas de mérito social y qué criterios emplear para la evaluación de las tareas (Young, 1990, pp. 356-359) al margen de lógicas de mercado.

6. Una reflexión final: ¿democratizar el mérito?

Como decíamos al principio, una de las tareas más discutibles de la labor de un docente universitario es evaluar los méritos de otros, sean las calificaciones de su

alumnado, los trabajos de investigación de sus colegas, la concesión de becas o la pertenencia a tribunales para provisión de puestos de trabajo en la propia institución. El sistema funciona porque se parte del supuesto de que una persona A tiene en teoría una serie de méritos para evaluar méritos y su trabajo se canaliza a través de un proceso en el cual la actividad evaluadora de méritos suele estar tasada (supuestamente, alguien muy meritorio hizo esa tasación de méritos) y controlada mediante una serie de procedimientos formales a los que pueden acogerse las partes implicadas, evaluadores y evaluados, para intentar que el proceso sea lo más neutro posible. Con independencia de la pulcritud del modelo y de la buena voluntad de las partes, siempre sobrevuela la sospecha recursiva sobre el supuesto mérito de las personas que toman la decisión de señalar qué es lo meritorio en cada circunstancia concreta. Si, como afirma Walzer, «solo Dios, conocedor de los secretos que anidan en los hombres, podría efectuar las distribuciones necesarias» (Walzer, 1983, p. 37), es discutible confiar en el trabajo de unos supuestos seres talentosos que diseñan métodos de evaluación que luego son ejecutados con mayor o menor destreza para efectuar las distribuciones de méritos correspondientes.

¿Es posible democratizar el uso social de la idea de mérito? Al principio del texto señalábamos que la idea del mérito tiene una lógica de carácter clasificatoria y jerárquica que resulta difícil de conciliar con la lógica más horizontal y no discriminante propia de los valores democráticos. De hecho, la mayoría de los autores que han tratado de salvaguardar valores democráticos igualitaristas como fundamento para una sociedad justa, incluso desde posiciones teóricas muy distintas, han visto con recelo la utilización del mérito como criterio para alcanzar dicha justicia social. Sin embargo, la impresión es que en la mayoría de autores ronda la sospecha de que el criterio del mérito es algo con que socialmente hay que contar, de una manera u otra, bien porque tiene un valor intrínseco («preferimos algo que merezca la pena frente a lo contrario»), bien porque funciona como estímulo individualista que hace funcionar la cinética social moderna («vivimos en sociedades donde las aspiraciones de cada persona forman parte de su núcleo constitutivo, y el mérito es un magnífico indicador de estas aspiraciones»), bien porque funciona como argumento positivo incluso a nivel colectivo («cortar las alas de los talentosos y frenar su actividad puede en muchas ocasiones ir en perjuicio del conjunto de la sociedad»). El hecho de que el mérito es un atributo que se da por supuesto ha hecho que la mayoría de los análisis críticos hacia el mismo se centren básicamente en criticar sus potenciales excesos, corregir sus perversiones o atenuar su presencia. En la mayoría de estas teorías, sin embargo, suele faltar un análisis sobre las personas que en cada sociedad se encargan de decir qué es meritorio y qué no es meritorio. Tal vez Hayek es de los pocos que se ha preocupado de esta cuestión y su respuesta es clara: evitemos la existencia de decisores personales del mérito y dejemos que el mercado decida de forma anónima.

Sin embargo, lo cierto es que, pese al afán despersonalizador de Hayek, en la gran mayoría de los casos el mérito con el que se valora a alguien o algo no surge espontáneamente de ese alguien o de ese algo sino de otras personas que deciden que ese algo o ese alguien es digno de merecimiento. Por esta razón, tal vez sería interesante reflexionar no tanto sobre las bondades o maldades del mérito como concepto sino más bien analizar cómo se puede construir política y democráticamente el mérito en una sociedad moderna. En este sentido, si la democracia tiene aún un cierto valor normativo superior a la idea del mérito, no estaría mal dejar de mirar de forma sospechosa al fenómeno del mérito y buscar, por el contrario, cómo los ciudadanos, los más talentosos y los menos talentosos, podemos decidir democráticamente cómo desarrollar ese atributo humano. Es decir, en última instancia subordinar la meritocracia a la democracia.

Bibliografía

- Avaro, D. (2014). Democracias e institucionalización del sorteo: ¿es posible pensar en su complementariedad. *Las Torres de Lucca. Revista Internacional de Filosofía Política*, 5, pp. 25-56.
- Beach, J. M. (2021). *The Myths of Measurement and Meritocracy. Why Accountability Metrics in Higher Education are Unfair and Increase Inequality*. Rowman and Littlefield.
- Bradbury, A. (2021). *Ability, Inequality and Post-pandemic Schools: Rethinking Contemporary Myths of Meritocracy*. Bristol University Press.
- Brennan, J. (2016). *Against democracy*. Princeton University Press.
- Brigati, R. (2014). Desert as a Principle of Distributive Justice: A Reconsideration. *Philosophy and Social Criticism*, 40 (7), 705-722. <https://doi.org/10.1177/0191453714536434>
- Brighouse, H. y Swift, A. (2006). Equality, Priority, and Positional Goods, *Ethics*, 116 (3), pp. 471-497. <https://doi.org/10.1086/500524>
- Daniels, N. (1978). Merit and Meritocracy. *Philosophy and Public Affairs*, 7 (3), 206-233.
- Feinberg, J. (1999[1963]). Justice and personal desert. En L. Pojman y O. McLeod (Eds.), *What do we deserve? A reader on justice and desert* (70-83). Oxford University Press.
- Feldman, F. y Skow, B. (2020). Desert. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford University Press.
- Frank, R. H. (2016). *Success and Luck. Good Fortune and the Myth of Meritocracy*. Princeton University Press.
- Ganuza, E. y Mendiharaz, A. (2020). *La democracia es posible. Sorteo cívico y deliberación para rescatar el poder de la democracia*, Consonni.
- García Cívico, J. (2021). De Michael Sandel a César Rendueles: ¿es posible criticar la meritocracia en nombre del bien común? *Isegoría. Revista De Filosofía Moral y Política*, 65, 1-16. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2021.65.12>
- Gil-Hernández, C. (2020). *Cracking meritocracy from the starting gate: Social inequality in skill formation and school choice*. [Tesis doctoral, European University Institute]. <https://doi.org/10.2870/794536>
- Hayek, F. A. (1991[1960]). *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial.
- Honneth, A. (2007[2005]). *Reificación. Un estudio de la teoría del reconocimiento*. Katz.
- Kleinig, J. (1999 [1971]). The concept of desert. En L. Pojman y O. McLeod (Eds.), *What do We Deserve? A Reader on Justice and Desert* (84-92). Oxford University Press.
- Lamont, J. (1994). The concept of Desert in Distributive Justice. *The Philosophical Quarterly*, 44 (174), 45-64. <https://doi.org/10.2307/2220146>
- Lee, S. (2022). The contradiction of the concept of desert and distributive justice (artículo original en chino). *The Journal of Humanities and Social Sciences* 21, 13 (2), 431-446.
- Lister, A. (2022). Theology, Desert, and Egalitarianism. *The Journal of Politics*, 84 (3), 1528-1538. <https://doi.org/10.1086/717186>
- Littler, J. (2018). *Against meritocracy. Culture, Power and Myths of Mobility*. Routledge.
- Liu, A. (2011). Unraveling the Myth of Meritocracy within the control of US Higher Education. *Higher Education*, 62, 383-397. <https://doi.org/10.1007/s10734-010-9394-7>
- Lizárraga, F. (2019). Igualitarismo y meritocracia: De Rawls a Scanlon. *Páginas de Filosofía*, 23, 7-32.

- Markovits, D. (2019). *The Meritocracy Trap: How America's Foundational Myth Feeds Inequality, Desmantles the middle class and Devours the elite*. Penguin Publishing Group.
- McCrory, J., Horn, I. y Chen, G. (2022). "You need to be more responsible". The Myth of Meritocracy and Theacher's Account of Homework Inequalities. *Educational Researcher*, 20 (10), 1-9. <https://doi.org/10.3102/0013189X221111337>
- McLeod, O. (1999). Desert and institutions. En L. Pojman, y O. McLeod (Eds.), *What do We Deserve? A Reader on Justice and Desert* (186-195). Oxford University Press.
- McLeod, O. (2008). Desert. En E.N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford University Press.
- Mijs, J. B. (2018). Visualizing belief in meritocracy, 1930-2010. *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, 5, 1-2. <https://doi.org/10.1177/2378023118811805>
- Miller, D. (1998). Desert and merit. En E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. vol. III. Routledge.
- Miller, D. (1999). *Principles of Social Justice*. Cambridge University Press.
- Miller, D. (2021). Sidgwick and Rawls on distributive justice and desert. *Politics, Philosophy and Economics*, 20 (4), 385-408. <https://doi.org/10.1177/1470594X211036088>
- Moreno Pestaña, J. L. (2017). Los desafíos del sorteo a la democracia, los desafíos de la democracia al sorteo. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 72, 7-21. <https://doi.org/10.6018/daimon/303241>
- Mulligan, T. (2018). *Justice and the Meritocratic State*. Routledge.
- Olsaretti, S. (2003). *Desert and Justice*. Oxford University Press.
- Olsaretti, S. (2003). Introduction. Debating Desert and Justice. En S. Olsaretti (Ed.), *Desert and justice* (1-24). Oxford University Press.
- Pojman, L. (1999). Does Equality Trump Desert?. En L. Pojman y O. McLeod (Eds.), *What do We Deserve? A Reader on Justice and Desert* (283-297). Oxford University Press.
- Pojman, L. y McLeod, O. (1999). *What do We Deserve? A Reader on Justice and Desert*. Oxford University Press.
- Rawls, J. (1995 [1971]). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rendueles, C. (2020). *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*. Seix Barral.
- Rhode, D. (2021). Myths of Meritocracy. Comment on M. Sandel's the Tyranny of Merit. *American Journal of Law and Equality*, 1, 27-32. https://doi.org/10.1162/ajle_a_00008
- Sadurski, W. (1985). *Giving Desert its Due. Social Justice and Legal Theory*. Springer & Reidel Publishing Company.
- Sandel, M. (2021 [2020]). *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Debate.
- Scanlon, T. M. (2018). *Why does Inequality Matter?* Oxford University Press.
- Scheffler, S. (1999 [1992]). Responsibility, Reactive Attitudes, and Liberalism in Philosophy and Politics. En L. Pojman, y O. McLeod (Eds.), *What do We Deserve? A Reader on Justice and Desert* (196-209). Oxford University Press.
- Scheffler, S. (2000). Justice and Desert in Liberal Theory. *California Law Review*, 88 (3), 965-990. <https://doi.org/10.2307/3481202>
- Scheffler, S. (2005). Choice, Circumstance, and the Value of Equality. *Politics, Philosophy and Economics*, 4 (1), 5-28. <https://doi.org/10.1177/1470594X05049434>
- Sen, A. K. (1999). Merit and Justice. En K. Arrow, S. Bowles y S.N. Durlauf (Eds.), *Meritocracy and Economic Inequality*, (5-16). Princeton University Press.
- Sher, G. (1987). *Desert*. Princeton University Press.

- Souroujon, G. (2021). Las trampas de la meritocracia. Un recorrido por los problemas más significativos que esconde el merecimiento. *Revista de Estudios Políticos*, 191, 59-80. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.191.03>
- Van Dijk, H., Kooij, D., Karanika-Murray, M., De Vos, A. y Meyer, B. (2020). Meritocracy a Myth? A Multilevel Perspective of How Social Inequality Accumulates Through Work. *Organizational Psychology Review*, 10 (3-4), 240-269. <https://doi.org/10.1177/2041386620930063>
- Van Platz, J. (2022). The Principle of Merit and The Capital-Labour Split. *Economics and Philosophy*, 38, 1-23. <https://doi.org/10.1017/S0266267120000450>
- Vélez, F. (2018). ¿Meritocracia? ¿Para quiénes? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 48, 147-167. <https://doi.org/10.5347/48.2018.40>
- Vélez, F. (2023). Meritocracia. En C. Pereda (Ed.), *Diccionario de injusticias*. Fondo de Cultura Económica.
- Walzer, M. (1993 [1983]). *Esferas de justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica.
- Walzer, M. (2010 [2003]). Estados unidos en el mundo: Guerras justas y sociedades justas. Una entrevista con Michael Walzer. En M. Walzer (Ed.), *Pensar políticamente* (407-425). Paidós.
- Young, M. (1996 [1958]). *The Rise of Meritocracy*. Transaction Publishers.
- Young, I. M. (2000 [1990]). *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra.

Seguridad jurídica*

Legal Certainty

Giorgio Pino

Università degli studi Roma Tre
ORCID ID 0000-0002-3856-5213
giorgio.pino@uniroma3.it

Cita recomendada:

Pino, G. (2023). Seguridad jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 262-284
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8000>

Recibido / received: 31/05/2023
Aceptado / accepted: 12/06/2023

Resumen

El ensayo analiza el concepto de seguridad jurídica cuestionando la generalizada asunción de que la seguridad jurídica sea una cuestión de predictibilidad. La seguridad jurídica, se argumenta, no es una cuestión de mera predictibilidad de los resultados de las decisiones judiciales, sino más bien una cuestión atinente a la correcta identificación de las consecuencias jurídicas de un determinado caso. Teniendo en cuenta esta aclaración, el ensayo ofrece un tentativo escrutinio acerca de cuál es el lugar de la seguridad jurídica en la teoría y en la práctica del Estado constitucional.

Palabras clave

Seguridad jurídica, predictibilidad, Estado constitucional, principios jurídicos.

Abstract

The essay analyses the concept of legal certainty, questioning the widespread assumption that legal certainty is a matter of predictability. Certainty, the essay argues, is not a matter of sheer predictability of the outcomes of judicial decisions, but rather a matter of correct individuation of the legal consequences of a given case. With this clarification in mind, the essay then goes on with a tentative scrutiny of the place of legal certainty in the theory and practice of the Constitutional state.

Keywords

Legal certainty, predictability, Constitutional state, legal principles.

SUMARIO. 1. De la seguridad (jurídica). 2. Incertezas sobre la seguridad jurídica. 2.1. Seguridad jurídica: qué es y para qué sirve. 2.1.1. ¿Qué es la seguridad jurídica? 2.1.2. ¿Para qué sirve la seguridad jurídica? 2.2. Condiciones de (in)seguridad. 2.3. La seguridad jurídica como valor relativo. 3. La seguridad jurídica en el Estado constitucional. 3.1. Factores de incertidumbre en el Estado constitucional. 3.2. La seguridad jurídica ¿en disolución?

* Traducción de Jorge Baquerizo Minuche.

1. De la seguridad (jurídica)

El valor de la seguridad jurídica ocupa un lugar central en el sentido común de los juristas y en el mobiliario básico del derecho: el derecho, se afirma, existe para dar seguridad. La exigencia de seguridad es inherente al propio concepto de derecho.

Al mismo tiempo, sin embargo, la seguridad jurídica es un ideal notoriamente (y fuertemente) controvertido: se cuestiona que la seguridad jurídica sea un valor efectivamente realizable, al menos si se tienen en cuenta las circunstancias reales de la vida humana, el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y la complejidad de las sociedades, de la economía, de la tecnología y del derecho en la era de la globalización. Se cuestiona, además, que la seguridad jurídica sea un valor que realmente merezca ser perseguido: quizás –se argumenta– la aspiración de tener seguridad jurídica sea solamente el fruto de un pesado lastre ideológico o «mitológico» (asociado a los valores típicos de la modernidad jurídica, de la Ilustración, de la legalidad formal) que impide el «espontáneo» despliegue del derecho en dirección a una justa y razonable solución de los casos, así como su «vital» y progresiva evolución a través de la vía doctrinal y jurisprudencial¹. Y también se argumenta que el valor de la seguridad jurídica podría ser, en definitiva, tan solo una ingenua ilusión causada por una mera necesidad infantil de recibir, del derecho y del Estado, una segura y tranquilizante guía, del mismo modo en que el niño busca una guía en la autoridad paterna; ingenua ilusión que sacrificaría un valor quizás más importante, a saber, la adaptabilidad del derecho a las circunstancias concretas².

En este trabajo, no obstante, daré por asumido que la seguridad jurídica es un ideal apreciable y que, en cierta medida, es realizable (es decir, que no se trata necesariamente de una quimera o de una estafa). En otras palabras, teniendo en cuenta la distinción entre seguridad jurídica como hecho y seguridad jurídica como valor³, asumiré que la seguridad jurídica es un valor que amerita ser perseguido por el derecho (y que, además, se encuentra normalmente presente en la estructura normativa, en el catálogo de los valores jurídicos y en el contenido ético-sustancial de los ordenamientos jurídicos); y asumiré, además, que el mérito de este valor (su deseabilidad desde el plano ético-político) no se ve afectado por el hecho de que el derecho sea más o menos incierto⁴.

Teniendo en cuenta estas premisas, en el presente trabajo me propongo dos objetivos principales. El primer objetivo es tratar de definir o analizar el concepto de seguridad jurídica: sus componentes y sus requisitos (§ 2, 2.3). El segundo objetivo es evaluar si el Estado constitucional contemporáneo es compatible con el valor de la

¹ Una posición de este tipo es paradigmáticamente sostenida en Grossi (2014); y en Lipari (2015, pp. 1115-1143). Pero ya antes en Zagrebelsky (1992), se había sostenido que «no solo es dudoso que la seguridad jurídica como componente fijo en todas las partes del ordenamiento, pueda ser un objetivo realista. Es también dudoso que ello sea deseable» (pp. 202-203).

² Esta es la conocida tesis de Jerome Frank (1930), discutida en Bobbio (1951). Más allá de sus aspectos caricaturescos y provocadores, la tesis de Frank resalta un aspecto de la seguridad jurídica que probablemente esté destinado a ser recuperado en un futuro cercano, a saber, el de los beneficios psicológicos que la seguridad produce en los destinatarios de las normas jurídicas (véase, para una aproximación, Schauer, 1991, pp. 139-140).

³ La necesidad de efectuar esta distinción fue evidenciada originalmente por Letizia Gianformaggio (1986, p. 83), a partir de lo cual se ha transformado en una distinción imprescindible al menos en sede del análisis teórico-general sobre la seguridad jurídica (véase, por ej., Diciotti, 1999, p. 5; Luzzati, 1999, p. 252; Gometz, 2005, pp. 25 y ss.).

⁴ Por supuesto, si el derecho fuese (de hecho) siempre del todo incierto, el valor de la seguridad jurídica se presentaría en definitiva como un valor vacío de contenido o imposible. Pero una objeción de este tipo debe tener en cuenta el carácter gradual de la seguridad jurídica (*infra*, § 2.3).

seguridad jurídica; en otras palabras, el segundo objetivo es determinar cuál es el lugar de la seguridad jurídica en el Estado constitucional contemporáneo (§ 3).

2. Incertezas sobre la seguridad jurídica

A pesar de su importancia y de su carácter controvertido, la seguridad jurídica sigue siendo, en comparación con otros conceptos, un concepto poco explorado por los teóricos del derecho y por los juristas que laboran con el derecho positivo. Quizás solo sea una coincidencia. O quizás haya razones más profundas, vinculadas al inexorable carácter elusivo de este concepto: el concepto de seguridad jurídica, tan obvio, tan central, tan intuitivamente atractivo (a pesar de las controversias antes mencionadas), tan pronto se lo somete a un análisis poco menos que superficial, comienza a disolverse «como un fantasma»⁵, con la paradójica consecuencia de que termina siendo un concepto estructuralmente incierto.

A continuación, intentaré delinear una definición del concepto de seguridad jurídica (§ 2.1); después indicaré una lista de las condiciones (las condiciones de certeza) que permiten realizar o incrementar la seguridad jurídica⁶ (§ 2.2); en este apartado, en particular, será necesario introducir algunas distinciones útiles para desentrañar la complejidad interna del concepto de seguridad jurídica. Concluiré esta parte del análisis con un balance provisional centrado en el carácter relativo del valor de la seguridad jurídica (§ 2.3).

2.1. Seguridad jurídica: qué es y para qué sirve

2.1.1. ¿Qué es la seguridad jurídica?

Una definición inicial de «seguridad jurídica» puede ser la siguiente: la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera razonablemente confiable, las consecuencias jurídicas o la calificación jurídica de determinados actos o hechos. La misma definición puede ser reformulada útilmente recurriendo a la concepción de la norma jurídica como proposición condicional, es decir, conectando un antecedente (un presupuesto de hecho o un «caso genérico») a una o más consecuencias jurídicas (Pino, 2016a, cap. 2)⁷: en este sentido, la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera razonablemente confiable, los actos y hechos que caen dentro del presupuesto de hecho de la norma jurídica, así como las consecuencias que tal norma les atribuye.

Esta definición, como se puede advertir, no coincide con las definiciones más difundidas en la literatura jurídica, puesto que no identifica directamente a la «seguridad» con la «previsibilidad». Y es que, en efecto, como se verá dentro de poco, la previsibilidad no puede agotar el concepto de seguridad jurídica, aunque bien

⁵ La expresión es de Giovanni Tarello al referirse al concepto de «acción» (Tarello, 1977, pp. 241-261). Que la seguridad jurídica sea un concepto engañosamente simple es algo que también ha sido resaltado en Jori y Pintore (2014, p. 259). Para un listado de las múltiples y divergentes definiciones de seguridad jurídica que se encuentran en la literatura, véase Gometz (2005, pp. 7-13).

⁶ Como ocurre con otros conceptos filosóficos y filosófico-jurídicos (como «verdad» o «validez»), es posible y también útil distinguir el concepto de seguridad jurídica, por un lado, y las condiciones o criterios de la seguridad jurídica, por otro lado; en otras palabras, una cosa es establecer qué significa que el derecho sea (o no) cierto, y otra cosa es establecer en qué condiciones lo es (o no lo es). Para algunos ejemplos de esta estrategia de análisis conceptual, véase Ferrajoli (1989, cap. 1), sobre el concepto y los criterios de verdad; Diciotti (1997, pp. 303-351), sobre el concepto y los criterios de validez; y Luzzati (1999), sobre el concepto y los criterios de seguridad jurídica.

⁷ Para una reformulación de la seguridad jurídica en este sentido, véase también Schauer (1991, pp. 138-139). La noción de «caso genérico», a la que aquí se alude, es rigurosamente articulada en Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 43-46).

podría ser uno de sus criterios o condiciones. Análogamente, considero que la estabilidad o inviolabilidad de las relaciones jurídicas extinguidas no representa un significado distinto al de seguridad jurídica, como frecuentemente se afirma, sino más bien una de sus posibles condiciones o requisitos.

La definición aquí propuesta plantea algunas cuestiones; así, por ejemplo, respecto de qué condiciones es posible formular una evaluación en términos de seguridad jurídica o desde el punto de vista de quién debe ser formulada una evaluación de este tipo. Sin embargo, cuestiones como éstas se refieren, nuevamente, a las condiciones (y no al concepto) de seguridad jurídica y, por tanto, no serán abordadas en esta sección sino en la siguiente. En cambio, una cuestión que sí debe abordarse aquí tiene que ver con el contenido de una evaluación en términos de seguridad jurídica, es decir, qué significa poder identificar las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos.

La respuesta más extendida en la literatura jurídica, como se indicó poco antes, remite al concepto de «previsibilidad»; establecer las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos, por tanto, significaría poder prever en qué modo los órganos de aplicación adoptarán decisiones relacionadas con las consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento⁸. Sin embargo, este modo de plantear la cuestión suscita algunas perplejidades. Evidentemente, la noción de previsibilidad tiene en general un papel que desempeñar dentro del ámbito de la seguridad jurídica (§ 2.2); no obstante, sería engañoso identificar *tout court* a la seguridad jurídica con la posibilidad de formular previsiones. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que se puedan prever las consecuencias jurídicas que un órgano de aplicación asociará a un determinado acto o hecho, y en el que la previsión sea formulada sobre la base de elementos tales como la existencia de corrupción, amenazas, favores personales, fidelidad política, prejuicios raciales, prejuicios de género, u otros similares. Pues bien, si una previsión basada en consideraciones de este tipo fuese ampliamente confiable (por ejemplo, debido a la corrupción generalizada de los funcionarios públicos o a un escenario de grave intimidación sobre ellos, etc.), existiría ciertamente algún tipo de certeza o seguridad (sin más) y absolutamente nada impediría el desarrollo de conceptos y técnicas investigativas apropiadas para este tipo de situaciones⁹; pero, claramente, no se trataría de un asunto de certeza del derecho: no estaríamos ante una cuestión atinente a la seguridad jurídica (Luzzati, 1999, pp. 252 y ss)¹⁰.

La seguridad jurídica, en el sentido que aquí resulta relevante, no es un concepto puramente fáctico o naturalista sino un concepto normativo; en este sentido, una evaluación en términos de certeza (la posibilidad de identificar de una manera «cierta» el derecho que hay que aplicar o respetar) debe depender de la aplicación de un criterio normativo y universalizable, no de un juicio puramente empírico o de causa-efecto. En otras palabras, a los efectos del concepto relevante de seguridad jurídica, no se trata de formular hipótesis o profecías sobre lo que de hecho decidirá tal o cual juez el día de mañana; profecías que a veces podrán ser confiables (como en los ejemplos poco antes mencionados sobre la corrupción o las amenazas), pero

⁸ Para algunos ejemplos de esta concepción, véase Calamandrei (1955, p. 259); Lombardi Vallauri (1967, pp. 567 y ss.); Irti (1979, p. 94); Guastini (1986, pp. 1090-1102); Corsale (1988); Gometz (2005).

⁹ Piénsese, por ejemplo, en algunas investigaciones estadísticas recientes que han concluido que, de hecho, la digestión de los jueces condiciona el proceso de toma de decisiones judiciales (como lo auguraba ya un conocido eslogan del realismo jurídico estadounidense de la primera mitad del siglo XX). Véase, al respecto, Danziger, Leva y Avnaim-Pesso (2011, pp. 6889-6892).

¹⁰ Probablemente como resultado de la insatisfacción en identificar a la seguridad jurídica con la (mera) previsibilidad, existen algunas propuestas –que no comparto– que definen a la seguridad jurídica como una «combinación ideal» entre previsibilidad y aceptabilidad/corrección moral de las decisiones jurídicas; véase, por ejemplo, Aarnio (1987, pp. 3 y ss.); Peczenik (1989, pp. 24-25).

que otras veces podrían llegar a tener el mismo grado de fiabilidad que las previsiones sobre la ocurrencia de un terremoto o sobre los tipos de cambio en el mercado de divisas (Gianformaggio, 1986, p. 85; Diciotti, 1999, pp. 8-12).

Esta es una de las razones por las cuales la definición estándar de seguridad jurídica, formulada exclusivamente en términos de «previsibilidad», a mi modo de ver resulta insatisfactoria. Si la previsibilidad relevante a los efectos de la seguridad jurídica no puede ser entendida en un sentido puramente empírico, naturalista o incluso determinista –como casi todos admiten–, entonces aquella solo puede traducirse en la disponibilidad de un criterio normativo o, más bien, de un conjunto de criterios normativos (y no de meros datos fácticos) a la luz de los cuales sea posible realizar valoraciones razonablemente confiables sobre las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos. Así, la mera previsibilidad de las consecuencias jurídicas cede el paso a la corrección de la inferencia que lleva a asociar determinadas consecuencias jurídicas con determinados actos o hechos¹¹. Dicho de otro modo, el objeto de la previsión relevante a los efectos de la seguridad jurídica no es un simple hecho (el acto de decidir que haya sido concretamente adoptado por un determinado órgano de aplicación) sino un «deber ser»: el contenido de ese acto de decisión que debería derivar racionalmente de una serie de premisas normativas (Gianformaggio, 1986).

Esta es, precisamente, la noción que se necesita para definir con mayor exactitud el concepto de seguridad jurídica: la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera intersubjetivamente compartida, las consecuencias que el derecho atribuye a un determinado caso.

Una vez definido con precisión el concepto de seguridad jurídica, la cuestión ahora se desplaza hacia la identificación de las condiciones de la seguridad jurídica; es decir, las condiciones bajo las cuales resulta justificada la inferencia exigida por la seguridad jurídica (la identificación de las consecuencias jurídicas de un caso). Y ello, como se verá dentro de poco (§ 2.2), requiere de unas ciertas condiciones fácticas cuanto de un acuerdo intersubjetivo sobre determinados criterios normativos.

2.1.2. ¿Para qué sirve la seguridad jurídica?

Definido así el contenido, se puede tratar de aclarar, además, cuál es la función de la seguridad jurídica: para qué sirve, qué ideales promueve. Desde este punto de vista, la seguridad jurídica parece perseguir (o tiende a perseguir) no uno sino múltiples objetivos. No hay nada de extraño en esto: muchos valores e instituciones del derecho pueden perseguir varios objetivos a la vez. De hecho, ignorar este dato proyectaría una imagen parcial y reduccionista de la seguridad jurídica.

En este sentido, ante todo, es evidente que el derecho, siendo un fenómeno normativo o prescriptivo, para poder cumplir su función esencial de guiar la conducta humana, debe ser cognoscible y reconocible con seguridad o certeza por parte de sus destinatarios. Por tanto, una primera función de la seguridad jurídica se relaciona con el interés (por así decirlo) del propio derecho o de quien lo produce: la seguridad

¹¹ En un sentido similar, véase Gianformaggio (1986, p. 85), donde la autora, si bien parte de una definición inicial de seguridad jurídica como previsibilidad, concluye que la seguridad jurídica es una «función [...] de la existencia y del respeto, por parte del órgano decisorio y de otros órganos, de las reglas según las cuales se evalúan las decisiones como correctas o incorrectas [...] la previsibilidad de las decisiones, en este sentido, se traduce en controlabilidad: el valor específicamente jurídico de la seguridad es, por tanto, la controlabilidad de las decisiones jurídicas». Véase también Ferrajoli (1989, pp. 81-82); Luzzati (1999, pp. 274-275), sobre la seguridad jurídica como «controlabilidad»; y Waldron (2012, pp. 13-14), donde se hace referencia a la «*principled predictability*».

jurídica incrementa la eficacia y la eficiencia del sistema jurídico; para lograr sus fines, para ser obedecido, el derecho debe ser conocido por sus destinatarios (Corsale, 1988, p. 2; Luciani, 2015).

Pero esto no es todo. Si el derecho es un fenómeno normativo, un orden de la conducta humana, una «técnica social específica» (Kelsen, 1945, p. 26), entonces un derecho «cierto» o seguro es una técnica social que responde además a los valores de la equidad (en el sentido de *fairness*) y de la dignidad y autonomía de los ciudadanos. En efecto, la seguridad jurídica implica que el derecho se impondrá, con su aparato sancionador, solamente sobre los sujetos que están en condiciones de conocer las obligaciones y las correspondientes sanciones previstas por el propio derecho. No se ajusta a un sentido mínimo de justicia (tal como se encarna en la conceptualización del *Rule of Law*) sancionar a sujetos que no hayan sido debidamente informados sobre el disvalor de su comportamiento (Raz, 1977)¹². Además, al moverse dentro de un marco jurídico seguro, los ciudadanos pueden no solamente prever la reacción del derecho en relación con sus conductas, sino también formarse expectativas recíprocas sobre cómo se comportarán otros ciudadanos en tanto destinatarios de normas jurídicas (ciertas); de este modo, pueden formarse planes de acción en forma autónoma y racional (Celano, 2013b; Luciani, 2015, p. 1). Así entendida, la seguridad jurídica interesaría al *bad man*, pues le permitiría conocer y prever la reacción del aparato sancionador del derecho a efectos de evitarlo o eludirlo; pero también al buen ciudadano que desea respetar la ley y que, por esta misma razón, estará interesado en conocer lo que puede, debe o no debe hacer.

Finalmente, una ulterior función de la seguridad jurídica tiene que ver con la separación de poderes y, más concretamente, con la *accountability* de los órganos encargados de la aplicación del derecho. En efecto, un derecho cierto o seguro opera como un factor que reduce la discrecionalidad interpretativa y aplicativa: frente a un marco jurídico seguro, las elecciones interpretativas de los órganos de aplicación son más limitadas que las que podrían tener en un contexto de incertidumbre. La seguridad jurídica, en consecuencia, vuelve también más «controlables» las decisiones de los órganos de aplicación.

2.2. Condiciones de (in)seguridad

Lo que hasta aquí se ha venido desarrollando es el concepto (un posible concepto) de seguridad jurídica: la respuesta a la pregunta «¿qué es la seguridad jurídica?». Esto, sin embargo, todavía no nos dice nada acerca de las condiciones bajo las cuales es posible decir que el derecho es cierto o seguro.

En este punto resulta útil recurrir a dos pares de distinciones. La primera distinción es bastante obvia: el derecho (lo que llamamos derecho «objetivo» o derecho positivo) es, entre otras cosas, una suma de textos y de interpretaciones; es decir, el derecho es la suma de actos normativos, disposiciones y normas¹³. Por lo tanto, es razonable concebir que algunos aspectos de la seguridad jurídica se refieran al nivel de los textos normativos (es decir, al ámbito de la producción del derecho y de la redacción de los documentos normativos) y que otros aspectos se refieran al

¹² Véase también Pino (2016b, pp. 177-233), con referencia específica a la cuestión de la legalidad penal. Un argumento de este tipo constituye el fundamento de una conocida sentencia de la Corte Constitucional italiana (364/1988) en materia de *ignorantia legis*. Este aspecto de la seguridad jurídica, por lo demás, ha sido totalmente descuidado por quienes la asocian exclusivamente a una concepción autoritaria del poder; véase, por ejemplo, Grossi (2014).

¹³ Para una aproximación a este aparato conceptual, véase Guastini (2004) y Pino (2016a, cap. 1).

nivel de las normas (es decir, al ámbito de la interpretación y de la aplicación del derecho)¹⁴.

La segunda distinción, en cambio –y hasta donde conozco–, ha sido poco aprovechada en relación con la seguridad jurídica. Se trata de la distinción entre tipos de destinatarios de las normas jurídicas: destinatarios «primarios» (ciudadanos) y destinatarios «secundarios» (órganos de aplicación del derecho) (Pino, 2016a, cap. 2)¹⁵. El derecho, en efecto, tiene la función esencial de orientar la conducta humana (de los destinatarios primarios); pero, al mismo tiempo, es un fenómeno institucionalizado, caracterizado por la presencia de órganos de aplicación que entran en juego cuando resulta necesario aplicar normas jurídicas para resolver una controversia (en sentido amplio) entre aquellos destinatarios primarios. Por tanto, puede decirse que los órganos de aplicación también son destinatarios (secundarios) de las normas jurídicas. El papel que esta distinción puede desempeñar en el ámbito de la seguridad jurídica es algo que ya se sugirió anteriormente (§ 2.1.2), cuando se indicó que la seguridad jurídica puede asumir un diferente contenido de valor (una diversa función) para los ciudadanos y para los órganos de aplicación.

La noción tradicional e ilustrada de seguridad jurídica sitúa en el centro de la perspectiva al ciudadano, al hombre común, al destinatario primario de las normas jurídicas; es decir, al sujeto cuyo comportamiento se encuentra regulado por las normas¹⁶. No obstante, los problemas de seguridad jurídica también surgen desde el punto de vista de los órganos de aplicación: también estos pueden encontrarse en una situación en la que el derecho no ofrezca respuestas claras a ciertas preguntas y no sea posible saber claramente qué norma hay que aplicar para resolver una determinada controversia.

Es evidente, pues, que los problemas de seguridad jurídica (o, más bien, distintos problemas de seguridad jurídica) pueden plantearse bien sea desde el punto de vista del ciudadano o destinatario principal, o bien desde el punto de vista del órgano de aplicación o destinatario secundario. Se puede hablar, entonces, de una seguridad jurídica «primaria» referida a los ciudadanos y de una seguridad jurídica «secundaria» referida a los órganos de aplicación.

Ahora bien, ¿bajo qué condiciones el derecho resulta más o menos seguro (o cierto) para los ciudadanos y para los órganos de aplicación? Como ya se anticipó, lo anterior incluye unas determinadas condiciones fácticas así como el acuerdo intersubjetivo de determinados criterios normativos. Invirtiendo el orden que hasta ahora se ha venido siguiendo, en este punto conviene empezar con los órganos de aplicación o destinatarios secundarios.

Para los órganos de aplicación el derecho es cierto o seguro (seguridad jurídica «secundaria») si este les permite identificar las consecuencias jurídicas de un determinado acto o hecho, es decir, si el derecho ofrece una solución tendencialmente unívoca al caso por decidir. En línea de principio, si el derecho es cierto o seguro, el caso por decidir es un «caso fácil»¹⁷. Cuanto más aumenten las variables y los

¹⁴ Un punto de partida similar se encuentra en Lombardi Vallauri (1967, pp. 574-580), donde distingue entre «certeza sobre la existencia» (de una fuente del derecho) y «certeza sobre el contenido».

¹⁵ Esta distinción de perspectivas parece emerger también del análisis de la seguridad jurídica desarrollado en Gianformaggio (1986).

¹⁶ En una primera acepción, «el derecho es cierto si cada uno (si el ciudadano) se encuentra en condiciones de saber qué cosas están autorizadas por el derecho y qué cosas se pueden hacer libremente con base en el derecho» (Gianformaggio, 1986, p. 81).

¹⁷ En línea de principio, se subraya; y es que algunos casos difíciles derivan más bien del contraste entre un marco jurídico seguro (determinado o cierto) y algunas exigencias morales y de justicia.

márgenes de elección en la identificación de la solución jurídica del caso por decidir (o sea, cuanto menos predeterminada sea la solución jurídica del caso), tanto más el derecho será inseguro o incierto desde el punto de vista de los órganos de aplicación.

La lista de las condiciones idóneas para asegurar este marco de seguridad jurídica es larga y variable. Los elementos principales, en todo caso, son bien conocidos:

1_a) Claridad en la formulación de los enunciados normativos; tendencial preferencia por una regulación «por reglas» antes que por principios, directrices o cláusulas generales (Raz, 1972, p. 841; Schauer, 1991, pp.137-145; Laporta 2007, cap. III-IV); presencia de automatismos jurídicos que eviten recurrir a adjudicaciones caso por caso (ficciones, presunciones, etc.);

2_a) Claridad en la coordinación entre textos normativos (por ejemplo, limitando al máximo la derogación innominada o por incompatibilidad, o el uso de fórmulas derogatorias tales como «y posteriores modificaciones»¹⁸); claridad en las técnicas de resolución de antinomias normativas y acuerdo entre los distintos operadores jurídicos para usarlas de forma común; concentración en pocas fuentes (códigos, textos consolidados) de la regulación jurídica relevante para una determinada materia, evitando que se disperse en diversos actos emitidos en distintos momentos o incluso con diferente rango jerárquico¹⁹;

3_a) Claridad de las relaciones jerárquicas entre las diversas fuentes del derecho; y consenso, entre los diversos operadores jurídicos, respecto de estas relaciones;

4_a) Tendencial completitud de la regulación jurídica; mecanismos «automáticos» para colmar lagunas normativas (norma general excluyente, *in dubio pro reo*, etc.);

5_a) Acuerdo común sobre criterios interpretativos y argumentativos y sobre su orden de preferencia;

6_a) Univocidad de las orientaciones jurisprudenciales; reconocimiento de una autoridad interpretativa especial (nomofiláctica) en cabeza de algunas autoridades institucionales.

Cuanto más se presenten las anteriores condiciones, tanto más las decisiones de los órganos de aplicación serán «predeterminadas» por el derecho; no en el sentido de que tales decisiones, de hecho, se hayan de seguir mecánica y automáticamente (o muy probablemente), sino en el sentido de que el contenido de esas decisiones (la identificación de las consecuencias jurídicas de un determinado caso) será el producto de operaciones relativamente simples, predeterminadas e intersubjetivamente compartidas dentro de la comunidad jurídica de referencia. Si esto es así, los órganos de aplicación se moverán, en consecuencia, dentro de un marco de seguridad jurídica.

Diversa es la situación desde el punto de vista de los ciudadanos (seguridad jurídica primaria). Los ciudadanos obviamente no aplican el derecho, pero se encuentran en la situación de ajustar su propia conducta frente al marco jurídico existente. Además, y sobre todo, a diferencia de los órganos de aplicación, los

¹⁸ Véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 292/1984.

¹⁹ Sobre la importancia de la «reserva de código», particularmente en el derecho penal, véase Ferrajoli (2014, pp. 215-228).

ciudadanos no son –o no son necesariamente– técnicos del derecho: no se puede pretender que posean la competencia técnica necesaria para dominar las sutilezas internas al funcionamiento de la maquinaria del derecho (algunas de las cuales, de hecho, aparecen en la lista antes expuesta relacionada con los órganos de aplicación). En todo caso, el derecho se afianza en gran medida en la auto aplicación por parte de sus destinatarios, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos se adapten espontáneamente a los dictados del derecho (Waldron, 2016)²⁰, lo cual presupone que estos son capaces de identificar el contenido del derecho de una manera confiable. Para estos efectos, pues, es necesario que los ciudadanos tengan un acceso a la comunicación jurídica que sea lo más unívoco posible (y lo más claro, por supuesto).

Pues bien, en las organizaciones jurídicas contemporáneas, especialmente en aquellas del *civil law*, la forma de comunicación jurídica dotada de mayor grado de cognoscibilidad y accesibilidad es, tradicionalmente, el derecho legislativo (a diferencia del derecho doctrinal, jurisprudencial o consuetudinario). La ley –general, abstracta, pública– es el punto de acceso privilegiado del ciudadano a la comunicación jurídica. Pero, obviamente, la vida del derecho no termina en la fase de «producción», sino que continúa en la fase de aplicación. En la comunicación jurídica que se da entre el ciudadano y los órganos de producción del derecho (el «legislador») hay siempre un diafragma, una capa ulterior, un ruido de fondo, representado por los discursos de los órganos de aplicación (y también, aunque más indirectamente, por los discursos de los juristas en general). De aquí surge el dilema: por un lado, al menos en teoría, el derecho legislativo es el más fácilmente cognoscible por los ciudadanos; pero, por otro lado, lo que realmente interesa a los ciudadanos es saber cómo se aplica o cómo se aplicará el derecho.

De esto se sigue, me parece, que la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos depende en cualquier caso de la existencia de un punto de acceso unívoco a la comunicación jurídica: o bien porque el estrato o la capa de la comunicación jurídica representado por los discursos de los órganos de aplicación es completamente transparente respecto del estrato del derecho legislativo, como ocurre cuando los órganos de aplicación recurren constantemente a la interpretación literal de los textos normativos; o bien porque, al contrario, aquel estrato –en hipótesis divergente del derecho legislativo– es tan compacto que se superpone enteramente a éste, representando así, de manera unívoca, aquello que «realmente» le importa conocer al ciudadano. En otras palabras, a los efectos de la seguridad jurídica primaria, debe darse una situación que imite una dinámica de tipo «imperativista»: existe un soberano (ya sea el legislador o el derecho jurisprudencial objetivado en una orientación unívoca) que le dice claramente al ciudadano lo que debe o no debe hacer²¹.

Por tanto, se pueden señalar como condiciones de la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos (seguridad jurídica primaria):

²⁰ Ciertamente, es posible que los destinatarios primarios (los ciudadanos) ocasionalmente puedan identificar el derecho gracias a la intervención de expertos en ciertas materias jurídicas (abogados, profesionales, funcionarios administrativos, etc.); con todo, si se considera que el derecho está presente en la vida de los ciudadanos de manera extremadamente difusa, sería decididamente absurdo pensar que los ciudadanos requieren de una opinión legal experta para todas y cada una de las cuestiones jurídicas en las que se ven involucrados.

²¹ No es casual, por tanto, que un partidario del imperativismo (y del utilitarismo) como Bentham haya sido también partidario de la codificación, ni tampoco es casual que haya sido radicalmente contrario al derecho jurisprudencial.

1_b) Un derecho legislativo no disperso en una pluralidad de documentos diversos, que sea cuantitativamente compilado y fácil de encontrar (como típicamente ocurre en el caso de un código);

2_b) Un derecho legislativo razonablemente actualizado: una regulación obsoleta, de hecho, genera dudas sobre su vigencia actual, sobre cómo se compagina con la regulación más reciente y sobre cómo será efectivamente interpretada por los órganos de aplicación²²;

3_b) Limitación o tendencial exclusión de la legislación retroactiva; claridad en la regulación de los regímenes jurídicos intertemporales;

4_b) Claridad y univocidad en la formulación del derecho legislativo. Debe tenerse en cuenta que «claridad» no equivale necesariamente a «precisión»; en algunos casos, un enunciado bastante preciso puede ser del todo incomprensible. Piénsese en el caso de los enunciados normativos que contienen reenvíos en cadena a otros enunciados (Guastini, 2013, pp. 513-536): en estos casos, el significado del enunciado específico que dispone el reenvío probablemente sea claro (precisamente, el significado consiste en efectuar un reenvío a otro enunciado) pero el contenido normativo en general (la sustancia de la comunicación jurídica) puede ser bastante difícil de reconstruir. O piénsese en el uso de una terminología técnica o especializada, o en el uso de fórmulas que no son inmediatamente comprensibles, dentro de enunciados normativos dirigidos a regular conductas que pueden ser realizadas no solo por aquellos que dominan esa terminología sino por cualquier persona (por ejemplo, para fijar un límite de velocidad o para fijar el nivel de alcohol en la sangre permitido a los conductores) (Endicott, 2011, pp. 14-30);

5_b) El uso, por parte de los operadores jurídicos, de técnicas interpretativas que se ajusten a la letra de la ley o al significado «obvio» de los enunciados legislativos²³;

6_b) Formación de orientaciones interpretativas estables y consolidadas; existencia de una autoridad interpretativa especial y ampliamente reconocida;

7_b) Normas e instituciones que prevean la estabilidad o inviolabilidad de las relaciones jurídicas extinguidas (prescripción, caducidad, cosa juzgada, etc.) y su constante y coherente aplicación por parte de los órganos oficiales; celeridad en los procesos decisarios de los órganos de aplicación (pues, mientras están pendientes de resolución, los interesados se encuentran en una situación de incertidumbre respecto a la estabilidad de su propia situación jurídica);

8_b) Tendencial superposición entre la regulación jurídica y los valores morales ampliamente compartidos dentro de la comunidad de referencia; por ejemplo, la existencia de tipos penales altamente «artificiales» ocasiona un detrimiento para la seguridad jurídica (Gianformaggio, 1986, p. 81)²⁴.

²² Nótese que el requisito de la actualización de los datos normativos adquiere prominencia especialmente allí donde existe un cierto grado de dispersión de las fuentes del derecho. Por el contrario, allí donde sea notorio que las fuentes del derecho están concentradas en pocos documentos, y que en todo caso las eventuales modificaciones normativas están destinadas a ser incorporadas en esas mismas fuentes (como en el caso de la «reserva de código»: véase *supra*, nota 20), el hecho de que una fuente sea «antigua» no parece crear especiales problemas.

²³ Según la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 73/1958, la «exigencia fundamental de seguridad jurídica» requiere el uso de técnicas de interpretación restringida.

²⁴ Véase también la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 364/1988.

2.3. La seguridad jurídica como valor relativo

Se pueden ahora formular algunas observaciones conclusivas, de carácter general, sobre la seguridad jurídica. Una característica de la seguridad jurídica que emerge claramente de lo que hasta aquí se ha dicho es la multidimensionalidad de este concepto (y de sus condiciones). O, más bien, su carácter relativo; y es que, si se analiza con detenimiento, la seguridad jurídica es un valor relativo en muchos y diversos sentidos.

En primer lugar, es un valor relativo en el sentido de que adquiere distintos contenidos según se adopte el punto de vista de los ciudadanos o el punto de vista de los órganos de aplicación (seguridad jurídica primaria vs. seguridad jurídica secundaria). Desde el punto de vista de los órganos de aplicación, la seguridad jurídica exige esencialmente que existan criterios compartidos de corrección de las decisiones (referidos a la identificación de las fuentes del derecho, a su interpretación y a la presencia de una autoridad interpretativa). Desde el punto de vista de los ciudadanos, en cambio, la seguridad jurídica exige esencialmente la cognoscibilidad de los datos normativos y la previsibilidad de las decisiones de los órganos de aplicación, ya sea porque estas decisiones son fieles a la ley o porque reproducen la jurisprudencia constante. Por lo demás, mientras los ciudadanos solo pueden disfrutar de la seguridad jurídica o sufrir por la inseguridad jurídica, los órganos de aplicación, en cambio, pueden contribuir activamente a crear una situación de seguridad o inseguridad jurídica.

Estas dos dimensiones de la seguridad jurídica (para los ciudadanos y para los órganos de aplicación) son distintas, aunque entre ellas puedan cruzarse. En línea de principio se puede hipotetizar que, si el derecho es cierto o seguro para los órganos de aplicación, también lo será para los ciudadanos, aunque solo lo sea porque en esta circunstancia existirá la tendencia de dichos órganos a producir decisiones unívocas. Asimismo, si el derecho es incierto o inseguro para los órganos de aplicación, también lo será (y con mayor razón, se podría decir) para los ciudadanos. A la inversa, en cambio, no sucede necesariamente lo mismo: de hecho, un determinado marco normativo puede colocar al ciudadano en una situación de profunda incertezza o inseguridad jurídica, mientras que los órganos de aplicación podrían ser perfectamente capaces de afrontar ese marco de manera sencilla, utilizando sus propias herramientas del oficio (por ejemplo, algunos usos del argumento sistemático pueden ser instrumentos de fácil empleo para los órganos de aplicación, pero pueden resultar altamente técnicos y tendencialmente incomprensibles para los ciudadanos). Asimismo, un ciudadano podría creer que el derecho es cierto o seguro confiando razonablemente en la claridad de un determinado dato normativo (recuérdese que el ciudadano necesita puntos de acceso unívocos a la comunicación jurídica: el código, una ley concreta, un artículo concreto, etc.); sin embargo, el mismo ciudadano podría no darse cuenta de que tal dato normativo está inserto en una densa red de relaciones sistemáticas, o de que tiene tras de sí a un complejo historial interpretativo, todo lo cual complica y altera el significado según los ojos expertos de los órganos de aplicación.

Para mayor prueba de cómo el valor de la seguridad jurídica funciona de manera diversa según el punto de vista adoptado, nótese que las dos listas de las respectivas condiciones de seguridad esbozadas anteriormente, aunque incompletas y aproximativas, no coinciden entre sí: no todas las condiciones de seguridad jurídica para los órganos de aplicación son adecuadas para garantizar la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos. Esto es particularmente claro en el caso de la exigencia de irretroactividad: mientras una ley retroactiva —por definición, se podría decir— toma al ciudadano por sorpresa y lo enfrenta a consecuencias jurídicas

que no podría haber conocido al momento en que realizó un determinado acto o hecho, para los órganos de aplicación ello no plantea *per se* problemas de seguridad jurídica; la aplicación de dicha ley retroactiva podría ser, en teoría, clara. Así también, la misma «precisión» de los enunciados normativos (distinta de su «claridad»: véase *supra*, literal 4_b) puede tener distintas repercusiones según se trate de los ciudadanos o de los órganos de aplicación.

Pero la seguridad jurídica, en segundo lugar, es también un valor relativo en el específico sentido de que las condiciones de seguridad o certeza tienen un carácter gradual; por tanto, la seguridad jurídica es siempre una cuestión de más o menos (Lifante Vidal, 2013, pp. 93 y ss.). Basta observar las condiciones de seguridad jurídica enumeradas en la sección anterior para darse cuenta de que la evaluación en términos de seguridad o certeza depende de la interacción de múltiples factores que, en su mayoría, tienen una dimensión escalar y no dicotómica. De manera más general, puede decirse que el propio modo de ser y de funcionar del derecho (su carácter sistemático y jerárquico; el uso del lenguaje natural, que es estructuralmente vago; la pluralidad de sujetos dotados de un poder decisorio) hace inevitable que el derecho incorpore algún grado de incertidumbre. Esto explica por qué la seguridad jurídica es una noción particularmente difícil de identificar en la práctica: aunque obviamente puedan existir casos particularmente claros de certeza, así como de inseguridad jurídica, no es posible determinar un umbral preciso más allá del cual la inseguridad o incertidumbre se vuelva intolerable. El juicio sobre la seguridad jurídica es contextual, relacional y, por tanto, estructuralmente incierto.

Finalmente, en tercer lugar, la seguridad jurídica es también un valor relativo en el sentido de que no puede ser considerado el único valor relevante para el derecho, ni necesariamente el más importante (o, al menos, no siempre y en todos los casos el más importante)²⁵. A veces un derecho «elástico», formulado mediante directrices y cláusulas generales, puede lograr objetivos socialmente apreciables de mejor modo que un derecho cierto pero rígido (Endicott, 2011; Waldron, 2011; Moreso, 2012, pp. 225-237). Y ciertamente, el valor de la seguridad jurídica puede ser más importante –y tendencialmente inderogable– en algunos ámbitos (por ej., en el derecho penal, en el derecho tributario, en el derecho sancionador en general, etc.) pero menos importante en otros. Se presenta aquí la habitual contraposición –presente no solo en el derecho, aunque sobre todo en el derecho– entre certeza y justicia, entre aplicación de reglas fijas y juicios casuísticos. Probablemente el derecho, aunque ante todo constituya «regla de conducta», y aunque incorpore estructuralmente una exigencia de seguridad o certeza (*supra*, § 1), necesite de ambos valores. Y nuevamente, no existe una fórmula para predeterminar cuándo es mejor dejar de lado las reglas rígidas y confiar en una valoración equitativa²⁶.

3. La seguridad jurídica en el Estado constitucional

Hasta ahora he asumido que la seguridad jurídica es un valor que se puede apreciar desde un punto de vista ético-político (aunque no sea el único valor y aunque no necesariamente sea el más importante); he dado una definición del concepto y de las condiciones de seguridad jurídica; y he argumentado que la seguridad jurídica es un valor relativo desde varios puntos de vista. Ahora bien, es conocido –y además ya se ha mencionado– que en el derecho contemporáneo (o posmoderno) la seguridad jurídica se ve socavada por múltiples factores; entre ellos, la explosión/atomización del derecho legislativo (la pérdida de generalidad y abstracción de la leyes, la rápida

²⁵ Sobre la inevitable tensión entre seguridad jurídica y equidad, incorporada por el derecho, véase Calamandrei (1955, p. 259); Lombardi Vallauri (1967, pp. 592-593).

²⁶ Sobre este problema véase Schauer (1991, pp. 196 y ss); Bayón (1996, pp. 143-162); Celano (2016).

sucesión de leyes que regulan una misma materia, la fragmentación de la regulación jurídica en múltiples textos legislativos, el descuido en la formulación lingüística de las leyes), la decadencia de los códigos, la difusión del *soft law* y otras fuentes atípicas del derecho, la superposición –a menudo muy complicada– entre fuentes nacionales y supranacionales, etc.

En esta segunda parte del trabajo me concentraré en un ángulo particular (pero no secundario) de la actual «crisis» de la seguridad jurídica, que se relaciona con el lugar de este valor en el Estado constitucional. De hecho, el propio advenimiento del Estado constitucional puede ser considerado un factor más de la crisis de la seguridad jurídica. Y la seguridad jurídica, a su vez, puede ser considerada como uno de esos conceptos (como el de validez, interpretación, etc.) que ofrecen un excelente punto de vista para penetrar en el funcionamiento del Estado constitucional contemporáneo y en sus dinámicas internas, especialmente si se compara el papel reconocido a dicho valor dentro del diverso contexto del Estado de Derecho o Estado «legislativo».

Comencemos por aquí. Por Estado de Derecho o Estado legislativo se entiende al modelo de organización jurídica que se difundió en la Europa continental durante el siglo XIX y que se centra en los siguientes elementos característicos: el monopolio estatal de la producción de derecho; una jerarquía de las fuentes donde la ley está firmemente colocada en el más alto nivel de la juridicidad; la codificación del derecho, que reúne todo el derecho relativo a una determinada materia en un solo texto concebido como completo y coherente; y una cultura jurídica que encomienda a los órganos de aplicación el papel de fieles aplicadores de la ley (gracias a herramientas o a ficciones ideológicas tales como el silogismo judicial, la interpretación estrictamente literal o la búsqueda de la voluntad del legislador histórico)²⁷.

En este modelo de organización ius-política y de cultura jurídica, la seguridad o certeza del derecho asume un valor absolutamente preeminente²⁸; es una especie de meta-valor que preside el funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico y que resulta funcional a (o es el presupuesto de) la realización de todos los demás valores perseguidos por el ordenamiento: la protección de la autonomía individual, la seguridad de los negocios jurídicos, la igualdad formal. El derecho del Estado legislativo aspira a presentarse como una especie de monolito bien esculpido: los ciudadanos lo pueden ver claramente, está fijo y es relativamente fácil no chocar contra él²⁹ (en este contexto, la forma paradigmática del derecho es el código). Para usar otra metáfora, el derecho del Estado legislativo funciona (o debería funcionar, según esta proyección ideológica) como una máquina: es confiable, previsible, siempre da la misma respuesta si se le presenta el mismo problema, y garantiza así a los ciudadanos la máxima libertad de movimiento y el máximo grado de calculabilidad de las consecuencias de sus propias acciones³⁰.

²⁷ Al respecto, véanse las reconstrucciones ofrecidas en Bobbio (1961); Fioravanti (1991); Zagrebelsky (1992).

²⁸ López de Oñate (1942, p. 74) (la seguridad jurídica constituye la «savia vital» del concepto mismo de Estado de Derecho); Cattaneo (1986, p. 16) («uno de los pilares de la concepción jurídica ilustrada es [...] la rígida defensa de la seguridad jurídica»); Fioravanti (1991); Grossi (2014, p. 55) (sobre la seguridad jurídica como «principio supremo» del Estado legislativo); Luciani (2015, p. 2).

²⁹ «[A]ll igual que las leyes de la naturaleza, las leyes del Estado proporcionan características fijas del entorno en el que [el individuo] tiene que moverse» (Von Hayek, 1960, p. 153).

³⁰ La metáfora del derecho (o del Estado) como máquina estaba ya presente en Thomas Hobbes y fue también aprovechada por Max Weber. Véase al respecto Itzcovich (2009, pp. 379-384); Cassese (2009, pp. 33-35). La idea (también de origen weberiano) de «calculabilidad» ha sido recientemente recuperada

Con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, casi todo lo que está dentro de este marco cambia. El meta-valor ya no es ahora la certeza sino el pluralismo³¹. Evidentemente, la seguridad jurídica no está ausente en el panorama de los valores protegidos por el Estado constitucional; además, ciertos aspectos estructurales del Estado constitucional atestiguan precisamente una elección en favor de la seguridad jurídica: piénsese, por ejemplo, en el control de constitucionalidad concentrado, que allí donde está disponible sirve para sustraer el juicio sobre la validez de las leyes a la pluralidad de opiniones de los jueces ordinarios; o en la rigidez constitucional, que establece la distinción entre la materia constitucional o la «esfera de lo indecidible» (Ferrajoli, 2007a, pp. 822, 848; Ferrajoli, 2007b, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304) y el ámbito de libre margen de acción del legislador; o en el mismo hecho de que en el Estado constitucional existe típicamente una constitución escrita, que sirve para establecer con (relativa) certeza cuáles son los valores protegidos por el Estado (Dogliani, 1997; Camerlengo, 2002, cap. 1). Y, obviamente, algunas disposiciones constitucionales sustantivas (además de las disposiciones estructurales) pueden verse fácilmente (también) en términos de seguridad jurídica: por ejemplo, la irretroactividad y la taxatividad de la ley penal o la institución de la reserva de ley.

Por tanto, en una primera aproximación, podría decirse que en el Estado constitucional el valor de la seguridad jurídica no desaparece sino que adquiere una (nueva y sucesiva) dimensión relativa: es un valor entre todos los valores presentes dentro del panteón constitucional, que entra constantemente en ponderación con otros valores o principios constitucionales³².

Pero esto no es todo. Visto con mayor detenimiento, la seguridad jurídica en el Estado constitucional sufre otro tipo de relativización o debilitamiento. Aquí se debe pasar de la consideración de los aspectos estructurales o incluso de los contenidos sustanciales del Estado constitucional, a la cultura jurídica que dentro de él se inserta; es decir, se debe prestar atención a las actitudes interpretativas y argumentativas difundidas entre los juristas que operan en el contexto del Estado constitucional (cultura jurídica a veces definida como «neoconstitucionalista»³³).

3.1. Factores de incertidumbre en el Estado constitucional

El rasgo fundamental de esta cultura jurídica es la idea de que la constitución es un conjunto de principios (o incluso de valores) que funcionan como fundamento de todo el ordenamiento jurídico y que tienen la función de orientar un proceso de profunda transformación social. Los principios constitucionales, según esta forma de ver las cosas, no se refieren a una específica y definida «materia constitucional», pero pueden adquirir relevancia en cualquier ámbito del derecho y para cualquier cuestión jurídica; el derecho infra-constitucional, por lo tanto, es visto como un desarrollo de los principios constitucionales relevantes. En suma, la constitución es considerada un documento jurídico plenamente normativo, lo que significa que es susceptible de aplicación judicial (directa o indirecta). Y no sólo eso: se considera que el deber de

en Irti (2016). Todo esto puede ser vinculado con el modelo del «juez autómata» y de la aplicación puramente mecánica de la ley, idea muy difundida también dentro de este contexto (véase Bobbio, 1961).

³¹ Sobre el pluralismo como meta-valor del constitucionalismo contemporáneo, véase Zagrebelsky (1992, pp. 11, 16, 170-173); Bin (2007, pp. 24, 30); Luciani (2013, p. 59); Pino (2017, cap. 1).

³² Un ejemplo en este sentido podría ser la conocida Sentencia 364/1988 de la Corte Constitucional italiana, donde se establece que la presunción de conocimiento de la ley penal (art. 5 del código penal italiano), que bien puede ser considerada como una institución específicamente derivada de la seguridad jurídica, debe debilitarse para poder tener en cuenta otros principios constitucionales (como el carácter personal de la responsabilidad penal y la función reeducativa de la pena).

³³ Para una reconstrucción más detallada de esta cultura jurídica (que prefiero llamar «constitucionalismo contemporáneo» o «constitucionalismo de los derechos»), véase Pino (2017, cap. 1).

todo operador jurídico –y de todo operador judicial, en primer lugar– es contribuir a la mayor y mejor concreción o aplicación de la constitución (con los medios que estén a su alcance).

Pues bien, cuando una cultura jurídica de este tipo comienza a operar dentro de una organización jurídica (especialmente si existe una constitución escrita y un control de constitucionalidad), la seguridad jurídica se coloca progresivamente en un segundo plano.

Ante todo, el mismo hecho de que la ley se encuentre en una posición subordinada a la constitución debilita la seguridad jurídica, dado que la validez de la ley puede ser siempre cuestionada con respecto a la constitución: la seguridad de la ley se debilita debido a la seguridad (y efectividad) de la constitución³⁴. Pero esto es solo la punta del iceberg. En el Estado constitucional, la superioridad de la constitución sobre la ley produce una serie de consecuencias ulteriores que descienden en cascada. Veamos cuáles son las principales consecuencias, siempre desde el punto de vista de la erosión de la seguridad jurídica.

1) La cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo califica a las normas constitucionales como principios. Esto se ve favorecido por la propia formulación textual de las disposiciones constitucionales, cargadas de términos vagos e indeterminados o de términos valorativos que remiten a conceptos ético-políticos (libertad, igualdad, dignidad, democracia, etc.). La presencia de este tipo de lenguaje, a su vez, es la consecuencia de las típicas aspiraciones de las constituciones pluralistas: representan un compromiso entre diversas visiones de la sociedad sobre algunos valores fundantes, aspiran a transformar la sociedad a la luz de esos valores y aspiran a durar prolongadamente. En consecuencia, se tiende a dar por descontado que tales disposiciones constitucionales expresan principios (antes que reglas)³⁵. Ahora bien, los principios son normas genéricas e indeterminadas con un campo de aplicación (presupuesto de hecho) muy amplio y, por tanto, tienden a entrar en conflicto entre sí: su aplicación exige operaciones de concretización y de ponderación (a veces caso por caso). Además, las disposiciones de principio normalmente son objeto de una interpretación extensiva (o, en cualquier caso, se rechaza la interpretación literal); en consecuencia, los principios son utilizados como puntos de partida desde los cuales es posible generar, por la vía interpretativa, nuevas normas (nuevas reglas o, a su vez, ulteriores principios)³⁶. Así, pues, el panorama de los principios constitucionales está en continuo movimiento: siempre pueden derivarse nuevos principios de la constitución o, en todo caso, nuevos principios con relevancia constitucional, así como siempre pueden idearse nuevas posibilidades para la solución de conflictos entre principios constitucionales³⁷.

2) La validez de las leyes depende de juicios de valor. En el Estado constitucional, el juicio sobre la validez de una ley no consiste solo en una valoración puramente formal (el respeto de un procedimiento) sino también, y sobre todo, en una valoración de compatibilidad y de congruencia sustancial entre la ley y los principios

³⁴ Véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 225/1987, donde precisamente se contrapone la seguridad de la ley con la seguridad de la Constitución.

³⁵ Calificar una norma como regla o como principio es el resultado de una elección interpretativa. Pues bien, la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo tiende a interpretar las disposiciones constitucionales, o la mayoría de ellas, precisamente como principios y no como reglas.

³⁶ Esta es la llamada dimensión «nomogenética» de los principios (Pino, 2010, p. 54).

³⁷ Este aspecto del constitucionalismo contemporáneo (la presencia de principios) suele considerarse como la principal razón de su incompatibilidad con la seguridad jurídica. Véase, al respecto, Zagrebelsky (1992); Guastini (1996, pp. 513-525); Luzzati (2011, pp. 1205-1223); y Luciani (2015), donde también se identifica como factor de inseguridad jurídica a la protección multinivel de los derechos. Pero, como aquí se intenta mostrar, el asunto va mucho más allá de la presencia de principios.

constitucionales relevantes. Además, el contenido mismo de estos principios puede ser controvertido, puesto que identificarlo exige una «lectura moral»³⁸. Por consiguiente, el examen sobre la validez sustancial de la ley puede requerir complejas y controvertidas valoraciones, incluso de carácter ético-sustantivo³⁹.

3) Si en la arquitectura del Estado constitucional el control concentrado de constitucionalidad es una salvaguarda de la seguridad jurídica⁴⁰, la práctica de la interpretación conforme a la constitución tiende a transformar el juicio de constitucionalidad en un juicio difuso: asegura una penetración directa de los principios constitucionales en el tejido del derecho legislativo pero solamente para el caso concreto, con la consecuencia de que nada garantiza que otros jueces no puedan dar una diversa interpretación de la ley en cuestión o no puedan evaluar de distinta manera su incompatibilidad con la constitución.

4) Las cortes constitucionales combinan su papel de legislador negativo (que probablemente se encuentra presupuesto, en Italia, en el artículo 136 de la Constitución)⁴¹ con un rol cada vez más preponderante de autoridad interpretativa y hasta de co-legislador, especialmente cuando dictan sentencias aditivas o sustitutivas (Marcenò, 2012, pp. 296-308). Por un lado, estas técnicas decisorias aseguran una pronta adecuación del derecho legislativo a los principios constitucionales (sin pasar por el «vacío» legislativo que produciría, sin más, una sentencia de inconstitucionalidad); pero por otro lado hacen que el derecho –aunque en distinta medida y según el caso– sea menos cierto y menos fácil de conocer. El caso más llamativo lo representan las sentencias aditivas o interpretativas «de principio», que reenvían a una posterior concretización por parte del juez al menos hasta que el legislador intervenga en la materia (Ruggeri y Salazar, 2006, p. 849).

5) La labor jurisprudencial de concretización de principios constitucionales puede, en ocasiones, adoptar la forma del «diálogo» o de la cooperación⁴²; pero otras

³⁸ Véase Ferrajoli (1989, pp. 352-353) (sobre las «connotaciones sustancialistas y evaluativas de la validez»); p. 918 («el juicio sobre la validez sustancial de las leyes [...] es un juicio de valor»); p. 919 («una vez incorporados en los niveles más superiores, los valores ocasionan que los juicios sobre la validez de las normas de nivel inferior sean juicios evaluativos»); pp. 916-917 (p. 917: la «validez de las leyes nunca puede decidirse con certeza»). Véase también Celano (2013a, cap. 2); Pino (2010, pp. 139-142); Pino (2014, pp. 190-217). La noción de «lectura moral» de la constitución se remonta a Dworkin (1996).

³⁹ Léase, por ejemplo, el siguiente pasaje de la sentencia n. 487/1989 de la Corte Constitucional italiana, relativo al alcance de la reserva de ley en el ámbito del principio de legalidad penal: «así como el alcance efectivo del principio “general” de legalidad en materia penal, al menos por regla general, no se deduce en toda su amplitud solo a partir de las fórmulas constitucionales (que, pese a su falta de univocidad, sin embargo lo enuncian) sino que se deduce, como ahora es generalmente admitido, de la profunda *ratio* que las inspira, del mismo modo la comprensión real, en especie, del principio de reserva de ley en materia penal, debe derivarse principalmente del fundamento político-ideológico, sistemático y teleológico de dicho principio, antes que de las declaraciones constitucionales que lo enuncian, las cuales son necesarias y solemnes pero no siempre son técnicamente precisas; declaraciones cuyo contenido y límites deben también (y sobre todo) derivarse, en efecto, de los citados fundamentos y, en particular, de la función objetiva y determinante que la reserva en cuestión desempeña en toda la rama penal del ordenamiento estatal».

⁴⁰ En sentido contrario, cfr. Luzzati (2011); y Luciani (2016, pp. 391-476), donde se sostiene que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, las sentencias de inconstitucionalidad producen un efecto contradictorio: «si, de hecho, las consecuencias de la inconstitucionalidad declarada por la Corte Constitucional son mucho más sólidas que las que produce una interpretación, tal resultado compromete la estabilidad del ordenamiento» (p. 473).

⁴¹ La idea de que una corte o tribunal constitucional deba funcionar esencialmente como un «legislador negativo» fue originalmente defendida en Kelsen (1928).

⁴² En el contexto judicial italiano, véase, por ejemplo, la sentencia de Casación n. 5747 (12.3.2007) y la sentencia de Casación (Secciones Unidas) n. 22601 (2.12.2004), donde se reconoce una cierta autoridad a las interpretaciones de la Corte Constitucional a efectos de garantizar la seguridad jurídica (siempre que no existan razones graves para optar por otra interpretación).

veces, en cambio, puede adoptar la forma del conflicto o de la competición: una competición entre diferentes órganos de aplicación sobre la mejor interpretación constitucional y legal a la luz de la constitución (hablamos de la denominada «guerra de cortes»)⁴³. En estos casos, evidentemente, un órgano de aplicación asume que su propia interpretación es, en definitiva, mejor (es decir, más fiel a la Constitución) que la realizada por otro órgano de aplicación. En este sentido debe notarse que, en Italia, incluso si la Corte Constitucional se presenta como una jurisdicción interpretativa, el hecho es que sus interpretaciones no son reconocidas como vinculantes por el circuito judicial en su conjunto; de modo que, aun cuando la Corte Constitucional señale una interpretación de la ley conforme a la Constitución, los jueces ordinarios conservan todavía la libertad de buscar otras interpretaciones de esa misma ley si las consideran mayormente conformes a la Constitución (recuérdese que el juicio de compatibilidad entre la ley y los principios constitucionales puede implicar valoraciones complejas y ser en sí mismo un juicio controvertido: véase *supra*, numeral 2 de esta misma sección). Se desencadena, así, una competición entre órganos judiciales con el objetivo de interpretar y aplicar de mejor modo la constitución, donde cada órgano «dialoga» directamente con ella (salvo que al final la situación se resuelva mediante un pronunciamiento autoritativo de inconstitucionalidad emitido por la Corte Constitucional).

6) El Estado constitucional está estructuralmente abierto a la integración supranacional (en la Constitución italiana ello se desprende de los artículos 10, 11 y 117): al estrato legislativo del derecho, y al estrato constitucional, se añade así una capa más o incluso varias capas más de origen supranacional (el derecho producido según la CEDH, el derecho euro-unitario, etc.). Nuevamente, el entrecruzamiento y la superposición entre estos estratos de legalidad aumenta la complejidad de las operaciones de identificación del derecho y trae consigo costos en términos de seguridad jurídica, especialmente para los ciudadanos, pero también para los órganos de aplicación (Luciani, 2015).

7) La cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo es «sustancialista»: exige la búsqueda de la solución más adecuada a los casos, la «*justicia sustancial*» (Zagrebelsky, 1992, p. 204). Consecuencia de ello es el desmantelamiento de los automatismos jurídicos y de las soluciones legislativas demasiado rígidas⁴⁴ que, sin embargo, como se ha visto (§ 2.2), constituyen instrumentos de seguridad jurídica.

3.2. La seguridad jurídica ¿en disolución?

Lo que emerge de todo lo anterior es un marco complejo y en continuo movimiento (Zagrebelsky, 1992, p. 202). Si el Estado legislativo buscaba la fijación, la estabilidad, la identificación de fronteras claras (entre el derecho y la moral, entre el derecho y la política, entre el derecho interno y el derecho supranacional), el Estado constitucional,

⁴³ Véase, por ejemplo (siempre con referencia al contexto judicial italiano), la sentencia de Casación (Secciones Unidas) n. 23016 (17.5.2004), donde se afirma que «las decisiones interpretativas de rechazo emitidas por la Corte Constitucional no tienen eficacia *erga omnes* [...] y, por tanto, determinan un vínculo negativo solo para el juez del proceso en que se planteó la cuestión respectiva. En todos los demás casos, el juez conserva el poder-deber de interpretar con plena autonomía las disposiciones legales conforme al art. 101, inciso 2, de la Constitución, siempre que se realice una lectura constitucionalmente orientada (aunque distinta de la señalada en la decisión interpretativa)».

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Onida (2008, p. 53), donde se afirma que forma parte del «núcleo fuerte de las ideas del constitucionalismo», entre otras cosas, el principio de igualdad, entendido como «canon fundamental de adecuación de los tratamientos jurídicos a las situaciones»; véase también Dogliani (2001, p. 158). Sobre el continuo desmantelamiento de mecanismos legislativos excesivamente rígidos (presunciones, automatismos, etc.) por parte de la Corte Constitucional italiana, véase Bin (1992, pp. 88-93); Zagrebelsky y Marcenò (2012, pp. 209-213); Cartabia (2016, pp. 179-181).

en cambio, desdibuja todas estas fronteras y busca la continua adecuación del derecho infra-constitucional a los principios constitucionales. Esta adecuación, además, se persigue con el aporte de múltiples sujetos y se persigue también (por no decir sobre todo) por la vía interpretativa antes que por la vía legislativa. El Estado constitucional desencadena, pues, una difusión (y quizás una prevalencia) del momento jurisprudencial en detrimento del momento legislativo⁴⁵.

El Estado constitucional determina el paso de la cultura de la certeza a la cultura de la justificación (Kumm, 2010; Cohen-Eliya y Porat, 2013, cap. 6; Pino, 2017, cap. 7): todo acto de producción del derecho está sujeto a un continuo escrutinio de compatibilidad con los principios constitucionales relevantes; la autoridad numérica (el principio de la mayoría) es sustituido por –o por lo menos se acompaña de– la necesidad de aportar buenos argumentos a la luz de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁶; la legitimación puramente política es sustituida por –o por lo menos se acompaña de– una legitimación axiológica (las cortes y tribunales constitucionales aparecen como custodios de los valores o de la razonabilidad; se advierten competiciones entre diversos sujetos con vistas al objetivo de ofrecer la mejor garantía de los derechos fundamentales; etc.).

La imagen vertical propia del Estado legislativo, con la ley en el vértice del sistema de las fuentes del derecho y el juez sujeto únicamente a la ley, contrasta así con un modelo difuso, caracterizado por el equilibrio y el control recíproco entre múltiples poderes dotados de legitimidad (el legislador, las autoridades administrativas independientes, los jueces ordinarios, el tribunal o la corte constitucional, los tribunales supranacionales, etc.). La pirámide (o el monolito) es reemplazada por el caleidoscopio: un equilibrio cambiante entre diversos poderes, sin que ninguna autoridad sea por sí misma capaz de imponer la última palabra. Dicho de modo diverso –aunque en esencia es lo mismo– la última palabra, el ejercicio del poder soberano, se retrasa todo lo posible, se diluye en un caleidoscopio de vínculos y contrapoderes donde la autoridad para tomar decisiones viene acompañada de la carga de proporcionar justificaciones adecuadas⁴⁷.

Pues bien, si se tiran los hilos de esta breve panorámica, emergen claramente las sombras que el Estado constitucional proyecta sobre la seguridad jurídica. Estas sombras se pueden resumir, en definitiva, en el hecho de que el derecho del Estado constitucional es un derecho principalmente jurisprudencial. No es que la legislación desaparezca del panorama, por supuesto; pero la producción legislativa del derecho en el Estado constitucional es casi siempre solo el paso inicial de un proceso metabólico en el que participan diversas categorías de intérpretes. Este proceso, además, tiende a ser interminable –o, en todo caso, sin un punto de llegada precisamente definido– y tiene por objeto la elaboración de una regulación jurídica que sea lo más conforme posible a los principios constitucionales.

⁴⁵ En Italia, por ejemplo, la Ley n. 40/2004 en materia de reproducción asistida fue objeto de una compleja e invasiva reescritura en sede jurisprudencial.

⁴⁶ «[A]nalizar y adentrarse en el juicio de razonabilidad sirve [...] para iluminar la función de los jueces, que deben permanecer condicionados no solo por las prescripciones, a menudo precipitadas y desordenadas, sino también y sobre todo por la lógica, la sensibilidad, la responsabilidad [...] Lo cual, me parece, conduce a resultados mucho más acordes con las exigencias de una moderna sociedad democrática *donde la verdadera soberanía debe atribuirse a la persuasión, renunciando a dogmatismos fáciles y a cómodos principios de autoridad*» (Lavagna, 1973, p. 655, cursivas añadidas). En un sentido similar, véase también Luciani (1991, p. 177).

⁴⁷ Sobre la idea de que el Estado constitucional rechaza la lógica de la primacía, de la *suprema potestas*, de la última palabra, véase Barberis (2006, pp. 78-80); Ferrarese (2011, pp. 77-82); Celano (2013a, pp. 161-162); Fioravanti (2014, pp. 1092-1093); Zagrebelsky y Marcenò (2012, pp. 380-381), sobre el derecho del Estado constitucional como «cura para muchos»; Cartabia (2016, p. 187).

Ahora bien, desde el punto de vista específico de la seguridad jurídica, la generalizada «jurisprudencialización» del derecho contemporáneo trae consigo algunos problemas. Comparado con la ley, en efecto, el derecho jurisprudencial es menos accesible al ciudadano: bien sea en el sentido de la pura y simple accesibilidad a los pronunciamientos judiciales (que son, además, sobreabundantes y cambiantes) o bien porque dicho derecho es el resultado de un poder «técnico» (es completamente ilusorio pensar que un ciudadano común tenga la posibilidad de adentrarse en los tecnicismos de una sentencia de casación o de determinadas sentencias interpretativas de las cortes constitucionales)⁴⁸. En consecuencia, existe el riesgo de que el derecho del Estado constitucional se vuelva no solo cada vez más jurisprudencial, sino también cada vez más sapiencial (en el sentido de «técnico», esotérico, iniciático): que persiga la certeza para el órgano de aplicación pero no la certeza para el ciudadano⁴⁹. Y finalmente, en ausencia de un precedente vinculante o del reconocimiento generalizado de una autoridad interpretativa especial en manos de un determinado órgano, el derecho jurisprudencial vale (por definición) solo para el caso concreto, con evidentes repercusiones sobre el valor de la seguridad jurídica; tanto más cuando la práctica de la interpretación conforme llega hasta la inaplicación de la ley por parte de los jueces ordinarios (Sorrenti, 2006).

Obviamente, la seguridad jurídica –especialmente en el contexto del Estado constitucional– es solo uno de los valores jurídicos (y es, como se ha visto, un valor relativo). Otros valores, como la adecuación del derecho (también por la vía interpretativa) a la realidad social, y la necesidad de evitar soluciones absurdas o gravemente injustas, exigen que el derecho tenga siempre un cierto grado de flexibilidad. Tampoco es posible soñar con un retorno a la seguridad jurídica «ilustrada», enteramente centrada sobre la claridad y la racionalidad de las leyes: ese legislador, hoy en día, ha salido completamente del escenario (Scarpelli, 1987; Irti, 1979) (si es que alguna vez existió realmente). Pero, como ya se ha visto, no puede decirse que la seguridad jurídica no forme, de todos modos, parte de los valores incorporados en la estructura normativa del Estado constitucional.

Ahora bien, aunque no existan recetas mágicas, la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo ciertamente puede dotarse de algunos anticuerpos en clave de seguridad jurídica; y ello también a efectos de evitar que el Estado constitucional, exasperando algunas de sus dinámicas internas, termine por fagocitar sus propias conquistas (en materia de derechos, libertades, igualdad, etc.). Algunos de estos anticuerpos podrían consistir en perseguir un cierto grado de estabilidad de las interpretaciones judiciales (Waldron, 2012, p. 28), tomando en serio la función nomofiláctica de la casación; en la necesidad de que las prácticas interpretativas respeten los confines del texto legislativo (que, por maleable que sea, nunca podría llegar a significar cualquier cosa) y no lleguen hasta el extremo de inaplicar la ley; o en un ejercicio más frecuente del rol de legislador negativo por parte de los tribunales y cortes constitucionales, cesando o al menos limitando su función (muchas veces auto-atribuida) de jurisdicción interpretativa.

⁴⁸ Véase Waldron (2007, pp. 130-134), donde se hace referencia a un ideal ilustrado de legislación redactada en términos directamente comprensibles para el ciudadano. Hoy en día, obviamente, esto es una ilusión muy cercana a la petición de principio. Muchas leyes están formuladas de manera tan técnica (además de descuidada e imprecisa) que resultan completamente incomprensibles para el ciudadano (*supra*, § 2.2).

⁴⁹ Por ejemplo, en Italia, gran parte de la jurisprudencia constitucional sobre el carácter determinado de las normas penales parece asumir como punto de vista relevante el que corresponde a los órganos de aplicación: para establecer si una norma de ley es suficientemente determinada, la Corte Constitucional italiana se pregunta si *el juez* se encuentra o no en condiciones de interpretar/aplicar la norma penal sin mayores esfuerzos interpretativos. Para un ejemplo concreto, véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 5/2004.

Estos anticuerpos son simultáneamente triviales y problemáticos (¿Cuándo se «consolida» una jurisprudencia? ¿Cómo se establecen los «confines del texto»? Las sentencias de inconstitucionalidad ¿no crean, al menos temporalmente, lagunas en el derecho?). Sin embargo, nadie jamás ha dicho que el derecho no sea un asunto complicado.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable*. Springer.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012 [1971]). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2001). *The Rule of Rules*. Duke University Press.
- Barberis, M. (2006). *Etica per giuristi*. Laterza.
- Bayón, J.C. (1996). Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 143-162. <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.08>
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Giuffrè.
- Bin, R. (2007). Che cos'è la Costituzione? *Quaderni costituzionali*, 2007 (1), 11-52.
- Bobbio, N. (1951). La certezza del diritto è un mito? *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28 (1), 146-152. <https://philpapers.org/pub/4214/1951>
- Bobbio, N. (1996 [1961]). *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*. Giappichelli.
- Calamandrei, P. (1955). La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno IX, 252-272. https://onesearch.unipi.it/primo-explore/fulldisplay/39sbart_almap7155906150003302/39UFI_V1
- Camerlengo, Q. (2002). *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*. Giuffrè.
- Cartabia, M. (2016). Diritto amministrativo e diritti fondamentali. En L. Torchia (ed.), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese* (169-189). Il Mulino.
- Cassese, S. (2009). Eclissi o rinascita del diritto? En P. Rossi (ed.), *Fine del diritto?* (29-36). Il Mulino.
- Cattaneo, M.A. (1986). *Illuminismo e legislazione*. Comunità.
- Celano, B. (2013a). *I diritti nello Stato costituzionale*. Il Mulino.
- Celano, B. (2013b). Publicity and the Rule of Law. En L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (122-147). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679829.003.0004>
- Celano, B. (2016). Rule of Law e particolarismo ético. En G. Pino y V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (235-285). Il Mulino.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge University Press.
- Corsale, M. (1988). Certezza del diritto I) Profili teorici. En *Enciclopedia Giuridica* (vol. VI, 1-7). Treccani.
- Danziger, S., Leva, J. y Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous Factors in Judicial Decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108 (17), pp. 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Diciotti, E. (1997). Il concetto e i criteri della validità normativa. En L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli* (303-351). Giuffrè.
- Diciotti, E. (1999). *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Giappichelli.
- Dogliani, M. (1997). Diritto costituzionale e scrittura. *Ars Interpretandi*, 1997 (2), 103-136.
- Dogliani, M. (2001). Il ruolo della corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico. *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n.* 11, 143-160.

- Dworkin, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En *Id., Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (1-38). Harvard University Press.
- Endicott, T. (2011). The Value of Vagueness. En A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (14-30). Oxford University Press.
- Fassò, G. (1974). *Società, legge e ragione*. Comunità.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007a). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1 (Teoria del diritto)*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007b). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2 (Teoria della democrazia)*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2014). *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*. Editoriale Scientifica.
- Ferrarese, M. R. (2011). Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria. *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 63-89.
- Fioravanti, M. (2014 [1991]). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Giappichelli.
- Fioravanti, M. (2014). Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 43 (2), 1077-1094. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4872627>
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind*. Stevens & Sons.
- Fuller, L. (1965). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Gianformaggio, L. (1986). Certeza del diritto. En Id. (2008), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (81-87). Giappichelli.
- Gometz, G. (2005). *La certezza giuridica come prevedibilità*. Giappichelli.
- Grossi, P. (2014). Sulla odierna «incertezza» del diritto. En Id. (2015), *Ritorno al diritto* (51-98). Laterza.
- Guastini, R. (1986). La certezza del diritto come principio di diritto positivo? (nota a Corte cost. 101/1986). *Le Regioni*, 14, 1090-1102.
- Guastini, R. (1996). Diritto mite, diritto incerto. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVI, 513-525.
- Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). Conoscere il diritto. Un inventario di problemi. *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 513-536. <https://ssrn.com/abstract=2472551>
- Irti, N. (1979). *L'età della decodificazione*. Giuffrè.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Giappichelli.
- Itzcovich, G. (2009). Sulla metafora del diritto come macchina. *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 379-384. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/04_mono_02_g_itzcovich.pdf
- Jori, M. y Pintore, A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Giappichelli.
- Kelsen, H. (1981 [1928]). La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale). En Id., *La giustizia costituzionale* (143-206). Giuffrè.
- Kelsen, H. (1966 [1945]). *Teoria generale del diritto e dello Stato*. ETAS.
- Kumm, M. (2010). The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 142-175. <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047>
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lavagna, C. (1973). Ragionevolezza e legittimità costituzionale. En Id. (1984), *Ricerche sul sistema normativo* (637-656). Giuffrè.
- Lifante Vidal, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 85-105. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>

- Lipari, N. (2015). I civilisti e la certezza del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 69 (4), 1115-1143. https://www.carocci.it/files/riviste/digitali/04_lipari.pdf
- Lombardi Vallauri, L. (1967). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè.
- Luciani, M. (1991). Corte costituzionale e unità nel nome dei valori. En R. Romboli (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta* (170 y ss). Giappichelli.
- Luciani, M. (2013). Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana. En G. Brunelli, G. Cazzetta (eds.), *Dalla Costituzione «inattuata» alla Costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana* (31-72). Giuffrè.
- Luciani, M. (2015). L'eclissi della certezza del diritto. *Libero osservatorio del diritto*, 2015 (1). <https://lodd.it/eclissi-della-certezza-del-diritto-versione-italiana/>
- Luciani, M. (2016). Interpretazione conforme a Costituzione. En *Enciclopedia del diritto* (annali IX, 391-476). Giuffrè.
- Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Giuffrè.
- Luzzati, C. (2011). La certezza del diritto ai tempi delle costituzioni rigide. En M. D'Amico, B. Randazzo (eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida* (1205-1223). Giuffrè.
- MacCormick, N. (1985). A Moralistic Case for A-Moralistic Law. *Valparaiso University Law Review*, 20, 1-41.
- Marcenò, V. (2012). La mutata prospettiva della giurisdizione costituzionale: una giurisdizione d'interpretazione non priva di limiti. *Democrazia e diritto* (1-2), 296-308.
- Moreso, J.J. (2012). Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. En J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (225-237). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199661640.003.0014>
- Onida, V. (2008). *La Costituzione ieri e oggi*. Il Mulino.
- Peczenik, A. (2008 [1989]). *On Law and Reason*. Springer.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Il Mulino.
- Pino, G. (2014). Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals. *Ratio Juris*, 27, 190-217. <https://doi.org/10.1111/raju.12044>
- Pino, G. (2016a). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*. ETS.
- Pino, G. (2016b). Legalità penale e Rule of Law. En G. Pino y V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (177-233). Il Mulino.
- Pino, G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*. Il Mulino.
- Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, 81, 823-854. <https://doi.org/10.2307/795152>
- Raz, J. (1977). The Rule of Law and Its Virtue. En Id. (2009), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (210-229). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.003.0011>
- Ruggeri, A. y Salazar, C. (2006). Certezza del diritto. En S. Cassese (ed.), *Dizionario di diritto pubblico* (845-850). Giuffrè.
- Scarpelli, U. (1987). Dalla legge al codice, dal codice ai principi. *Rivista di filosofia*, 78 (1), 3-15. <https://philpapers.org/rec/SCADLA>
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Sorrenti, G. (2006). Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge. En A. Ruggeri (ed.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale* (465-496). ESI.
- Tarello, G. (1977). Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. En Id. (1989), *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (241-261). Il Mulino.

- von Hayek, F.A. (1960). *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press.
- Waldron, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (410-433). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299080.003.0012>
- Waldron, J. (2007). Public Reason and «Justification» in the Courtroom. *Journal of Law, Philosophy and Culture*, 1 (1), 107-134. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jrlpc1&div=11&id=&page=>
- Waldron, J. (2011). Vagueness and the Guidance of Action. En A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (58-82). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199572380.003.0004>
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, 111 (1), 1-31. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1/>
- Waldron, J. (2016). Il Rule of Law e l'importanza della procedura (trad. G. Pino). En G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Il Mulino.

Canales de denuncia

Reporting channels

Óscar Capdeferro Villagrasa

Universitat de Barcelona

ORCID ID 0000-0001-9269-3171

ocapdeferro@ub.edu

Cita recomendada:

Capdeferro Villagrasa, O. (2023). Canales de denuncia. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 285-309

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8001>

Recibido / received: 08/05/2023

Aceptado / accepted: 17/07/2023

Resumen

Los canales de denuncia se han extendido considerablemente entre organizaciones públicas y privadas, y, con la transposición operada en España de la Directiva 1937/2019, mediante la Ley estatal 2/2023, se consolida y generaliza esta tendencia, con la imposición de obligaciones al respecto. Surge, pues, la necesidad de establecer qué son los buzones o canales de denuncias, qué tipos hay, si existe una obligación de disponer de ellos, qué requisitos deben observar y cómo pueden contribuir a la facilidad de denunciar y a la protección de las personas denunciantes. Los canales de denuncia, entendidos como el cauce para la formulación de comunicaciones referidas a incumplimientos normativos u otras malas prácticas, deben observar ciertos requisitos que faciliten la denuncia, como ser accesibles, proteger la identidad de la persona denunciante e incluso permitir el anonimato.

Palabras clave

Whistleblowing, canales de denuncia, protección del informante, corrupción, integridad.

Abstract

Reporting channels have spread considerably between public and private organizations, and, with the transposition operated in Spain of Directive (EU) 1937/2019, through Spanish Law 2/2023, this trend is consolidated and generalized, with the imposition of obligations on this regard. Thus, the need arises to establish what are the reporting channels, what types are there, if there is an obligation to establish one of them, what requirements must be observed and how they can contribute to the ease of reporting and the protection of whistleblowers. The reporting channels, understood as the channels for the formulation of communications referring to regulatory breaches or other bad practices, must observe certain requirements that facilitate the report, such as being accessible, protecting the identity of the whistleblower and even allowing anonymity.

Keywords

Whistleblowing, reporting channels, whistleblower protection, corruption, integrity.



Economía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 25, octubre 2023 – marzo 2024, pp. 285-309. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8001>

Copyright: Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución-SinDerivadas 3.0 España (CC BY-ND 3.0 ES).

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Canales de denuncia: concepto y terminología. 2.1. Aproximación terminológica. 2.2. Las vías para la denuncia en la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023. 3. Justificación e impulso de la protección de informantes. 3.1. El *whistleblowing* como herramienta anticorrupción. 3.2. La justificación de la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023. 4. Breve referencia a los requisitos de los canales de denuncia. 5. Sujetos obligados a contar con canales de denuncia internos. 6. La problemática jurídica del anonimato. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El fomento de las denuncias en el seno de una organización, mediante el establecimiento de canales de denuncia seguros y la protección de los denunciantes frente a posibles represalias, se ha considerado un factor esencial para promover la cultura de la legalidad y la actuación ética en una organización (Kaptein, 2011). A su vez, ese mejor cumplimiento del ordenamiento jurídico no solo beneficia a la organización sino también a la sociedad en su conjunto, puesto que los incumplimientos jurídicos de una organización pueden implicar daños a otros sujetos y al conjunto de la sociedad (Near y Miceli, 1995).

Tal y como apunta Piñar Mañas (2021, p. 104), es necesario emplear todas las herramientas legales posibles para hacer aflorar las infracciones del ordenamiento, que a veces se producen de forma oculta, «para alcanzar un grado de estabilidad social, económica y democrática propia de un Estado como el nuestro». Y, en esta labor, la regulación del régimen jurídico de los denunciantes o alertadores de violaciones normativas se erige como una pieza clave.

A pesar del interés, y aunque ciertamente al menos desde el año 2018 el ordenamiento español contiene la previsión legal que ampara la existencia de canales de denuncia en organizaciones públicas y privadas¹, lo cierto es que, en esta materia, la regulación general que establece los requisitos y características que deben observar los canales de denuncia ha llegado a España a través del Derecho de la Unión Europea.

En el año 2019, fue aprobada la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, con el objeto de asegurar la protección de los llamados *whistleblowers*. Para ello, la directiva impuso a los Estados miembros la necesidad de establecer a nivel interno sistemas para garantizar la denuncia segura.

El plazo para llevar a cabo la transposición finalizó el día 17 de diciembre de 2021. Transcurrido ese plazo, el 27 de enero de 2022, la Comisión remitió cartas de emplazamiento a 24 Estados miembros (entre ellos, el Estado español), por considerar que se estaba incumpliendo la obligación de transponer la directiva. El procedimiento de infracción contra el Estado español² siguió con el dictamen motivado de la Comisión enviado en julio de 2022, ante la falta de medidas adoptadas en España para la completa transposición de la directiva. Finalmente, el 15 de febrero

¹ Por acción del art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, al que más adelante me referiré.

² Procedimiento INFR (2022)0073, véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_23_525.

de 2023, la Comisión presentó recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación del art. 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el incumplimiento en la transposición de dicha directiva por parte de España y otros siete Estados miembros.

Justamente, fue poco después de esa fecha cuando se hizo efectiva la transposición a nivel estatal, a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

En esta ley, y la directiva cuya transposición ha operado, se establece la regulación de los cauces o canales para la denuncia de infracciones producidas y conocidas en el entorno laboral y profesional, y se establece un régimen de protección para las personas denunciantes o informantes, en la terminología que adopta la Ley 2/2023, a fin de evitar represalias derivadas de la denuncia.

En este trabajo se presenta el concepto y algunos aspectos relevantes referidos a la regulación aplicable a los canales de denuncia, a la luz de la mencionada normativa de protección de las personas informantes.

En primer lugar, se aborda la cuestión terminológica, para ofrecer una definición de canal de denuncia, con referencia a los distintos tipos de canales previstos. En ese apartado, además, se relaciona el concepto con otros asociados, como denunciante o informante, y también se hace breve mención a la terminología inglesa de referencia en la materia (*whistleblower* y *whistleblowing*, y las dificultades que origina su traducción).

En segundo lugar, se presenta la importancia de proteger a las personas denunciantes y se señala el origen del relativamente reciente impulso de la regulación en materia de *whistleblowing*. Asimismo, se apuntan algunas líneas de actuación para el incentivo de las denuncias.

A continuación, en los apartados siguientes, se exponen los requisitos que deben observar los canales de denuncia y se identifican los sujetos que están obligados a contar con estos canales. Se hace mención especial, en un apartado propio, a la posibilidad de plantear denuncias de forma anónima, ya que se trata de una cuestión que afecta directamente a las características de los canales, que deben permitir este tipo de denuncia y constituye, además, una decisión del legislador español, pues la directiva no imponía a los Estados miembros aceptar y tramitar denuncias anónimas a nivel interno. Finalmente, el trabajo se cierra con unas conclusiones en las que se hace una breve valoración de la Ley 2/2023 y se apuntan líneas para cumplir de forma efectiva sus objetivos.

2. Canales de denuncia: concepto y terminología

2.1. Aproximación terminológica

Para abordar la definición del canal, primero se debe tratar el término de *whistleblowing* y el de *whistleblower*.

Se ha señalado que el nacimiento del término inglés *whistleblower* se remonta a 1972 y se debe a una inicial aportación de Nader en que se refirió a las personas que públicamente hacen sonar el silbato («*publicly*», «*blows the whistle*») cuando su empresa incurre en prácticas corruptas, ilegales, fraudulentas o dañinas (Dryburgh, 2008, p. 156; Benítez, 2018, p. 14). Sin embargo, como apunta Kang (2023) a la vista

de la extensa revisión bibliográfica que realiza, la definición más habitualmente empleada como punto de partida o referencia en muchos estudios sobre *whistleblowing* deriva del trabajo posterior de Near y Miceli (1985), quienes ofrecen una descripción bastante aceptada de la figura del denunciante o *whistleblower* y del acto de denunciar o *whistleblowing*.

En esta aproximación tradicional, el *whistleblower* es entendido como el empleado o personal profesionalmente vinculado con una organización³ que, por razón de esta vinculación, ha tenido noticia de un incumplimiento que no puede corregir directamente, ante lo que decide denunciar la irregularidad, identificándose o de forma anónima⁴. Aunque esta vinculación laboral es justamente la que le otorga un nivel de vulnerabilidad particular que debe ser cubierto evitando las eventuales represalias, lo cierto es que existe discusión académica sobre la restricción del concepto y no pocos estudios han considerado como *whistleblowers* a otros sujetos externos, tales como consumidores, clientes o auditores (Vandekerckhove y Lewis, 2012, p. 254; Culiberg y Mihelič, 2017, pp. 788-789).

Sin embargo, la legislación española de referencia, la Ley 2/2023, está alineada con la concepción más restrictiva, limitando el empleo de canales de denuncia y la aplicación de medidas de protección a quienes estén laboral o profesionalmente relacionados con la organización (art. 3.1), lo hayan estado en el pasado o, sin estar todavía vinculados profesional o laboralmente, hayan obtenido la información sobre la infracción en el marco de un proceso selectivo o una negociación precontractual (art. 3.2).

El término *whistleblower* ha sido empleado en obras científicas en español⁵ e, incluso, la Directiva de 2019, en su traducción española, emplea una vez el término para situar la equivalencia entre lo que internacionalmente se conoce como *whistleblower* y lo que en la Directiva en español se traduce como «denunciante»⁶. Sin duda, el término *whistleblower* es difícil de traducir a otras lenguas⁷, ya que literalmente *whistleblowing* sería «tocar el silbato» y *whistleblower* sería la «persona que toca el silbato», o que hace sonar el silbato. Entre las posibles traducciones del término, la ley española ha optado por el término «informante» (Preámbulo I y art. 3)⁸.

En cuanto a la denuncia o *whistleblowing*, el concepto de partida ofrecido por Near y Micali (1985) se centra en las denuncias de prácticas irregulares que son

³ Sobre la importancia del carácter interno del *whistleblower* han insistido especialmente Anvri *et al.* (2019).

⁴ De acuerdo con estos autores, «*whistle-blowers are current or former organization members of persons whose actions are under the control of the organization, who lack authority to prevent or stop the organization's wrongdoing, whether or not they choose to remain anonymous in blowing the whistle and whether or not they occupy organizational roles which officially prescribed whistle-blowing activity when wrong doing is observed*» (Near y Miceli, 1985, p. 2).

⁵ Por todos, Ragués i Vallés (2013) y García Moreno (2020).

⁶ En la versión en lengua inglesa, en el articulado se emplea la expresión «*reporting person*», aunque aparece repetidamente el término *whistleblower* en los considerandos. Por ejemplo, en el primer considerando se indica lo siguiente: «*By reporting breaches of Union law that are harmful to the public interest, such persons act as 'whistleblowers' and thereby play a key role in exposing and preventing such breaches and in safeguarding the welfare of society*». En la versión en lengua española señala lo siguiente: «dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por *whistleblowers*)».

⁷ Es particularmente significativa la respuesta dada en 2013 por la *Accademia della Crusca*, cuando se le preguntó sobre la traducción al italiano de la palabra *whistleblower*. En respuesta, señaló que no había una palabra semánticamente equivalente, ni era en sí mismo un concepto que existiera en la opinión pública italiana. Vid. Pérez Monguió (2020, pp. 231-234).

⁸ Había, en efecto, otras opciones, como denunciante o alertador. El término alertador es el que se emplea en francés (*lanceur d'alerte*). Sobre las posibles traducciones al español, resulta de especial interés la lectura de Benítez (2018, pp. 13-16).

formuladas ante personas o instituciones que puedan llevar a cabo actuaciones al respecto (correctoras o sancionadoras, especialmente). En particular, para estos autores, la denuncia no equivale a cualquier petición o comunicación realizada a una organización para promover o desencadenar cambios⁹, sino que debe ser necesariamente una comunicación realizada respecto de prácticas ilícitas llevadas a cabo dentro de la organización¹⁰.

El matiz, en efecto, también es trasladable al estado actual del ordenamiento jurídico interno en España, ya que en atención a la normativa vigente podemos diferenciar las sugerencias, peticiones o quejas¹¹ de las comunicaciones de posibles incumplimientos del ordenamiento jurídico, denominadas denuncias¹². Recordemos, a estos efectos, que el art. 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) define la denuncia ante las administraciones en estos términos: «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».

Si partimos, pues, de esta aclaración, se puede definir un canal de denuncias como el medio o cauce técnico a través del cual se puede comunicar una irregularidad que haya sido conocida en un contexto laboral o profesional.

Aunque la terminología empleada para designarlos es variada, el término que recientemente más se ha extendido para referirse a estos canales ha sido el de buzón¹³, si bien es cierto que se han empleado otras denominaciones como la de canal de alertas o de denuncias¹⁴. Además, se debe añadir la denominación de canales de información, que es la adoptada por la Ley 2/2023 (*vid. arts. 7 y 16*).

Atendiendo a lo dispuesto en la normativa de referencia, como la Directiva 2019/1937 y su ley de transposición en España, alineada por otra parte con buena parte de la producción académica en este punto¹⁵, se puede afirmar que hay dos tipos de canales: los internos y los externos.

Los internos son los que están destinados o van dirigidos al propio personal de una organización para que comunique los incumplimientos que se estén cometiendo en esa misma organización, por parte de sus miembros. Los internos, por tanto, requieren que el sujeto denunciante pertenezca a la misma organización denunciada y titular del buzón. Generalmente, la principal función de este tipo de

⁹ Postura defendida, entre otros, por Weinstein (1979, p. 62).

¹⁰ «When organization members attempt to change the organization's actions which are legitimate, this is not whistleblowing. The concept of legitimacy (again in the Weberian sense) therefore seems critical. If organization member report 'wrongdoing' which they believe to be illegitimate acts outside the organization's pur view to authority, then this is truly whistleblowing. If the organization members simply provide suggestions to improve organization actions they dislike, this may represent some other form of dissidence» (Near y Miceli, 1985, p. 3).

¹¹ Al respecto, Garrido Juncal (2019, pp. 135-137). Algunos ejemplos previstos normativamente de este tipo de comunicaciones sobre mal funcionamiento en el sector público se pueden encontrar, por ejemplo, en el art. 38.3 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en los arts. 14 y ss. del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado.

¹² *Vid. art. 62 Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC.*

¹³ Así, entre muchos otros, se podría mencionar el Buzón de denuncias del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y, por ejemplo, también el Buzón de Denuncias de la Agencia Antifraude valenciana.

¹⁴ Como por ejemplo el Canal de alertas y denuncias del Ayuntamiento de Guadalajara.

¹⁵ Entre muchos otros, Dworkin y Baucus (1998), Culiberg y Mihelič (2017) y Nuswantara (2023).

canales será poder corregir posibles infracciones antes de que puedan ser objeto de investigaciones externas y eventuales sanciones (Anvari *et al.*, 2019, p. 43).

Los externos, en cambio, están diseñados para recibir las denuncias o comunicaciones de sujetos que no pertenecen a esa organización. Estos canales externos pueden estar especializados en infracciones sobre una materia concreta o un sector específico¹⁶, o bien pueden tener carácter general y estar abiertos a recibir comunicaciones sobre infracciones en cualquier ámbito, como, por ejemplo, sería el caso de los canales externos que configura la Directiva 2019/1937 y que regula también en ámbito interno la Ley 2/2023.

Estos canales, asimismo, no son excluyentes, pues una misma organización podría gestionar un canal interno (o más de uno) y también uno externo¹⁷.

La denuncia o comunicación de hechos constitutivos de infracción, sea interna o externa, a fin de poder ser presentada, requiere que exista un medio para canalizarla y darle trámite, llevando a cabo, en su caso, las actuaciones de investigación y corrección que corresponda. El cauce para presentar las denuncias a nivel interno tiene la denominación de «canal de denuncia interna» (art. 7 Directiva) o «canal interno de información» (art. 7 Ley 2/2023), si bien se debe tener en cuenta que, en la normativa estatal, el canal interno se agrupa junto con otros elementos (también previstos en la Directiva) bajo la denominación de «sistema interno de información» (art. 5). En particular, el canal interno, regulado en el art. 7 de la Ley 2/2023, es la herramienta que permite realizar la comunicación de información sobre infracciones¹⁸, y se integra dentro del denominado sistema interno de información.

Por su parte, el sistema interno, al que se dedica el Título II de la Ley 2/2023, sería la infraestructura organizativa y procedimental en la que se integran uno o más canales internos (art. 5.2.d). Además de los mencionados canales, un sistema interno deberá contar con un responsable del sistema (arts. 5.2.g y 8), un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas (arts. 5.2.i y 9) y una política o estrategia específica (art. 5.2.h).

De otro lado, el canal externo se denomina únicamente canal, puesto que no aparece en la ley la denominación de «sistema externo», aunque se regulan también aspectos de procedimiento y organizativos. En particular, el canal externo se regula en los arts. 16 a 24 y su titularidad y gestión se atribuye a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, en ámbito estatal, y, en su caso, en ámbito autonómico, a las autoridades u órganos autonómicos que designen las comunidades autónomas (art. 16).

Conviene apuntar que la terminología no sería particularmente consistente en la Ley 2/2023 en este punto, ya que el canal interno propiamente dicho se regula en el art. 7; de hecho, así se titula el artículo: «canal interno de información». Sin

¹⁶ Así, por ejemplo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que cuenta con un buzón de denuncias, únicamente investiga infracciones comunicadas por personas externas a su propia organización que se refieran a incumplimientos del ordenamiento laboral (*vid.* arts. 1.2 y 12 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Otro ejemplo posible son las agencias y oficinas anticorrupción de varias comunidades autónomas, que con su canal externo (abierto a cualquier persona) únicamente investigan aquellas denuncias verosímiles que traten sobre posibles situaciones de fraude o corrupción.

¹⁷ *Vid.* art. 13.3 Ley 2/2023.

¹⁸ De acuerdo con el preámbulo de la Ley 2/2023, el canal puede ser entendido como el «buzón o cauce para recepción de la información».

embargo, respecto del canal externo, el contenido equivalente a ese art. 7 es el 17, que, en este caso, se titula «recepción de informaciones».

Por último, hay que hacer mención al objeto de la denuncia o comunicación. De acuerdo con la Ley 2/2023, los hechos comunicables a través de los canales de información, con carácter general, deben cumplir un doble requisito: deben haberse conocido en un contexto laboral o profesional (art. 3) y deben ser necesariamente constitutivos de un incumplimiento normativo del Derecho de la Unión Europea o de infracción penal o administrativa grave o muy grave (art. 2)¹⁹. Como única excepción a esa regla, se prevé la posibilidad de comunicar informaciones no contempladas en el ámbito material de la ley²⁰ en el marco de los sistemas internos, aunque los informantes en estos casos no tendrán derecho a protección en caso de sufrir alguna represalia a consecuencia de la denuncia (art. 7.4).

Vamos a ver, a continuación, cómo regula esta normativa la relación entre las distintas vías previstas para comunicar esos hechos constitutivos de infracción.

2.2. Las vías para la denuncia en la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023

En la mencionada Directiva 2019/1937 y la ley española de transposición se han previsto tres mecanismos para la denuncia de infracciones. Así, el art. 6.1.b de la Directiva señala la existencia de tres vías ordinarias para comunicar infracciones que generan derecho a la correspondiente protección, en caso de ser necesaria: el canal interno (art. 7), el canal externo (art. 10) y la revelación pública (art. 15). Sin embargo, no se puede acceder indistintamente a cualquiera de ellos, ya que lo que determina la Directiva 2019/1937 es que se puede optar sin condicionantes entre los canales interno y externo, pero solo sería posible acceder válidamente a la revelación pública bajo determinadas circunstancias o condiciones: si se han empleado antes, de forma ineffectiva, los canales interno y/o externo, o bien si, sin haberlos empleado previamente, la persona denunciante considere que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público o que la denuncia externa pueda desencadenar represalias o pueda ser ineffectivamente tratada, por ejemplo, dando lugar a destrucción de pruebas.

Esta solución es una vía intermedia entre otros modelos u opciones que se debatieron durante el proceso de elaboración de la Directiva (Abazi, 2020, pp. 649-650; Van Waeyenberge y Davies, 2021, p. 240). En particular, las otras opciones posibles eran la de aceptar la igualdad de condiciones de acceso a cualquiera de las tres vías de denuncia y la de establecer un orden o prelación entre las vías que deba seguirse necesariamente. En este segundo supuesto, el orden sería: formular primero denuncia interna; únicamente en caso de no ser atendida internamente, presentar denuncia externa; únicamente en caso de no ser atendida externamente, posibilidad de revelar públicamente la información.

La opción adoptada en la Directiva se alinea también, cuanto menos parcialmente, con la que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el sentido de no imponerse necesariamente la denuncia previa interna como requisito para poder denunciar externamente o revelar los hechos presuntamente irregulares. Si bien es posible identificar pronunciamientos que apuntan a la necesidad de recurrir primero a la denuncia interna, como, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 21

¹⁹ Sobre el ámbito de aplicación de la ley, *vid.* Fernández Ramos (2023).

²⁰ Como podría ser comunicar una conducta contraria a un código ético que no constituya infracción penal ni administrativa o una conducta constitutiva de infracción administrativa leve.

de junio de 2016, asunto Soares contra Portugal²¹, la línea jurisprudencial central y más seguida ha sido la fijada por la STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto Guja contra Moldavia. La interpretación dada en esa sentencia, seguida en varios pronunciamientos posteriores (Colneric, 2018)²², incluyendo la reciente STEDH de 14 de febrero de 2023, asunto Halet contra Luxemburgo (caso *LuxLeaks*), ampara, en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (derecho a la libertad de expresión), la posibilidad de recurrir a canales externos o a la revelación pública sin haber realizado primero la denuncia mediante un sistema interno.

A pesar de esta triple vía, y la opción abierta ya de inicio de optar indistintamente por un canal interno o uno externo, la Directiva parte de una preferencia por el canal de denuncia interna, que se concreta en el mandato del art. 7.2 para los Estados de promover la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la denuncia a través de canales de denuncia externa²³. En el considerando 33 se puede encontrar la explicación o justificación de esta preferencia, afirmándose que ésta es la preferencia que generalmente tienen los denunciantes y que es también la fórmula más eficiente para la rápida corrección de incumplimientos²⁴.

En esa línea, recoge un informe de Naciones Unidas un estudio en el que se analizaron 1.000 casos de denuncias en el Reino Unido en 2013, en el que se revela que en el 82% de los casos, la denuncia primero se planteó internamente. Otro estudio de 2010, realizado en los Estados Unidos, señala que solo el 4% lo denunció externamente, frente al 46% que lo comunicaron a su superior (esto es, internamente) (UNODC, 2015, p. 32).

En esa misma línea, la literatura científica²⁵ ha constatado que no solo se observa una tendencia generalizada a que las personas que se encuentran en la situación de poder denunciar malas prácticas de las que han tenido noticia opten por la denuncia interna frente a la externa, sino que además es también muy probable que muchos denunciantes por canales internos no formulen posteriormente la denuncia a través de un canal externo. Esto lleva a concluir que a menudo el interno es el único canal que se emplea, sea efectivo o no. Este punto, por cierto, resulta

²¹ Indica el TEDH que, en este caso, al saltarse la denuncia interna, se negó a los superiores de la organización la posibilidad de constatar que efectivamente se estaba cometiendo una irregularidad: «*he did not disclose the allegations to a superior. By not doing so, the applicant did not comply with the chain of command and denied his hierarchical superior the opportunity to investigate the veracity of the allegations*» (§ 48).

²² En síntesis, Colneric indica que: «*The ECtHR's leading decision for whistle-blower cases is Guja. In this decision, the Court did not hold that, as a rule, internal whistle-blowing must precede whistle-blowing to competent authorities and bodies. Both paths are mentioned without establishing a reporting priority. Only whistle-blowing to the public must be a last resort, because of the employee's duty of loyalty and discretion*» (Colneric, 2018, p. 238).

²³ Preferencia declarada también en el art. 4.1 Ley 2/2023, aunque, sorprendentemente, la preferencia se queda en una mera declaración, sin haberse previsto ningún mecanismo de seguimiento o evaluación de la efectividad de los sistemas internos.

²⁴ «En general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público. Al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso».

²⁵ Así, De Graaf (2019, p. 214), donde se recogen otros muchos trabajos previos que señalan que, en caso de ser inefectiva la denuncia interna, se tiende a evitar denuncias externas, siendo incluso más probable la revelación pública. También, sobre la preferencia de la denuncia interna *vid. Dworkin y Baucus (1998)* y *Culiberg y Mihelič (2017, p. 798)*; y especialmente sobre la interna anónima, *vid. Latan et al. (2019)*.

esencial, tal y como se ha apuntado desde la literatura especializada, ya que, en función del tipo de incumplimiento, es posible que la denuncia interna resulta a la práctica muy poco efectiva, como podría suceder en aquellos casos en que la dirección de la organización esté implicada en el incumplimiento o bien se trate de un incumplimiento que genere beneficios a la organización²⁶.

La Ley 2/2023 sigue la misma estructura y configura el acceso libre para el canal externo, no condicionado a la previa comunicación a través de un sistema interno (*vid. art. 16.1*), pero condiciona la protección del denunciante que opta por la revelación pública a que se haya realizado previamente la comunicación de los hechos a través de canales internos y/o externos, sin que se hayan adoptado medidas apropiadas en los plazos previstos, o que, en su caso, no se haya hecho esa previa comunicación porque se tengan motivos razonables para pensar que existe un peligro inminente o manifiesto para el interés público o existe un riesgo de daños irreversibles, o que por las circunstancias del caso se considere que hay riesgo de represalias o ineffectividad en el tratamiento de la información a través del canal externo (art. 28).

3. Justificación e impulso de la protección de informantes

3.1. El *whistleblowing* como herramienta anticorrupción

Desde la ética en las organizaciones, se ha generado un debate, en buena medida ya superado, sobre la conveniencia de la denuncia, partiendo de la premisa de la supuesta existencia de lealtad de los empleados o miembros respecto de su organización. Por un lado, se ha señalado que el empleado podría estar sometido, respecto de su organización de pertenencia, a un deber de lealtad que conllevaría la obligación de no perjudicar la imagen y reputación de la organización denunciando malas prácticas en su seno, lo que generalmente conduciría a considerar perjudicial la denuncia, excepto cuando ésta se haya planteado solo internamente²⁷. A esa línea, se ha opuesto el pensamiento de que habría un deber superior de protección de la organización frente a amenazas y riesgos, lo que llevaría a considerar como beneficiosa la denuncia que alerte de los incumplimientos normativos llevados a cabo en la organización y que permitan que dicha organización reaccione y corrija esos incumplimientos (Larmer, 1992; Duska, 2000; Vandekerckhove y Commers, 2004).

Se han planteado también varios motivos para proteger a las personas que denuncian o informan sobre malas prácticas: como mecanismo de promoción del bien superior de tutelar los intereses públicos (*vid. Boot, 2020*) o minimizar daños a la empresa (Anvari *et al.*, 2019, p. 41), o como ámbito propio del derecho a la libertad de expresión (Vandekerckhove, 2022), o incluso como herramienta para el refuerzo del cumplimiento normativo. Sin embargo, no ha sido el hipotético deber moral de lealtad ni tampoco la promoción de la libertad de expresión, sino la política

²⁶ Gao y Brink (2017, p. 6) expresan así la incidencia que puede tener en la elección del canal el tipo de infracción, en función de si es una que perjudique o beneficie a la organización: «*When fraud is conducted for the wrongdoer's personal benefit, witnesses' reporting intentions to an internally administered hotline might be higher than to an externally administered hotline because such wrongdoing provides no benefits to the company and the company may be more likely to take corrective action. However, if the wrongdoing is unethical pro-organizational behavior, the witness might be more likely to report to an external channel because the pro-organizational wrongdoing provides certain benefits to the company and the company might not take corrective action after receiving the report*

²⁷ Así lo indica Andrade: «*Disclosure to an internal recipient is not usually perceived as being disloyal to the organisation, because it allows the firm to rectify harmful actions, procedures or policies before "it is charged in public"* (DeGeorge, 1986, p. 232). However, if the organisation does nothing to correct the harms arising from its actions then the whistleblower may feel that because s/he has a higher loyalty to society and the public interest and s/he needs to disclose that to a recipient outside the organisation» (Andrade, 2015, p. 322).

anticorrupción, el factor que ha impulsado definitivamente la extensión y, recientemente, generalización de los canales de denuncia y los mecanismos de protección de denunciantes asociados a esos buzones (Vandekerckhove, 2022)²⁸. Así, en efecto, se ha incentivado por relevantes organizaciones internacionales el llamado *whistleblowing* como uno de los elementos potencialmente relevantes para luchar contra la corrupción (Teichmann y Falker, 2021).

En primer lugar, se puede destacar el papel de Naciones Unidas, que ha promovido el empleo de sistemas de denuncias en documentos y guías relacionados con la integridad y la lucha contra la corrupción (UNODC, 2015; UNODC, 2020, p. 58) e incluso en su relevante instrumento jurídico anticorrupción de 2003 (la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003), se incluyen referencias en varios preceptos: 13, 32 y 33²⁹.

La OCDE, por su parte, ha abordado la cuestión específicamente en informes (OECD, 2016) y recomendaciones³⁰. Y finalmente, el Consejo de Europa también ha prestado atención a esta cuestión como vía para una efectiva política anticorrupción mediante instrumentos no vinculantes³¹ y también ha incorporado regulación sobre protección de denunciantes en instrumentos jurídicos, como es el caso del Convenio civil del Consejo de Europa sobre la corrupción (Convenio número 174 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999³² y el Convenio penal

²⁸ Vandekerckhove, en referencia a conclusiones de un trabajo previo de 2016, afirma que: «*I have argued that between 1978 and 1999 all legislative bills on whistleblowing anywhere in the world framed whistleblower protection as establishing freedom of expression. However, none of these were successful. Only when successive bills rephrased whistleblowing as an anti-corruption tool was it possible to enact whistleblower protection. In countries where the debates started after 2000 law proposals skipped the human rights/freedom of expression phase and went for an anti-corruption/anti-fraud rhetoric immediately*» (Vandekerckhove, 2022, p. 2). No se puede obviar que el mismo autor señala, asimismo, la creciente importancia que vuelve a atribuirse al derecho a la libertad de expresión como fundamento de la protección de denunciantes, entre otros factores, gracias a la jurisprudencia del TEDH sobre *whistleblowing* dictada en tutela de ese derecho. En esta materia, como apunta Garrido Juncal, es importante tener presente las peculiaridades de la denuncia como un tipo específico de información, lo que debería conllevar un trato diferenciado respecto de otras informaciones: «el acto de presentar una denuncia no puede asimilarse sin más como una prolongación del derecho a la libertad de expresión y de información o, al menos, esta vinculación debe efectuarse con las debidas cautelas o, como apunta la propia Unión Europea, garantizando los derechos de las personas afectadas por la información, como la presunción de inocencia y los derechos de la defensa» (Garrido Juncal, 2021, p.151).

²⁹ En el art. 13.2 se indica que debe garantizarse que el público conozca y pueda acceder a los órganos de lucha contra la corrupción, incluso mediante denuncia anónima. El art. 32 impone la obligación de adoptar medidas apropiadas para proteger de manera eficaz contra «eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención», medidas de protección que, también, se extenderán a sus familiares y demás personas cercanas. Finalmente, el art. 33 específicamente contempla que los Estados parte puedan adoptar medidas de protección de las personas denunciantes, estableciéndose únicamente la obligación de considerar esta opción.

³⁰ Así, en la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 26 de noviembre de 2009, se recomienda a los Estados miembros que prevean medidas de protección frente a represalias, derivadas de la denuncia, «a empleados de los sectores público y privado que denuncien de buena fe y con motivos razonables ante las autoridades competentes presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales».

³¹ Como por ejemplo la Resolución 1729 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de los denunciantes de irregularidades, o la Recomendación CM/Rec (2014)7, de 30 de abril de 2014, cuya evaluación de seguimiento ha sido publicada en 2022 (Myers, 2022).

³² En su art. 9 se establece que los Estados parte deben establecer en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra cualquier sanción injustificada a empleados que hayan denunciado de buena fe sospechas (fundadas) de corrupción.

del Consejo de Europa sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999³³.

Procederemos, a continuación, a identificar cuál ha sido la justificación o finalidad que se ha explicitado en las normas objeto de comentario en este trabajo.

3.2. La justificación de la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023

Aunque ya avanza que la lucha contra la corrupción no es reconocida como el fin principal de la norma, se puede encontrar en la Directiva 2019/1937 alguna referencia al respecto. Así, se contienen referencias a los intereses financieros de la Unión y a la lucha contra el fraude y la corrupción³⁴ y se asocia con la ética y la integridad en el considerando 59³⁵. Por otro lado, la reciente propuesta de Directiva sobre lucha contra la corrupción planteada en mayo de 2023 relaciona también el sistema de *whistleblowing* establecido por la Directiva 2019/1937 con las medidas anticorrupción³⁶.

Por su parte, la Ley 2/2023, contiene alguna referencia adicional a la corrupción, que podemos centrar en tres puntos. En primer lugar, se trata de un término que está previsto en el mismo nombre de la Ley, aunque luego propiamente no haya medidas específicas o referencias a la corrupción en el articulado. En segundo lugar, se contiene un instrumento de evaluación *ex post* de cumplimiento de los objetivos de la ley denominado «Estrategia contra la corrupción» (*vid. disposición adicional quinta*), aunque *a priori* cuesta asociarlo con una estrategia propiamente anticorrupción, ya que su contenido mínimo es la evaluación de cumplimiento de la ley. En tercer lugar, y este posiblemente es el punto más relevante, la alusión a casos de corrupción se traduce en medidas regulatorias concretas, puesto que es la política anticorrupción la que sirve como argumento para justificar la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la obligación de disponer de sistemas internos de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y sus fundaciones, siempre que reciban o gestionen fondos públicos, con independencia del número de empleados que tengan (*vid. art. 10.1.c*)³⁷.

³³ En su art. 22 se impone a los Estados parte la adopción de las medidas necesarias para garantizar la protección «efectiva y apropiada» de las personas que proporcionen información sobre los delitos de corrupción cubiertos en la convención, así como a quienes colaboren con las autoridades encargadas de la investigación o presten testimonio en calidad de testigos.

³⁴ Así, en el considerando 6: «La protección de los denunciantes es necesaria para mejorar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Es necesaria, no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras en relación con la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

³⁵ Se señala en el considerando 59 que las organizaciones del sector público y del privado deberían informar sobre los procedimientos de denuncia interna establecidos señalando que «dicha información podría exponerse en un lugar visible que sea accesible a todas estas personas y en el sitio web de la entidad, y podría también incluirse en cursos y seminarios de formación sobre ética e integridad».

³⁶ En dicha propuesta se especifica lo siguiente: «Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law ('the Whistleblowing Directive') was adopted in 2019 with the aim of providing robust protection of whistleblowers as a means of strengthening the enforcement of EU law in key policy areas. The Directive also applies to the reporting of fraud, corruption and any other illegal activity affecting the financial interests of the Union and the protection of persons reporting such breaches. This Directive should be made applicable to the reporting of offences as referred to in this proposal, as well as to the protection of persons reporting such offences».

³⁷ En particular, en el preámbulo de la ley se indica lo siguiente: «No obstante, con independencia del número de empleados, se obliga a contar con un Sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones que de los mismos dependan, siempre que reciban fondos públicos para su financiación. [...] La existencia de casos de

Sin embargo, como he avanzado, la lucha contra la corrupción es únicamente una justificación secundaria, o complementaria, que aparece de forma algo difusa en las normas. El argumento central que justifica la adopción de esta regulación, especialmente explicitado y reiterado en los considerandos de la Directiva, es la promoción del cumplimiento normativo.

Esta finalidad es, en efecto, la presentada por la UE en su Directiva (UE) 2019/1937³⁸, tal y como se desprende de algunos de sus considerandos, como el 44, cuando se refiere a la protección efectiva de los denunciantes como medio para potenciar el cumplimiento del Derecho de la Unión³⁹, o el 1, donde se pone de relieve la importancia del *whistleblower* como actor clave en el descubrimiento y prevención de infracciones⁴⁰.

Se puede señalar, por tanto, que la Unión Europea basa la importancia de la denuncia principalmente en el concepto de cumplimiento normativo⁴¹. Así, la facilidad para poder denunciar, la rápida y diligente reacción ante las denuncias y la indemnidad de la persona que la ha formulado (para que las posibles represalias no operen como factor desincentivador de la denuncia) funcionan como mecanismos para el refuerzo del cumplimiento normativo. De este modo, se puede entender que la Directiva parte con la vocación de generalizar la denuncia y la investigación temprana de irregularidades como herramientas para lograr el cumplimiento de las normas, derivándose de estas la adopción de medidas de corrección del incumplimiento. Incluso, se justifica en el considerando primero la restricción de la denuncia, y sus canales de formulación y eventuales medidas de protección, al entorno laboral o profesional por la idoneidad de la denuncia derivada de este contexto para facilitar el rápido afloramiento de casos de incumplimiento normativo y propiciar la reacción correctiva temprana a nivel interno.

Más allá del posible interés en el cumplimiento normativo, resulta sin lugar a duda necesario reforzar la protección de las personas que denuncian irregularidades,

corrupción que han afectado a algunas de estas organizaciones incrementa la preocupación entre la ciudadanía por el recto funcionamiento de las instituciones, por lo que resulta indispensable exigir a estas organizaciones una actitud ejemplar que asiente la confianza en ellos de la sociedad pues de ello depende en buena medida el adecuado funcionamiento del sistema democrático. [...] La generalización de un Sistema interno de información facilitará la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas».

³⁸ Como reflexión de partida sobre esta directiva, resulta de gran interés Villoria Mendieta (2021). Se puede destacar que el autor identifica que el enfoque adoptado está poco definido o presentaría algunas contradicciones: «Tras este análisis de la teoría causal, podemos concluir que la Directiva se queda en un camino intermedio que no aclara muy bien qué enfoque predomina y cómo interpretar ciertas incongruencias. Si se cree que predomina el enfoque utilitarista, entonces no está nada claro por qué apenas se trata el tema de la investigación de las denuncias (Sierra, 2020; 78; 2020b) y se deja en la nebulosa de la legislación interna, o por qué no se establecen sistemas de premios para las denuncias que promueven la eficiencia, aunque genere rechazo moral desde visiones deontológicas (Berger *et al.* 2017)» (Villoria Mendieta, 2021, pp. 19-20).

³⁹ Considerando en el que se establece lo siguiente: «La protección efectiva de los denunciantes como medio para potenciar el cumplimiento del Derecho de la Unión requiere una definición amplia de represalia que comprenda todo acto u omisión que se produzca en un contexto laboral y que les cause un perjuicio».

⁴⁰ «Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por *whistleblowers*) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad».

⁴¹ Insiste en esta idea Abazi, e indica: «*The stated objective is not centred on worker protection or freedom of expression but on the improvement of EU law enforcement. This could implicitly suggest that the Directive approaches whistleblowing in an instrumental manner, as enforcing EU law rather than as a direct protection for individuals who speak up at the workplace*» (Abazi, 2020, p. 646).

puesto que la represalia contra el denunciante no es algo anecdótico o menor, sino un problema frecuente y extendido, incluso en entornos en los que se ha considerado que se cuenta con una normativa avanzada en protección de denunciantes como los Estados Unidos (Nyreröd y Spagnolo, 2021)⁴².

En esa misma línea, múltiples estudios empíricos confirman que la tendencia a la denuncia se incrementa cuanto mayor sea la gravedad de la infracción, pero que esta disminuye cuanto mayor sea a su vez la percepción de la amenaza o represalia que previsiblemente pueda desencadenar la denuncia (Khan *et al.*, 2022)⁴³. Contrariamente a lo anterior, un factor que favorece la denuncia es la expectativa o percepción de protección en caso de denunciar (Latan *et al.*, 2023)⁴⁴. Además, se ha apuntado que es más probable que haya represalias cuando se denuncia una irregularidad grave o una irregularidad que, con independencia de su gravedad, es muy frecuente. En cambio, sería menos probable la represalia por denunciar prácticas de menor gravedad o infrecuentes (Mesmer-Magnus y Viswesvaran, 2005)⁴⁵. Ante esta situación, puede resultar sin duda útil el anonimato del canal, tal y como revelan algunos datos, en que además se constata con este tipo de sistemas anónimos un incremento notable de denuncias (Pérez Monguió, 2019; Sierra Rodríguez, 2020; Capdeferro Villagrasa, 2020).

Esta posibilidad es también percibida por la ciudadanía en general, como revela el reciente Eurobarómetro especial 523 de la Comisión Europea, dedicado a la corrupción⁴⁶, de julio de 2022. En ese barómetro se planteaba la siguiente cuestión: «A continuación se enumeran algunas razones por las que la gente podría decidir no denunciar un caso de corrupción. Dígame, por favor, cuáles cree que son más importantes», a lo que, en tercera posición por orden de más a menos votadas, se encuentra la respuesta «No hay protección para los que denuncian la corrupción» (28% de las respuestas en el global de la UE; 25% entre las respuestas de españoles). En base a esos datos, pues, y aunque este no sería el factor principal, se puede destacar que sí es un factor importante que puede desincentivar la denuncia. A este respecto, resulta relevante traer a colación, por cierto, un fragmento de la STS (Sala de lo Penal) de 6 de febrero de 2020 (rec. 2062/2018):

Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como “*notitia criminis*” se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciantes, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque

⁴² Valgan como muestra algunos datos recogidos por los autores: «*The Ethics Resource Center (2014) reports that in 2013, 21 percent of whistleblowers in the US suffered retaliation. Retaliation can often be quite severe, as shown in interviews with whistleblowers from the US by Roth-schild and Miethe (1999), who found, among other things, that 84 percent of those retaliated against experienced “severe depression or anxiety,” 69 percent lost their job or were forced to retire, 64 percent were blacklisted from getting another job in their field, and 84 percent experienced feelings of isolation or powerlessness. If this is the situation in the US, the country with the highest level of protection, one can understand why there is so little whistleblowing in Europe» (Nyreröd y Spagnolo, 2021, p. 84).*

⁴³ En efecto, entre otros aspectos, el trabajo concluye que «*whistleblowers are more likely to opt to remain silent if they anticipate a greater threat of retaliation*».

⁴⁴ En esta obra se discuten resultados contradictorios entre Estados Unidos e Indonesia, que ponen de relieve la distinta percepción de protección que habría en cada uno de esos Estados.

⁴⁵ En particular, con los datos reunidos de su encuesta, afirman lo siguiente: «*More intriguing, however, was our finding that blowing the whistle on serious transgressions or those that frequently occur in the organization, are more likely to be met with retaliation, than are infrequent or less severe wrongdoings ($r = 0.30$ and 0.13 , respectively)*» (Mesmer-Magnus y Viswesvaran, 2005, p. 288).

⁴⁶ Consultable en: https://data.europa.eu/data/datasets/s2658_97_2_sp523_eng?locale=en

no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia. En definitiva, se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas.

Con independencia de la finalidad que inspire la norma reguladora en materia de *whistleblowing*, el denunciante necesita canales adecuados, que permitan ejercer sus derechos en la formulación de denuncias, como, por ejemplo, en su caso, el derecho a poder presentarlas anónimamente, o por escrito o verbalmente, indicando o no si quiere recibir comunicaciones al respecto y dónde recibirlas. Asimismo, es relevante que se garantice una correcta tramitación de estas, es decir, que serán correctamente registradas y custodiadas, y posteriormente investigadas con diligencia y discreción si resultan mínimamente verosímiles, preservando la identidad de la persona denunciante y garantizando los derechos de defensa y presunción de inocencia del investigado.

Situados ya los elementos iniciales de la materia, y, especialmente, la posible justificación e interés por contar con buzones o canales de denuncias que cumplan determinados requisitos que los hagan herramientas idóneas para el cumplimiento normativo y la lucha contra la corrupción, procede avanzar y ver, con mayor detenimiento, qué requisitos deben observar esos canales; y qué sujetos deben contar con uno.

4. Breve referencia a los requisitos de los canales de denuncia

El sistema interno de información debe observar varios requisitos, que señala el art. 5.2 de la Ley 2/2023. Aunque no se explica una agrupación de los mismos, por su contenido se puede indicar que algunos de los que se contienen en ese artículo son técnicos, como el hecho de estar diseñados, establecidos y gestionados de forma segura garantizando la confidencialidad y la protección de datos (apartado b); la posibilidad de permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente (apartado c); o el hecho de ser independientes y aparecer diferenciados de los sistemas internos de otras entidades u organismos (apartado f). También los hay que son de naturaleza procedural, referidos a la forma en que se realiza la gestión interna de la información o denuncia, que debe garantizar la protección de los informantes (especialmente, su identidad; apartado j con remisión al artículo 9) y el tratamiento efectivo de la información (apartado e). Por último, también se pueden identificar requisitos que serían elementos necesarios de un sistema interno: uno o varios canales internos (apartado d); un responsable del sistema (apartado g); una política o estrategia (apartado h); y un procedimiento de gestión (apartado i). Como no puede ser de otro modo, por la especialidad temática de este estudio, del sistema interno únicamente me referiré en lo que sigue a los requisitos o características que se aplican al elemento denominado «canal interno de información»; y al equivalente contenido del canal externo.

Los aspectos regulatorios principales de los canales (interno y externo) que configura la Ley 2/2023 se encuentran en los artículos 7 (interno) y, de forma equivalente, 17 (externo) de la ley, que procedo a apuntar sumariamente y de modo conjunto en sus elementos comunes.

El canal es el medio que permite la presentación de denuncias, las cuales deben poderse presentar de forma identificada o anónima. Asimismo, la denuncia se debe poder presentar por escrito o verbalmente. Las escritas deben poder ser

presentadas a través de correo postal o a través de medios electrónicos habilitados al efecto. Las verbales, por su parte, se deben poder presentar por vía telefónica, por mensajería de voz o mediante reunión presencial, que se debe llevar a cabo en el plazo máximo de siete días. Las comunicaciones verbales serán registradas mediante grabación o transcripción completa y exacta. Además, específicamente para el canal interno, se indica que éste debe informar de forma clara y accesible sobre los canales externos a quienes formulen la comunicación a través del canal interno.

Finalmente, es oportuno poner de relieve que será preciso contar con múltiples medios técnicos para dar correcto cumplimiento a estos requisitos de los canales, de tal modo que se cuente con espacios seguros para la reunión, sistemas de mensajería y telefónicos, dirección o buzón físico para el envío postal, y una herramienta tecnológica que permita asegurar el verdadero anonimato del denunciante, si opta por ocultar de este modo su identidad. En este último frente existen ya herramientas consolidadas internacionalmente que agencias y oficinas antifraude de todo el mundo emplean, como la que ofrece de forma gratuita y en acceso abierto *GlobaLeaks*⁴⁷, y que en nuestro entorno más inmediato ya se está empleando por organismos como las agencias antifraude autonómicas en Cataluña y la Comunidad Valenciana, o en ayuntamientos como el de Barcelona⁴⁸.

5. Sujetos obligados a contar con canales de denuncia internos

La ley española de transposición impone la obligación de contar con un sistema interno de forma extensa, dentro de las opciones que habilita la Directiva⁴⁹. Así, la Directiva 2019/1937, en su art. 8, prevé que se deberá aplicar la obligación de contar con un canal interno de denuncias a todas las entidades del sector público y a aquellas del sector privado que tengan 50 o más trabajadores, si bien permite que los Estados miembros puedan eximir de dicha obligación a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores, u otras entidades públicas con menos de 50 trabajadores.

La Ley 2/2023 no acoge la posibilidad de la exención mencionada para el sector público, aunque establece un régimen diferenciado para los municipios de menos de 10.000 habitantes⁵⁰ y para las entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de órganos de administraciones territoriales que cuenten con menos de 50 trabajadores. La especialidad consiste en la posibilidad de que comparten con otros sujetos el sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones, en los términos que determina el art. 14.

Siguiendo con el sector público, también se debe reseñar que el art. 13 lista el amplio catálogo de entidades del sector público obligadas a disponer de sistema interno de información⁵¹, obligación que rige para los órganos constitucionales, los de

⁴⁷ Es una herramienta adaptada a la Directiva, al Reglamento General de Protección de Datos y a la correspondiente normativa ISO: <https://www.globaleaks.org/>

⁴⁸ Obviamente, aunque la herramienta sea gratuita, requiere de personal técnico informático para que lo instale en la organización y lo integre en el entorno digital de la administración que corresponda; aunque, como es una necesidad puntual, en estos casos puede ser suficiente con el apoyo técnico puntual que puedan prestarle otras administraciones, además de la opción de compartir medios del art. 14 Ley 2/2023.

⁴⁹ Al respecto, *vid.* Sierra Rodríguez (2023, p. 80).

⁵⁰ Prescindiendo, por cierto, del otro criterio posible previsto en la Directiva de 2019, referido al número de trabajadores.

⁵¹ Incluyendo a la propia Autoridad Independiente de Protección del Informante encargada de gestionar el canal externo en ámbito estatal (art. 42.1 Ley 2/2023), en la medida en que es autoridad administrativa

relevancia constitucional y las instituciones autonómicas análogas. Se puede destacar también que la ley prevé que los organismos públicos con funciones de investigación o comprobación de incumplimientos que ya cuenten con un canal para recibir denuncias deberán constituir un canal interno para sus propios incumplimientos o los de su personal, diferenciado del canal que puedan tener para recibir las denuncias de personas externas.

Por otro lado, respecto del sector privado, debemos partir de la regla prevista en el art. 10 de la Ley 2/2023, acorde a la Directiva de 2019, que toma como referencia el número de 50 trabajadores. Así, deben contar con un sistema interno las personas físicas o jurídicas del sector privado que cuenten con cincuenta o más trabajadores, mientras que para las demás el sistema será voluntario, pero, en caso de que decidan establecerlo, este deberá ajustarse a los requisitos establecidos en la ley (art. 10.2).

Este criterio del número de trabajadores, sin embargo, no se emplea respecto de los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones que estas organizaciones hayan creado, siempre que reciban fondos públicos, ya que deberán contar con el sistema interno de denuncia con independencia del número de trabajadores (art. 10.1.c).

En el sector privado se introducen también algunos elementos de régimen diferenciado que resultan aplicables. En primer lugar, las personas jurídicas del sector privado que su número de trabajadores esté situado entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve podrán compartir entre sí el sistema interno de información y los recursos destinados a la gestión y tramitación asociadas, sean medios propios o externos (art. 12). Y, en segundo lugar, en casos de grupos de empresas, el sistema interno de información puede ser único para todo el grupo, si así se acuerda (art. 11).

Además, cabe la opción de externalizar los canales internos en ambos sectores. Específicamente, los arts. 6 y 15 de la Ley 2/2023 señalan la regulación aplicable para la, permitida, gestión externalizada del sistema interno, esto es, llevada a cabo por un tercero, que no forma parte de la organización que implanta el canal. En el caso del sector público, esta externalización está condicionada: las administraciones territoriales deberán gestionar por sí mismas, o de modo compartido en caso de municipios de menos de 10.000 habitantes, de acuerdo con lo previsto en el art. 14.1, los sistemas internos, salvo en aquellos casos en que se acredite insuficiencia de medios propios. De acreditarse esa circunstancia, un tercero externo podría encargarse únicamente del procedimiento de recepción de informaciones sobre posibles infracciones. Dicho de otro modo, únicamente se podría gestionar por un tercero el cauce, buzón o canal interno, pero no las actuaciones posteriores de tramitación de la denuncia, de tal modo que el responsable al que llegarán las denuncias seguirá siendo interno y también será propio el personal que llevará a cabo la tramitación del procedimiento y las actuaciones de investigación.

De acuerdo con la disposición transitoria segunda, habría dos plazos distintos para disponer del sistema interno. El plazo general para implantar el sistema interno de información es de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley, esto es, tres meses a contar desde el día 13 de marzo de 2023. Existe, también, otro plazo, aplicable a las entidades del sector privado que cuenten con un número de empleados entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve y a los municipios de menos de diez mil habitantes, que es hasta el día 1 de diciembre de 2023, lo que equivaldría a menos de nueve meses desde la fecha de entrada en vigor. Aun así, no deja de ser, incluso

independiente (art. 13.1.c Ley 2/2023). Gestionará, por tanto, al menos estos dos buzones o canales, uno interno y otro externo.

este, un plazo relativamente breve para llevar a cabo unas obligaciones complejas, especialmente respecto del procedimiento a seguir y de la formación del personal que debe intervenir. A ello, además, se debe sumar el hecho de que la falta de establecimiento del sistema interno puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades, ya que el art. 63.1.g tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información adaptado a los requisitos exigidos por la Ley 2/2023.

6. La problemática jurídica del anonimato

En España, los buzones de denuncias ya habían sido promovidos, aunque habitualmente de forma no obligatoria, con anterioridad a la Ley 2/2023. En este sentido, se puede destacar que en el sector privado y también en el público, respecto de las personas jurídicas públicas sujetas a responsabilidad penal⁵², se han extendido las técnicas de *compliance* o cumplimiento normativo, basadas en normativa técnica⁵³, y en cuya aplicación se habían creado ya sistemas de denuncias a nivel interno (Parajó Calvo, 2022, p. 49). Asimismo, se puede destacar que desde 2018, y respecto de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, también se han regulado canales de denuncias internas con posibilidad del anonimato, en la reforma operada ese año de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Del mismo modo, se habían empezado a extender de forma generalizada en el ámbito público, ya que recientemente habían empezado a surgir canales o buzones internos gracias al impulso dado por la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). En dicha orden ministerial se exige que las entidades que participen en la ejecución de actuaciones del PRTR apliquen medidas proporcionadas contra el fraude, y, específicamente respecto de las medidas aplicables en la fase de prevención, se incluye como medida posible (que no necesaria u obligatoria) el desarrollo de una cultura ética basada, entre otros elementos posibles, en el establecimiento de buzones de denuncias.

Además, unos años antes, este tipo de canales o buzones internos ya habían sido aceptados con carácter general, para el ámbito público y privado, en España, mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su art. 24, artículo, por cierto, modificado por la disposición final 7 de la Ley 2/2023.

El mencionado artículo 24 establece la licitud de la creación y mantenimiento de los canales o sistemas internos de denuncias

a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información. [...] Los principios de los apartados anteriores serán aplicables a los

⁵² Vid. art. 31 quinqueis del Código Penal, y ap. 4 de la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

⁵³ Como la ISO 37301:2021(es) - *Compliance management systems — Requirements with guidance for use*; y específicamente sobre canales de denuncia, la ISO 37002:2021(es) Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades – Directrices.

sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas.

Sin embargo, aunque, como se ha dicho, los buzones de denuncias ya contaban con una cobertura normativa general (aunque escasa) desde la LO 3/2018, ha sido finalmente la Ley 2/2023 la que ha resuelto una cuestión que había sido controvertida y problemática: la posibilidad de aceptar e investigar una denuncia anónima⁵⁴.

En el año 2007, un informe de la Agencia Española de Protección de Datos referido específicamente a los canales de denuncias empresariales (Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas [mecanismos de “whistleblowing”]), se establece que las empresas únicamente deben aceptar y tramitar las denuncias con persona denunciante identificada⁵⁵.

Asimismo, para el ámbito público, el art. 62.2 LPAC indica que la denuncia debe contener la identidad de la persona que la formula, de lo que se podría extraer que no hay espacio para la denuncia anónima ante la administración. A nivel práctico, este precepto ha intentado salvarse por varias vías a fin de aceptar la presentación de denuncias anónimas: por ejemplo, el Buzón de Comunicaciones Antifraude para Fondos de la Unión Europea *Next Generation-MRR* del Ministerio de Trabajo y Economía Social indica que la denuncia debe corresponder a persona identificada, pero no excluye la posibilidad de la administración de investigar a partir de una comunicación anónima⁵⁶; o puede verse la estrategia del Buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en que se prevén dos sistemas, un buzón que permite comunicar infracciones de forma anónima y un cauce más formalizado para la presentación de denuncias con denunciante identificado⁵⁷.

A nivel jurisprudencial, como recuerda Bauzá Martorell (2015), ya ha habido jurisprudencia en que se ha aceptado *de facto* que la denuncia anónima, a falta de indicación expresa en sentido contrario en la legislación especial, sea investigada por la administración a pesar de la prohibición general que parece derivarse del art. 62 LPAC, en la medida en que se priorizaría el deber de investigar los hechos presuntamente infractores comunicados que el cumplimiento de los requisitos

⁵⁴ De interés resulta Sierra Rodríguez (2020), con datos comparados de denuncias anónimas ante varios organismos anticorrupción; y Pérez Monguió (2019), con mención amplia de normativa de regulación de las denuncias en España.

⁵⁵ «Será preciso que el sistema incluya los datos del denunciante, sin perjuicio del necesario deber de confidencialidad respecto de los mismos y de que no sean comunicados al denunciado salvo en los supuestos mencionados en la consulta» (AEPD, 2007, p. 12).

⁵⁶ Lo hace, incluso, y de forma sorprendente tratándose de un espacio web sencillo y con poca información, con referencia a jurisprudencia: «La persona informante debe facilitar voluntariamente su identidad al presentar su comunicación formal para que sea tenida en cuenta de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En el caso de comunicaciones anónimas, estas podrán ser investigadas de oficio por parte de la Administración siguiendo lo dispuesto en la Sentencia nº 318/2013 de la Sala de lo Penal del TS de 11 abril», recuperado el 8 de mayo de 2023 de https://www.mites.gob.es/es/portada/buzon_antifraude/index.htm.

⁵⁷ En este caso, emplea la referencia a que solo las personas denunciantes identificadas podrían eventualmente adquirir la condición de personas interesadas en el posterior procedimiento sancionador: «Para que la ITSS pueda considerar al denunciante parte o interesado en el procedimiento (a los efectos de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Real Decreto 928/1998 que aprueba el Reglamento para la Imposición de Sanciones en el Orden Social), estos tendrán que presentar denuncia formal siguiendo el procedimiento del que se informa en el siguiente enlace [...]», recuperado el 8 de mayo de 2023 de :

https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/colabora_con_itss.html

formales de la denuncia⁵⁸. Resulta, aquí, de especial interés mencionar también la STSJ Madrid, de 3 de abril de 2018, recurso 233/2017, en la que se examina la legalidad del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid. En el recurso formulado por la Administración General del Estado se pide, entre otros, la declaración de nulidad de pleno derecho del art. 26.2 del reglamento por permitir la denuncia anónima, en contravención del art. 62.2 LPAC.

En esta sentencia, el Tribunal confirma la legalidad del precepto afectado (el 26.2 del reglamento local) e indica, sobre la cuestión que ahora nos interesa, que la denuncia anónima sería admisible pero que haría falta la realización previa de actuaciones de comprobación para poder iniciar posteriormente un procedimiento administrativo de oficio, en el marco de las denominadas actuaciones previas previstas en el art. 55 LPAC. Por este motivo, la iniciación del procedimiento de oficio se acabaría considerando a propia iniciativa del órgano competente, lo que supone adoptar la modalidad de iniciación prevista en el art. 59 LPAC, de tal manera que el art. 62 no resultaría aplicable en esos supuestos⁵⁹.

En cualquier caso, la Ley 2/2023 no solo permite, sino que ahora ya impone, que los sujetos obligados dispongan de un sistema interno de información que permita, a través de su canal o buzón, la denuncia anónima, por lo que el problema de encajar el anonimato en los buzones de las administraciones parece ya resuelto, incluso más allá del ámbito material de irregularidades denunciables de acuerdo con el art. 2 de la Ley 2/2023, ya que, recordemos, el art. 7.4 permite que los canales internos amplíen materialmente el objeto de la norma.

7. Conclusiones

El presente trabajo se ha centrado en definir y caracterizar los canales de denuncias, especialmente a la luz de la más reciente regulación en la materia. Tal y como se ha podido ver, se ha promovido la denuncia mediante la imposición de canales seguros y medidas de protección contra represalias por varios motivos. Uno de ellos, la lucha contra la corrupción ha sido determinante en la evolución y proliferación reciente de la normativa sobre *whistleblowing*, si bien, como se ha destacado, este factor pasa a ocupar un papel secundario en la normativa comentada, que opta por priorizar la preocupación por facilitar herramientas para el control del cumplimiento normativo con carácter general, y no centrado en ámbitos concretos o en prácticas que necesariamente podemos definir como fraudulentas o corruptas.

La Directiva de 2019, que, como se ha visto, ha sido transpuesta fuera de plazo, dando lugar a un procedimiento de infracción, ha supuesto para el Estado

⁵⁸ Tal y como afirma dicho autor, «Ante la colisión entre el formalismo de la denuncia y el deber de perseguir una infracción parece que deberá resolverse en favor del segundo, trasladando la causa del acuerdo de inicio de la denuncia a la propia iniciativa» (Bauzá Martorell, 2015, p. 10).

⁵⁹ En particular, indica: «Cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, obviamente, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendente a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en su conocimiento. En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento sancionador. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el artículo 58 LPAC». Se debe añadir, en este punto, que se puede encontrar jurisprudencia del TS en que no se discute que un procedimiento sancionador se haya podido iniciar como consecuencia de una denuncia anónima: STS (Sala de lo Contencioso) de 27 de noviembre de 2015 (rec.1375/2014).

español la vía para introducir regulación con cierto grado de detalle sobre los canales de denuncia, superando por fin la escasa regulación prevista anteriormente en la LO 3/2018. Esta transposición, en algunos puntos, puede valorarse positivamente porque la Ley 2/2023 aprovecha en favor del *whistleblowing* algunos márgenes de decisión dejados a discreción de los legisladores nacionales en la Directiva: por ejemplo, acepta la validez de las comunicaciones anónimas y adopta un criterio extensivo para establecer los sujetos obligados a contar con canales, lo que se plasma, especialmente, en la obligación de contar con un sistema interno impuesta a los pequeños municipios. Sin embargo, no solamente hay notas positivas en esta transposición. Centrándome únicamente en los aspectos comentados en este estudio, una clara nota negativa mencionada es el corto plazo que se fija para la aprobación y puesta en funcionamiento de los sistemas internos, ya que esta obligación no se cumple con la mera puesta en funcionamiento de una solución o cauce técnico, sino que es preciso contar con un responsable cualificado, personal y material de apoyo a las funciones propias del sistema, como puede ser la investigación de los hechos comunicados; un procedimiento detallado y una política o estrategia adecuada.

Precisamente, contar con sistemas internos adecuados no es una cuestión menor. Tal y como han puesto de relieve varios estudios ya citados, existe una preferencia del denunciante por los canales internos respecto a los externos. Por ello, es especialmente relevante que el canal interno sea un buzón efectivo y seguro, ya que aquí llegarán, posiblemente de forma exclusiva, la mayor parte de casos⁶⁰. Como ya se ha expuesto, la Directiva de 2019 y, siguiendo sus disposiciones, también la Ley 2/2023 que la transpone, prevén que los miembros de una organización pública o privada puedan optar, sin condiciones, entre denunciar una irregularidad mediante el canal interno o el externo, si bien la preferencia de una amplia mayoría de personas denunciantes es, como se ha avanzado, la de optar primero por el canal interno de denuncias. En consecuencia, deben centrarse esfuerzos en asegurar la calidad y buen funcionamiento de los sistemas internos, necesidad que, sorprendentemente, ha sido olvidada por la ley.

Así, los principales impedimentos para la formulación de denuncias que señalan las personas que contestaron a la encuesta del referido Eurobarómetro especial 523 de 2022, fueron, en primera y segunda posición, la «Dificultad de demostrarlo» y el hecho de que «Denunciarlo sería inútil porque los responsables no serán castigados». En este sentido, debe recordarse que la Ley 2/2023, en su art. 5.2.e, y respecto de los sistemas internos de información, señala el requisito de «Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo», por lo que parece que en efecto ocupa un papel relevante la efectividad del tratamiento de la denuncia en la ley. Sin embargo, se observa en la ley la notable ausencia de mecanismos para verificar, auditar o evaluar el buen funcionamiento de los sistemas internos de información. Además, la falta de efectividad no se asocia explícita y directamente con ninguna infracción de las previstas en el art. 63, aunque en determinados casos pueda reconducirse a la infracción general de obligaciones previstas en la ley (infracción leve) prevista en el apartado 3.c; o bien en las que

⁶⁰ En la misma línea, por cierto, la reciente ISO 37002 aprobada en el año 2021 y referida específicamente a los canales internos indica que: «Los estudios y la experiencia demuestran que una gran proporción de irregularidades llega al conocimiento de la organización afectada a través de la información que proporcionan personas de dentro de la organización o cercanas a la misma» (ISO 37002:2021(es) Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades – Directrices).

tipifican el impedir o ralentizar el seguimiento de las denuncias, que puede ser una infracción muy grave o grave, en los apartados 1.a y 2.a⁶¹.

Además, para que la ley pueda cumplir adecuadamente el fin de facilitar las denuncias y proteger de forma efectiva a los informantes, será necesario que las autoridades encargadas de los canales externos y reconocidas con la potestad para proteger a las personas denunciantes sean particularmente efectivas en esta labor, a fin de que se genere confianza y no se perciba la denuncia como algo peligroso o perjudicial; a pesar, no obstante, de las trabas que en algunos casos supone la misma Ley 2/2023, como cuando se sugiere, en el art. 7.4, que solamente algunas de las denuncias recibidas a través de los canales internos pueden generar derecho a protección, en caso de que el canal interno decida ampliar, más allá del ámbito material de aplicación previsto en el art. 2, el tipo de incumplimientos o malas prácticas comunicables. Justamente, conviene recordar en este punto que las represalias u otras consecuencias adversas derivadas de la denuncia puede suponer un desincentivo claro para denunciar. Y es que, como se ha podido constatar en múltiples ocasiones, no es en absoluto excepcional que la denuncia de malas prácticas en una organización pueda derivar en represalias y otras consecuencias perjudiciales, como despidos y amenazas, para la persona que denuncia (Zakaria, 2015, p. 231).

Por último, en estas conclusiones quiero destacar que contar con canales efectivos y seguros que prevean la opción del anonimato es importante, pero puede tener un efecto más bien limitado cuando el contexto social o la dinámica en una organización es favorable a la tolerancia de las irregularidades y contraria a la denuncia.

Y es que, en efecto, algunos datos apuntan a que podría haber cierta aceptación generalizada de las malas prácticas, que convendría desarticular para promover de forma adecuada la formulación de denuncias. Así, el ya citado Eurobarómetro especial 523 de la Comisión Europea sitúa la falta de información suficiente como el cuarto problema para la presentación de denuncias («No saber dónde denunciarlo»), y la aceptación de las malas prácticas se sitúa en los puestos quinto y sexto con notables porcentajes de en torno al 20% («Todo el mundo conoce estos casos y nadie los denuncia» y «Nadie quiere traicionar a nadie»). Incluso, un estudio reciente y centrado en el caso autonómico catalán (Capdeferro Villagrasa, 2023) de que la aceptación o la falta de voluntad de denunciar malas prácticas podría ser mayor en el sector público, ya que se observa que en general habría poca predisposición a denunciar y, en caso de llegarse a denunciar una mala práctica, sería mucho más probable que la denuncia se formulara internamente, y sobre todo ante una persona con ascendencia jerárquica o un compañero, siempre que esa persona esté particularmente formada o especializada para atender a este tipo de comunicaciones⁶².

⁶¹ Si bien dicho precepto parece más adecuado para otro tipo de conductas que expresamente se mencionan, como impedir la presentación de denuncias o aportar información falsa a los investigadores, por parte de los sujetos que sean requeridos a aportarla.

⁶² En el marco de esa investigación, se llevó a cabo una encuesta que fue contestada por 6.451 empleados y empleadas de la Generalitat de Cataluña en relación con cuestiones de ética pública y se preguntó por cuál sería la reacción que adoptaría ante una conducta poco ética de un compañero o compañera y qué factor sería el más decisivo para llegar a denunciar la mala práctica. En la respuesta a la primera pregunta, en general, predomina la opción de no denunciar, sea porque se opta por reclamar directamente la conducta al compañero o compañera a fin de lograr que corrija su comportamiento, o bien porque se opta por tolerar la mala práctica. De los que lo denunciarían, la opción más votada fue la de comunicar la mala práctica al superior (con un 20,3%), seguido por un compañero o compañera (17,55%). Por su parte, respecto de la pregunta de en qué circunstancias se favorecería la denuncia de la mala práctica, la opción más frecuente fue la de comunicarlo a una persona referente en materia de

Entiende la literatura científica que estas tendencias pueden explicarse a través de las denominadas técnicas de neutralización, entendidas como el conjunto de técnicas mediante las cuales las personas se justifican a sí mismas la realización de conductas ilícitas, irregulares o no éticas, de tal manera que las pueden acabar considerando aceptables o normales⁶³. La encuesta revela que las tres técnicas de neutralización más extendidas serían la negación del daño, ya que un 34,2% (siendo la opción más contestada) considera que sacaría importancia a la conducta realizada; y en segundo lugar la negación o transferencia de responsabilidad, pues el 18,3% considera que se justificaría la conducta alegando que se trata de una práctica común que todo el mundo hace. Así, en síntesis, parece relevante que la política o estrategia interna sea informativa, genera confianza y además actúe deslegitimando las posibles técnicas de neutralización que puedan surgir entre el personal de la organización.

Este factor, sin duda, pone en gran valor un elemento que aparece mencionado en la Ley 2/2023, pero al que no se dedica prácticamente ninguna atención: la política o estrategia, mencionada en el art. 5.2.h. Mediante esta estrategia, debería difundirse que existe un canal interno (y uno externo) y seguro para comunicar infracciones y que es positivo comunicar posibles malas prácticas para que puedan corregirse de forma rápida y sin generar consecuencias más graves *a posteriori*. Por tanto, no bastará con diseñar y gestionar bien los canales, sino que será también muy necesario acompañar este despliegue técnico con formación y difusión, para promover la denuncia y la cultura de la legalidad.

Bibliografía

- Abazi, V. (2020). The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblowing Protection? *Industrial Law Journal*, 49 (4), 640-656. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaa023>
- AEPD. (2007). 2007-0128 *Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de "whistleblowing")*. AEPD.
- Andrade, J. A. (2015). Reconceptualising Whistleblowing in a Complex World. *Journal of Business Ethics*, 128, 321-335. <https://doi.org/10.1007/s10551-014-2105-z>
- Anvari, F., Wenzel, M., Woodyatt, L. y Haslam, S. A. (2019). The social psychology of whistleblowing: An integrated model. *Organizational Psychology Review*, 9 (1), 41-67. <https://doi.org/10.1177/20413866198490>
- Bauzá Martorell, F. (2015). Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador. *Revista General de Derecho Administrativo*, 40, 1-39.
- Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el whistleblowing (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, 20 (59), 11-42.
- Boot, E. R. (2020). The Feasibility of a Public Interest Defense for Whistleblowing. *Law and Philosophy*, 39, 1-34. <https://doi.org/10.1007/s10982-019-09359-1>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2020). El paper de l'Oficina Antifrau de Catalunya en la lluita contra la corrupció en el sector públic català. Anàlisi i propostes de reforma amb motiu del seu 10è aniversari. *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, 35-64. <https://doi.org/10.2436/rcdn.i60.2020.3413>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2023). *La governança del codi ètic*. EAPC, 2023.
- Colneric, N. (2018). Does the Case Law of the European Court of Human Rights Show That the Convention States of the European Convention on Human Rights Must Prescribe Priority of Internal Whistle-Blowing as a Rule? *Soziales Recht*, 8 (6),

ética perteneciente a la propia organización (33,3%). Los datos completos pueden consultarse en: <https://administraciopublica.gencat.cat/ca/organitzacio/etica-publica/codi-etic-del-servi-public-de-catalunya/enquesta-sobre-etica-a-ladministracio-de-la-generalitat/>.

⁶³ *Vid.* Sykes y Matza (1957), y Kaptein y Van Helvoort (2018).

- 232-239.
- Culiberg, B. y Mihelič, K. K. (2017). The Evolution of Whistleblowing Studies: A Critical Review and Research Agenda. *Journal of Business Ethics*, 146(4), 787-803. <https://doi.org/10.1007/s10551-016-3237-0>
- De Graaf, G. (2019). What Works: The Role of Confidential Integrity Advisors and Effective Whistleblowing. *International Public Management Journal*, 22 (2), 213-231. <https://doi.org/10.1080/10967494.2015.1094163>
- Dryburgh, M. M. (2009). Personal and Policy Implications of Whistle-Blowing. The Case of Corcoran State Prison. *Public Integrity*, 11(2), 155-170.
- Duska R. (2000). Whistleblowing and Employee Loyalty. En DesJardins J.R., Mccall, J.J. (eds.). *Contemporary Issues in Business Ethics* (167-172). Wadsworth.
- Dworkin, T. M. y Baucus, M. S. (1998). Internal vs. External whistleblowers: A comparison of whistleblowing processes. *Journal of Business Ethics*, 77(12), 1281-1298.
- Fernández Ramos, S. (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 1-31.
- Gao, L. y Brink, A.G. (2017). Whistleblowing studies in accounting research: A review of experimental studies on the determinants of whistleblowing. *Journal of Accounting Literature*, 38 (1), 1-13. <https://doi.org/10.1016/j.acclit.2017.05.001>
- García Moreno, B. (2020). *Del whistleblower al alertador*. Tirant lo Blanch.
- Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual, novedades normativas y propuestas de futuro. *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, 12, 126-151. <https://doi.org/10.24965/realia.i12.10731>
- Garrido Juncal, A. (2021). La denuncia y su relación con varios derechos. En Ponce Solé, J. y Villoria Mendieta, M. (dirs.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación. La regulación de la protección de los alertadores y denunciantes (whistleblowers)* (131-162). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Kang, M. M. (2023). Whistleblowing in the Public Sector: A Systematic Literature Review. *Review of Public Personnel Administration*, 43 (2), 381-406. <https://doi.org/10.1177/0734371X221078>
- Kaptein, M. (2011). From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of the Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing. *Journal of Business Ethics*, 98, 513-530.
- Kaptein, M. y Van Helvoort, M. (2018). A Model of Neutralization Techniques. *Deviant Behavior*, 40 (10), 1260-1285. <https://doi.org/10.1080/01639625.2018.1491696>
- Khan, J. et al. (2022). Examining Whistleblowing Intention: The Influence of Rationalization on Wrongdoing and Threat of Retaliation. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19 (1752), 1-20. <https://doi.org/10.3390/ijerph19031752>
- Larmer, R. A. (1992). Whistleblowing and Employee Loyalty. *Journal of Business Ethics*, 11 (2), 125-128.
- Latan, H., et al. (2019). Ethical Awareness, Ethical Judgment and Whistleblowing: A Moderated Mediation Analysis. *Journal of Business Ethics*, 155, 289-304. <https://doi.org/10.1007/s10551-017-3534-2>
- Latan, H. et al. (2023). What Makes You a Whistleblower? A Multi-Country Field Study on the Determinants of the Intention to Report Wrongdoing. *Journal of Business Ethics*, 183, 885-905. <https://doi.org/10.1007/s10551-022-05089-y>
- Myers, A. (CDCJ). (2022). *Evaluation report on recommendation CM/RE (2014)7 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of whistleblowers, Council of Europe*. <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>
- Near, J. P. y Miceli, M. P. (1985). Organizational Dissidence: The Case of Whistle-

- Blowing. *Journal of Business Ethics*, 4 (1), 1-16.
- Near, J. P. y Miceli, M. P. (1995). Effective Whistle-Blowing. *The Academy of Management Review*, 20(3), 679-708.
- Nuswantara, D. A. (2023). Reframing whistleblowing intention: an analysis of individual and situational factors. *Journal of Financial Crime*, 30 (1), 266-284. <https://doi.org/10.1108/JFC-11-2021-0255>
- Nyreröd, T. y Spagnolo, G. (2021). Myths and numbers on whistleblower rewards. *Regulation & Governance*, 15, 82-97. <https://doi.org/10.1111/rego.12267>
- OECD (2016). *Committing to Effective Whistleblower Protection*. OECD Publishing.
- Parajó Calvo, M. (2022). Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. *Documentación administrativa*, 9, 43-74. <https://doi.org/10.24965/da.11151>
- Pérez Monguió, J. M. (2019). Del chivato al cooperador: el whistleblowing. *Revista Vasca de Administración Pública*, 115, 343-375. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.10>
- Pérez Monguió, J. M. (2020). Whistleblower y las dificultades para su implantación en España e Italia. En Sánchez de Diego, M. y Sierra Rodríguez, J. (coords.). *Participación y transparencia para un gobierno abierto* (225-245). Wolters Kluwer.
- Piñar Mañas, J. L. (2021). La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. En Ponce Solé, J. y Villoria Mendieta, M. (dirs.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación. La regulación de la protección de los alertadores y denunciantes (whistleblowers)* (101-129). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ragués i Vallés, R. (2013). *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Marcial Pons.
- Sierra Rodríguez, J. (2020). Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción. *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, 1-41.
- Sierra Rodríguez, J. (2023). Los sistemas internos de información en la ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 24, 70-98. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvqp.24.2023.03>
- Sykes, G. y Matza, D. (1957). Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Journal of Sociology*, 22, 664-670.
- Teichmann, F.M. y Falter, M.-C. (2021). Whistleblowing Incentives. *Journal of Financial Crime*, 28 (2), 394-405. <https://doi.org/10.1108/JFC-10-2019-0132>
- UNODC. (2020). *State of Integrity: A guide on conducting corruption risk assessments in public organizations*. United Nations.
- UNODC. (2015). *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. United Nations.
- Van Waeyenberge, A. y Davies, Z. (2021). The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System. *European Journal of Risk Regulation*, 12 (1), <https://doi.org/10.1017/err.2020.87>
- Vandekerckhove, W. y Commers, M. (2004). Whistle Blowing and Rational Loyalty. *Journal of Business Ethics*, 53, 225-233.
- Vandekerckhove, W. y Lewis, D. (2012). The Content of Whistleblowing Procedures: A Critical Review of Recent Official Guidelines. *Journal of Business Ethics*, 108 (2), 253-264. <https://doi.org/10.1007/s10551-011-1089-1>
- Vandekerckhove, W. (2022). Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblower Protection. *Journal of Business Ethics*, 179, 1-11. <https://doi.org/10.1007/s10551-021-04771-x>
- Villoria Mendieta, M. (2021). Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación. *Revista española de la transparencia*, 12, 15-24. <https://doi.org/10.51915/ret.163>

- Weinstein, D. (1979). *Bureaucratie opposition*. Pergamon Press.
- Zakaria, M. (2015). Antecedent Factors of Whistleblowing in Organizations. *Procedia Economics and Finance*, 28, 230-234. [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(15\)01104-1](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(15)01104-1)

Planificación estratégica de ciudades*

Urban Strategic Planning

Moneyba González Medina
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-9160-1527
moneyba.gonzalez@uam.es

Cita recomendada:

González Medina, M. (2023). Planificación estratégica de ciudades. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 310-326

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8002>

Recibido / received: 16/01/2022

Aceptado / accepted: 29/06/2022

Resumen

El presente trabajo arroja luz sobre el concepto de planificación estratégica de ciudades, sus principales rasgos metodológicos y su relevancia para las políticas urbanas, dada su estrecha relación con los marcos de desarrollo sostenible impulsados por Naciones Unidas, la UE y la OCDE. A tal fin, se profundiza en su origen como herramienta de gestión y en su evolución como instrumento de gobernanza dirigido a la construcción de coaliciones de actores para favorecer el enfoque integrado de las políticas de desarrollo urbano. También se aborda su relación con la planificación urbana tradicional y con el *soft law*, su promoción a través de guías metodológicas para el desarrollo de proyectos y su establecimiento como criterio para acceder a financiación pública. Todos estos elementos han sido decisivos para su difusión en un contexto donde la política urbana ha ido adquiriendo un carácter cada vez más «estratégico», tanto a nivel nacional como internacional.

Palabras clave

Planificación estratégica de ciudades (PEC), agenda urbana, políticas urbanas, gobernanza local, integración de políticas, desarrollo sostenible, derecho blando.

Abstract

This paper sheds light on the concept of strategic city planning, its main methodological features and its relevance for urban policies, given its close relationship with the sustainable development frameworks promoted by the United Nations, the EU and the OECD. To this end, we delve into its origin as a management tool and its evolution as a governance instrument aimed at building coalitions of actors to promote the integrated approach to urban development policies. Its relationship with traditional urban planning and soft law is also addressed, as well as its promotion through methodological guides for project development and its establishment as a criterion for access to public financing. All these elements have been decisive for its dissemination in a context where urban policy has been acquiring an increasingly “strategic” character, both nationally and internationally.

* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On TRUST– CM H2019/HUM-5699 de la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.

Keywords

Urban strategic planning, urban agenda, urban policies, local governance, policy integration, sustainable development, soft law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen y evolución de la planificación estratégica de ciudades. 3. Concepto y caracterización. 4. Proceso metodológico de la PEC. 5. Reflexiones finales. Cuestiones críticas y líneas futuras.

1. Introducción

Desde finales de la década de los ochenta, la planificación urbana como política de desarrollo territorial ha experimentado la necesidad de adaptarse a los cambios generados en el contexto de la globalización. Las nuevas lógicas de organización de los sistemas productivos (postfordismo), la revolución tecnológica y los procesos de recomposición del Estado «hacia arriba» (p. ej., integración en la Unión Europea) y «hacia abajo» (p.ej., procesos de descentralización o de *devolution*) (Borja y Castells, 1999; Le Galès, 2007; Pinson, 2011) han sacudido las bases de una política tradicionalmente caracterizada por ser muy doméstica, sectorial, jerarquizada y poco flexible.

Estas dinámicas han producido una pluralización de los sistemas sociopolíticos urbanos y un progresivo aumento del protagonismo político de las ciudades a nivel global como espacios estratégicos para lograr un desarrollo sostenible. Como resultado, en los últimos años ha proliferado una nueva generación de políticas urbanas (conocidas también como «agendas urbanas») muy influenciadas por los marcos de políticas de desarrollo sostenible (p.ej. la Agenda 2030) impulsados por Naciones Unidas (ONU), la Unión Europea (UE) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (González Medina y Huete García, 2018; Alonso *et al.*, 2020; Huete García y Merinero, 2021; Huete García *et al.*, 2023). En esta nueva generación de políticas urbanas la «integración» emerge como una condición necesaria para alcanzar sus objetivos (p.ej. las políticas de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado de la UE) (Carta de Leipzig, 2007; Comisión Europea, 2014).

El término «integración» –*policy integration*– está asociado con el carácter complejo de una política pública, ya sea por la naturaleza multisectorial del problema que aborda o por su exposición a dinámicas de gobernanza multinivel –*multilevel governance*– que afectan a una variedad de actores. Para Meijers y Stead (2004, p. 1) la integración se refiere a la «transversalidad», esto es, a la gestión de «*cross-cutting issues in policy-making that transcend the boundaries of established policy fields, which often do not correspond to the institutional responsibilities of individual departments*». Ahora bien, como señalan estos mismos autores, la integración también se asocia con otros términos como «*policy coherence*», «*holistic government*» y, sobre todo, con «*policy co-ordination*». El objetivo de la integración es evitar los problemas que genera la fragmentación tanto en la toma de decisiones como en su implementación.

En este contexto, la planificación estratégica de ciudades (PEC) cobra fuerza como enfoque para la elaboración de las políticas urbanas y como componente inherente a las mismas. Así, siguiendo la tipología clásica de Lowi (1972), estaríamos ante políticas esencialmente «constitutivas», orientadas al establecimiento de estrategias, mecanismos o instrumentos que favorecen la movilización y coordinación

de los actores para la construcción colectiva de los objetivos y proyectos de desarrollo de un territorio. La PEC se situaría, de este modo, entre estas nuevas formas de acción pública que permiten la agregación de intereses, la articulación de recursos y la coordinación de actuaciones (Pinson, 2011).

A diferencia de la planificación urbana tradicional, que partía de la premisa de que las desigualdades responden a factores estructurales, la hipótesis subyacente a la PEC es que dichas desigualdades dependen más bien de la falta de movilización de los actores (Pinson, 2011) y de la «capacidad organizativa» del territorio (VAN DER BERG et al., 1997), de ahí que su objetivo sea construir coaliciones territoriales para movilizar los recursos locales y generar desarrollo. Por esta razón, la PEC también es considerada un instrumento de gobernanza territorial (Pascual Esteve y Tarragona Gorgorió, 2009; Martín y Merinero, 2010; González Medina, 2013A, 2013B; Farinós y González Medina, 2021). En este sentido, Healey (2006), exponente de la denominada «planificación colaborativa», afirma que hay tres nociones que conectan la gobernanza urbana con la planificación estratégica, que son: la gobernanza multinivel, la cooperación público-privada y la participación.

La PEC constituiría, por tanto, un ejemplo de lo que en la literatura reciente viene denominándose «planificación blanda» –*soft planning*–, esto es, un tipo de planificación informal y basada en las relaciones, que ha sido definida como «*practices and instruments reaching beyond administrative borders and seeking synergies between actors across territorial and administrative boundaries through informal or semiformal governance networks*» (Faludi, 2013; Stead, 2014; Purkarthofer, 2016), y «*Planning theorists have promoted soft planning because of the assumed effectiveness and agility of soft planning in responding to multi-scalar and rapidly transforming planning problems*» (Mattila y Heinilä, 2022, p. 2).

Este tipo de planificación se contrapone, por tanto, a la tradición dominante en materia de desarrollo urbano en nuestro país, que tiene su base en el derecho urbanístico, y que da lugar a formas de planificación más «duras», lentas y burocratizadas (p.ej. piénsese en los tiempos de aprobación de un plan general de ordenación urbana), pero que tienen a su favor su carácter vinculante y su vocación garantista. Precisamente, la ausencia de esta última característica en el caso de la PEC y su falta de institucionalización normativa son algunas de las principales críticas que se le hacen desde la perspectiva jurídica.

A partir de estas consideraciones, el propósito de este trabajo es arrojar luz sobre el concepto de PEC, sus rasgos metodológicos y su relevancia en el marco de las políticas de desarrollo urbano contemporáneas. Se trata de un ejercicio necesario dada la poca atención prestada a esta noción por parte de la ciencia política en España a pesar de que ha sido el país precursor de la PEC en Europa y donde su aplicación ha sido más extendida en términos comparados. A ello se añade su especial conexión con la lógica de elaboración de políticas públicas promovida en el ámbito comunitario, que fomenta la introducción de enfoques estratégicos y de gobernanza multinivel en el marco de la dimensión urbana de la Política de Cohesión de la Unión Europea (González Medina y Fedeli, 2015; Comisión Europea, 2019; Fioretti et al., 2020; Carpenter et al., 2020; New Leipzig Charter, 2020)

Este trabajo se estructura como sigue. En primer lugar, se aborda el origen y la evolución de la PEC. A continuación, se ofrecen algunas definiciones del término y su caracterización frente a la planificación tradicional. El siguiente apartado se centra en la PEC como enfoque metodológico. En el apartado final de conclusiones se pone de manifiesto la creciente importancia de este instrumento de gobernanza, se realizan

algunas consideraciones críticas y se destaca su interés como objeto de investigación.

2. Origen y evolución de la planificación estratégica de ciudades

En el origen, la planificación estratégica¹ era una herramienta propia de la gestión empresarial (Olsen, 2012) que, a su vez, se inspiraba en las prácticas desplegadas en el ámbito militar, y que fue introduciéndose paulatinamente en el sector público. Fue aplicada por primera vez para impulsar el desarrollo de una ciudad en Estados Unidos en el año 1983, concretamente, en San Francisco. La experiencia llegó a Europa a través de Barcelona que, en 1987, aplicó este instrumento con el objetivo de preparar la ciudad para la celebración de los Juegos Olímpicos de 1992. Desde entonces, la utilización de la PEC se ha extendido en varios países en todo el mundo.

En el ámbito de las políticas de desarrollo urbano, la PEC ha tenido un importante impacto tanto en su dimensión política como de gestión. En la dimensión política, porque ha implicado abrir el proceso de adopción de decisiones y actuaciones a la ciudadanía y a la colaboración público-privada (Healey, 2003; Navarro Yáñez, 2010). En la dimensión de gestión, porque ha promovido la transición de la práctica administrativa hacia un modelo de gobernanza (Prats i Catalá, 2005) para la gestión por proyectos, que va más allá de su mera consideración como una técnica propia de la Nueva Gestión Pública (Gruening, 2001). En este sentido, para Fernández Güell, el interés del sector público por los conceptos y técnicas provenientes del mundo empresarial no fue tanto consecuencia de la penetración de los postulados neoliberales sino más bien de los cambios socioeconómicos generados en el contexto de la globalización, que afectaron de forma muy importante a las ciudades y que demandaban respuestas más ágiles y complejas por parte de los gobiernos: «el fuerte dinamismo del entorno geopolítico, social, económico, tecnológico y administrativo está produciendo implicaciones de gran magnitud para el desarrollo urbano, las cuales, a su vez, obligan a la transformación y renovación de los instrumentos tradicionales de planificación» (Fernández Güell, 1997, p. 31).

Los principales elementos que diferencian la PEC de la planificación estratégica en el sector privado son, en primer lugar, su vinculación al objetivo de desarrollo del territorio (no al beneficio de una organización); su vocación colectiva o de progreso de una comunidad; y su afán movilizador de recursos público-privados (no solo privados). Aunque la PEC es mucho más compleja que la planificación estratégica en el contexto empresarial, en la siguiente figura, puede observarse un paralelismo entre los principales componentes de una empresa y una ciudad:

Aspectos	Empresa	Ciudad
Propiedad	Accionistas	Ciudadanos y empresas
Alta dirección	Consejo de administración	Ayuntamiento
Productos	Manufacturas o servicios	Servicios, atractivos y puestos de trabajo
Clientes	Consumidores	Ciudadanos, inversores y visitantes
Competidores	Otras empresas	Otras ciudades

Figura 1. Paralelismo entre empresa y ciudad (FERNÁNDEZ GÜELL, 1997, p. 54).

¹ La «estrategia» es una decisión con implicaciones a largo plazo, que establece los objetivos a alcanzar a futuro por un grupo de personas, una organización o un territorio, y que define un curso de acción entre una posición inicial y un punto de llegada. Mientras que la «estrategia» se orienta al establecimiento de objetivos a largo plazo, la «táctica» se centra en los medios necesarios para alcanzarlos a nivel operativo y en el corto plazo.

Otra consideración es que la PEC ha experimentado su propia evolución. La literatura sobre el tema hace referencia a la existencia de varias generaciones de planes estratégicos de ciudad. La primera generación se caracterizó por la prevalencia de una lógica de mercado; mientras que la segunda generación de planes era de tipo más integrador y participativo (Pascual Esteve y Tarragona Gorgorió, 2009; González Mediana, 2013b). De hecho, la primera generación se desarrolló en el marco del discurso de la competición entre ciudades para captar recursos, inversiones, visitantes y residentes, dominante en la década de los ochenta y hasta finales de los noventa. A partir del 2000, los procesos de planificación estratégica comenzaron a acercarse más al marco de la cooperación entre territorios y al establecimiento de redes, consolidando su carácter de instrumento de gobernanza.

La primera generación de planes, como el primer plan estratégico de Barcelona, ponía el foco en las dimensiones económica y social del desarrollo. Perseguía la movilización de la élite socioeconómica y estaba muy orientada al marketing de ciudades, con dos objetivos destacados: por un lado, la promoción de mega eventos como las olimpiadas o las exposiciones, etc. (Guala, 2007); y, por otro, el impulso de la marca de ciudad –*city branding*– (González Medina, 2009). La segunda generación se orientaba más al desarrollo sostenible e integrado del territorio, en línea con un discurso de cooperación territorial y de articulación de economías de escala. En palabras de Farinós, «si en los planes estratégicos de primera generación lo importante eran los proyectos y su impulso, en los de segunda lo principal es la articulación del proceso que organiza y reestructura las relaciones de interdependencia y las interacciones sociales» (Farinós, 2010, p. 98). Ahora bien, una de las mayores críticas a la PEC ha sido que «en realidad, han sido los actores más organizados del territorio o las élites económicas, sociales e intelectuales (instituciones, universidades, asociaciones empresariales, fundaciones, sindicatos, etc.) los que han participado en los procesos de planificación estratégica» (Governà et al., 2009; Tomàs y Martí-Costa, 2011; González Medina, 2013b, p. 274).

COMPARACIÓN PLANES ESTRATÉGICOS 1G Y 2G

Elementos comunes:

- Estrategia compartida
- Participación sectores ciudadanos
- Cooperación pública y privada

Elementos diferenciadores:

PE 1G	PE 2G
<ul style="list-style-type: none"> ● Finalidad: desarrollo económico y social ● Planificación específica económica y social ● Identificación proyectos ● Prioridad proyectos tangibles ● Escasa importancia de la visión o modelo de ciudad/territorio ● Liderazgo cooperativo/ democrático 	<ul style="list-style-type: none"> ● Finalidad: desarrollo humano ● Planificación como inicio de gobernanza ● Capacidad de organización y acción del territorio ● Prioridad proyectos intangibles ● Gran importancia de la visión o modelo de ciudad/territorio ● Liderazgo sólo democrático

Figura 2. Comparación generaciones de PEC (PASCUAL ESTEVE y TARRAGONA GORGORIÓ, 2009, p. 88).

La evolución de la PEC también ha sido objeto de estudio en otros países de nuestro entorno. Por ejemplo, en la literatura italiana (Sartorio, 2005; Tanese *et al.*, 2006), otro de los países donde su aplicación ha sido más extendida², se distingue una primera generación, que se insertaría en el marco de políticas espaciales «keynesianas» (bienestar, zonificación, etc.), siendo el plan (sectorial), su principal instrumento. En la segunda, el instrumento pasa a ser el proyecto para el desarrollo de políticas urbanas orientadas al mercado y a la competitividad. Por último, la tercera generación estaría más dirigida hacia políticas de calidad de vida, atractivo y solidaridad (Gibelli, 2005, p. 281). De esta manera, estaríamos ante tres tipos de planes estratégicos: planes de tipo estructural, planificación de tipo empresarial y una tercera generación de carácter reticular o participativo (González Medina, 2013b).

3. Concepto y caracterización

Como se ha señalado, la PEC supuso un cambio de enfoque en el ámbito de la planificación urbana, dominada hasta entonces por la idea de «‘physical’ solutions to social problems» (Albrechts, 2004, p. 748). La PEC aborda el desarrollo urbano desde una perspectiva incremental, multidimensional y multiactor, en la que los objetivos son constantemente reevaluados y reprogramados, a diferencia de la planificación tradicional, basada en marcos regulatorios altamente formalizados y poco flexibles. En la siguiente tabla pueden verse las principales diferencias entre ambos tipos de planificación:

Strategic planning	Conventional planning
Decentralised approach (bottom-up)	Centralised approach (top-down)
Process-oriented and action-oriented	Product-oriented (the plan)
Combination of responsive and proactive	Driven only by proactive strategies
Flexible	Rigid
Starts with consensus on issues	Starts with consensus on “power to enforce”
Planning, budgeting and implementation integrated	Planning separated from implementation (and therefore, budgeting)
Focused and selective – aims at identifying and resolving critical issues while targeting sustainable and balanced urban development in the long term	Comprehensive
Strong assessment of internal and external environment (situation)	Limited or politically motivated assessment of situation
Expects new trends, discontinuities and surprises	Assumes that current trends will continue in the future
Interactive with a range of stakeholders	Based largely on data rather than stakeholder engagement
Political/multi-stakeholder awareness and involvement	Administrative orientation and awareness
Implementation by empowerment	Implementation by directive.

Tabla 1. Enfoque de la planificación estratégica vs planificación convencional (ONU-Hábitat, 2007, p. 9).

² En el caso italiano llegó a constituirse una red nacional formada por las ciudades que aplicaban la planificación estratégica (*Rete delle Città Strategiche*, RECS) y que acabó por ser absorbida por la *Associazione Nazionale Comuni Italiani* (entidad equivalente a la Federación Española de Municipios y Provincias) después de más de una década de actividad. En el caso de España, la asociación que promueve el intercambio de experiencias y el estudio en materia de planificación estratégica a nivel nacional es Ebrópolis, que anualmente convoca un encuentro de directores de planes estratégicos. El Centro Iberoamericano de Desarrollo Estratégico Urbano (CIDEU), con sede en Barcelona, hace lo propio en el contexto iberoamericano.

La PEC se contrapone, por tanto, a la práctica dominante en materia de desarrollo urbano en nuestro país, que tiene su legitimación en el derecho urbanístico, y que da lugar a formas de planificación más lentas y burocratizadas (p.ej. piénsese en los tiempos de aprobación de un plan general de ordenación urbana), pero que tienen a su favor su carácter vinculante y su seguridad jurídica. Precisamente, en la falta de estas características en el caso de la PEC reside la principal crítica que se le hace desde la planificación convencional y la perspectiva jurídica.

Por lo que se refiere a su estudio, la producción de literatura sobre PEC se nutre fundamentalmente de manuales metodológicos para la elaboración de un plan estratégico o de estrategias integradas de ciudad (Fernández Güell, 1997; Tanese et al., 2006; ONU-Hábitat, 2007; Pascual Esteve, 2007; Pascual Esteve y Tarragona Gorgorió, 2009; Martín y Merinero, 2010; Merinero, 2010; Fioretti et al., 2020). Desde un punto de vista académico, la PEC ha sido objeto de interés específico para disciplinas como la planificación urbana (Healey, 2003; Albrechts, 2004; Fernández Güell, 2006), la geografía (Farinós, 2010), la economía (Echevarría, 1993; Mella, 1999) o la sociología (Navarro Yáñez, 2010; Merinero, 2010; Pinson, 2011), resultando llamativo que apenas haya recabado la atención de la ciencia política a pesar su consideración como instrumento de gobernanza territorial (González Medina, 2013a, 2013b) y de su carácter eminentemente político: «*Urban strategic planning is a specific instrument of management which encourages citizen participation in local policy decisions*» (UCLG, s.f.). Por lo que respecta al ámbito jurídico, su abordaje es aún incipiente y más bien desde una posición crítica. No obstante, en trabajos recientes se observa una progresiva asimilación de este tipo de planificación «blanda» –soft planning– en conexión con el denominado «Derecho blando» –soft law– (Mattila y Heinilä, 2022), entendido como «*rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects*» (Senden, 2004, p. 112), lo que constituye una oportunidad para una mejor integración de la PEC en el ámbito jurídico.

Por otro lado, desde un punto de vista conceptual, junto al término «planificación estratégica de ciudades» conviven otras denominaciones como «planificación estratégica urbana», «planificación estratégica territorial», «spacial (strategic) planning», «collaborative planning», «networking planning», «soft planning», «integrated planning», «urban strategic planning», etc. Éstas se refieren unas veces a la PEC como proceso, otras como producto resultante de ese proceso (lo que sería el plan estratégico de ciudad) y otras veces como una mezcla de ambos. En todas se observa su caracterización como instrumento relacional que promueve la integración en la toma de decisiones para la fijación de los objetivos de desarrollo de un territorio. Por ejemplo, Fernández Güell define la PEC como una

forma sistemática de manejar el cambio y de crear el mejor futuro posible para una ciudad. [...] la planificación estratégica es un proceso creativo que sienta las bases de una actuación integrada a largo plazo, establece un sistema continuo de toma de decisiones que comporta riesgo, identifica cursos de acción específicos, formula indicadores de seguimiento sobre los resultados e involucra a los agentes sociales y económicos locales a lo largo de todo el proceso (Fernández Güell, 1997, p. 54).

Por su parte, Merinero define el plan como un proceso

que permite determinar los objetivos estratégicos para una ciudad o un territorio, para conseguir una posición óptima de competitividad económica y de calidad de vida. Ese proceso debe de concretarse como un programa de actuación de las entidades y agentes que tienen capacidad y recursos para incidir mediante sus acciones sobre el

desarrollo de la ciudad, pero ineludiblemente de una manera consensuada (Merinero, 2010, p. 31).

Desde la perspectiva de las políticas públicas, el plan estratégico constituye una intervención directa e intencionada sobre los procesos de toma de decisiones relativos a la provisión de bienes colectivos, siendo la modificación de los procesos (y de las instituciones) de gobierno urbano el verdadero resultado esperado del plan estratégico (Dente, 2007, p. 9). En este sentido, la planificación estratégica es, sobre todo, un enfoque metodológico que permite orientar la toma de decisiones y las actuaciones para el desarrollo de políticas urbanas.

4. Proceso metodológico de la PEC

De acuerdo con Fernández Güell, para que este tipo de procesos se lleven a cabo con ciertas garantías de éxito es importante que la metodología satisfaga las siguientes condiciones: inclusión de técnicas de prospectiva, aplicación de un enfoque sistémico, y desarrollo de una participación operativa por parte de los actores clave (Fernández Güell, 1997, p. 67). Si se compara con el proceso de elaboración de una política pública, la PEC sigue una lógica similar al ciclo de las políticas planteado por Lasswell (1956). De forma simplificada, las fases de la PEC pueden observarse en la siguiente figura:

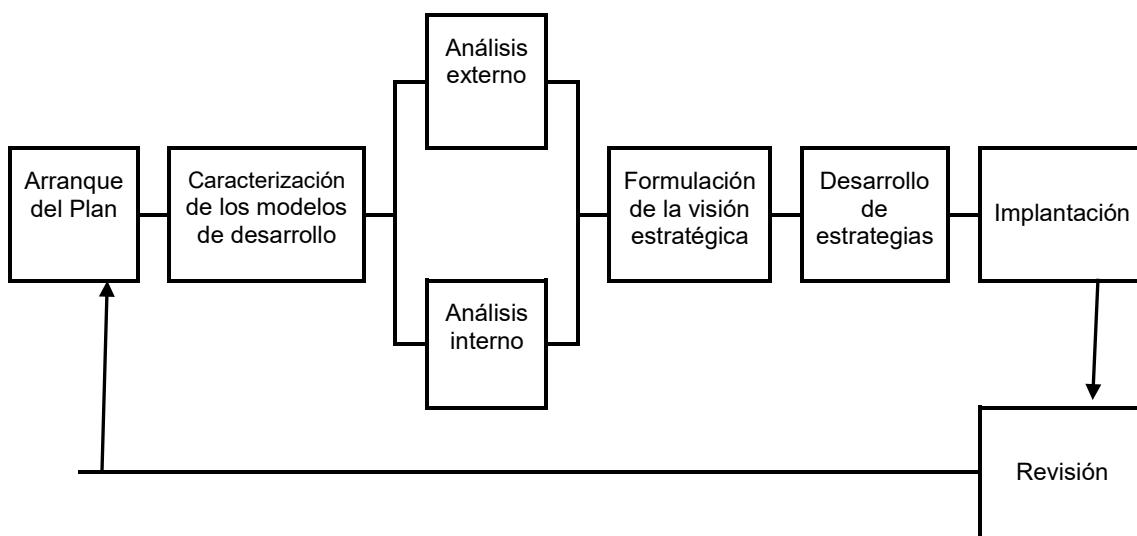


Figura 3. Metodología simplificada de la planificación estratégica de ciudades (Fernández Güell, 1997, p. 67)

Cabe destacar que este enfoque metodológico es ampliamente utilizado en el ámbito de las políticas comunitarias, especialmente en el marco de la dimensión urbana de la Política de Cohesión, hasta el punto de que ha acabado imponiéndose como metodología para la elaboración de propuestas y proyectos susceptibles de ser financiados con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) (Comisión Europea, 2021). Un ejemplo es el documento de Orientaciones para la definición de Estrategias integradas de desarrollo urbano sostenible integrado en el periodo 2014-2020 elaborado por la Red de Iniciativas Urbanas, en el que se puede observar el paralelismo con la figura anterior. Además, existe un esfuerzo por parte de la Comisión Europea (concretamente, de la Dirección General de Política Regional y Urbana –DG Regio– por transferir este enfoque metodológico a través de Urbact³, un

³ Más información: <https://urbact.eu/>

programa de intercambio y aprendizaje que promueve el desarrollo urbano sostenible, y de los manuales elaborados en sus centros de investigación –*Joint Research Center*– (Fioretti *et al.*, 2020).



Figura 4. Diagrama orientativo de desarrollo de la estrategia integrada (RED DE INICIATIVAS URBANAS, 2014, p. 5).

En la misma línea, ONU-Hábitat (2007) lleva promoviendo desde hace años este enfoque metodológico con el objetivo de ayudar a las ciudades a que transiten hacia un desarrollo urbano sostenible. En sus publicaciones se establecen las siguientes fases del proceso de planificación estratégica de ciudades



Figura 5. Fases del proceso de PEC según Naciones Unidas (ONU-HÁBITAT, 2007, p. 4)

Respecto a la secuencia del proceso, es importante tener en cuenta que, al igual que ocurre con el ciclo de las políticas públicas, no es lineal, sino que las fases pueden retomarse en función de las circunstancias. Ahora bien, en todo proceso de PEC hay cinco momentos importantes:

a) La organización del proceso: es la fase de lanzamiento del plan, donde se establece el diseño del modelo organizativo de todo el proceso y la política de

comunicación. Todo plan estratégico surge de una decisión de los líderes de la comunidad. Puede provenir de la detección de una situación problemática o de la previsión de un cambio estructural que amenaza el desarrollo futuro del territorio, pero también de la identificación de una oportunidad como, por ejemplo, la adopción de un Plan Nacional de regeneración urbana. En la experiencia europea, es el gobierno local quien asume el liderazgo del proceso. Ahora bien, para ejercer este liderazgo, el gobierno local tiene que ser capaz de movilizar a los actores clave, generar credibilidad en la ciudadanía, conciliar intereses diversos y establecer coaliciones. En esta fase, el diseño del proceso de participación (conformación de grupos de trabajo), la política de comunicación (tomar conciencia del proceso, informar e involucrar) y el mapeo de los actores clave públicos y privados son fundamentales (Urbact, 2013, p. 65). Asimismo, hay una serie de elementos organizativos e institucionales que deben abordarse como el establecimiento de una estructura de gestión⁴ (oficina del plan y procedimientos de gestión de la información, de las decisiones y actuaciones, y de los agentes participantes), y la adopción de un compromiso formal por parte de los actores movilizados para llevar a cabo el proceso que, además a dar credibilidad, funcione como mecanismo de «arrastre» –*bandwagon effect*– o de atracción de los agentes interesados o *stakeholders*.

b) El análisis del territorio: es uno de los momentos más importantes, dado que en él se lleva a cabo la caracterización del modelo de desarrollo a partir de indicadores de naturaleza física (parque de vivienda y estado de los edificios públicos, sistema de transporte y comunicaciones, etc.); ambiental (zonas verdes, calidad del aire, gestión de residuos, riesgos climáticos, etc.), económica (mercado de trabajo, tejido empresarial, sectores productivos clave, etc.) y social (demografía, vulnerabilidad, abandono escolar, conflictividad, etc.). Para obtener esta información, suele acudirse a estadísticas oficiales. En el caso español, el Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda urbana (MITMA) facilita el acceso a datos actualizados relacionados con los objetivos estratégicos de la Agenda Urbana Española a todos los municipios españoles, con el objetivo de que puedan realizar su análisis y desplegar sus planes de desarrollo urbano denominados Planes de Acción Local⁵, que siguen la misma lógica de la PEC.

En esta fase se realiza el diagnóstico de situación de la ciudad, a partir de un análisis externo, esto es, del entorno, la demanda y los competidores (en su caso); y de un análisis interno, que se centra en los recursos humanos, las actividades productivas, las comunicaciones, la calidad de vida⁶ y el apoyo público en el territorio. Para desarrollar este análisis se utiliza la herramienta DAFO –*Swot Analysis*–, que permite la identificación de Amenazas y Oportunidades (análisis externo) y de Fortalezas y Debilidades (análisis interno). En el análisis externo se incorporan aquellos factores que escapan al control de la ciudad (crisis salud pública, programa de financiación comunitario, posicionamiento en el sistema de ciudades,

⁴ Existen diversos modelos de organización, siendo uno de los criterios más importantes el decidir si la oficina se sitúa dentro del ayuntamiento, si se externaliza en una entidad instrumental (agencia) o en una entidad privada sin ánimo de lucro, como puede ser una fundación. En el panorama nacional e internacional tenemos ejemplos variados de cada una de estas fórmulas. En todo caso, siempre habrá una distinción entre órganos políticos (dirección) y técnicos (gestión).

⁵ Datos actualizados a julio de 2021, aquí: <https://www.aue.gob.es/datos-descriptivos>

⁶ Se trata de un concepto, cuya utilización se remonta a los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, que permite conocer la percepción de las personas acerca de su grado satisfacción con la vida o su bienestar personal, basada en una valoración subjetiva de sus condiciones de vida en sus dimensiones ambiental, económica y social (URZÚA y CAQUEO-URÍZAR, 2012). Desde 2004, la Comisión Europea ha realizado un seguimiento de la calidad de vida de las ciudades europeas. El grado de satisfacción de las cuatro ciudades españolas participantes en este estudio (Barcelona, Madrid, Málaga y Oviedo) supera el 78%, siendo Madrid la ciudad en la que dicho nivel es más bajo (78-86%) y Málaga y Oviedo donde es más alto (92-94,5%) (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

competidores, etc.). Mediante el análisis interno se identifican los puntos fuertes y débiles del sistema urbano. Toda esta actividad de análisis desemboca en un diagnóstico de la ciudad que permite identificar problemas, prioridades u objetivos y sentar las bases de la estrategia de desarrollo.

c) La formulación del modelo de ciudad: con la información recabada en la fase anterior se realiza el análisis de posicionamiento de la ciudad, a partir del que se define la visión del modelo de ciudad. Esta es la fase en la que se imagina el futuro de la ciudad en los próximos años, hacia dónde quiere avanzar. La visión estratégica

representa la toma de posición frente al entorno y, consecuentemente, persigue dos fines: por un lado, que una ciudad destaque de sus competidores aprovechando su voluntad de transformación y diferenciación; y, por otro lado, otorgar coherencia al desarrollo del plan estratégico facilitando la asignación de prioridades a las diversas estrategias (Fernández Güell, 1997, p. 177).

El modelo de ciudad recoge tanto la visión como el conjunto de objetivos hacia los que se orienta el desarrollo futuro de la ciudad. Para el desarrollo de la visión estratégica suele acudirse a la prospectiva o diseño de escenarios de futuro (Godet, 2007). Mediante esta técnica se construye un relato imaginario de la posición de la ciudad en contextos influidos por distintas variables (positivas y negativas).

d) El desarrollo de propuestas: la visión de la ciudad permite identificar cuáles son los temas críticos para el territorio. En este estadio se definen las metas y proyectos estratégicos que ayudan a orientar las políticas para alcanzar los objetivos que permitirán realizar la visión o el modelo de ciudad. Se trata de un proceso de operacionalización u operativización de la respuesta que quiere darse a un problema identificado (línea estratégica) y que se traduce en una serie de acciones concretas (proyectos). En la definición de la propuesta se explica cómo contribuye a la estrategia del plan y se vincula a otros planes que impactan en el territorio (p. ej., la Agenda 2030 o un plan sectorial), en qué consiste (descripción), cómo se llevará a cabo (definición de tareas), cuáles son los agentes implicados en su ejecución (asignación de recursos humanos, responsables y movilización/coordinación de actuaciones), cuál es la estimación presupuestaria y cómo será financiada (asignación de recursos), en qué plazo será ejecutada (planificación temporal) y el establecimiento de indicadores de seguimiento y resultado. La respuesta a estas cuestiones se concreta en una ficha de proyecto. Para la identificación de las tareas y sus interdependencias, la asignación de responsabilidades y de recursos pueden utilizarse los diagramas PERT y Gannt.

e) La ejecución de las actuaciones: con el desarrollo de los proyectos estratégicos se finaliza el diseño del plan y se entra en la fase de ejecución o implementación. Esta fase se apoya en un plan de acción a nivel de proyectos (fichas de proyecto), en el que se detallan los pasos necesarios para llevarlos a cabo. Se trata de la fase más crítica de todo proceso de planificación, el momento en el que se pasa de las palabras a los hechos. Fernández Güell apunta que «el grado de éxito de un plan estratégico radica básicamente en el número e importancia de los proyectos que llegan a ser ejecutados respecto a las estrategias propuestas por los agentes participantes en el plan» (Fernández Güell, 1997, p. 226). Sin embargo, según matiza el autor, en el caso de la PEC es más difícil mantener la implicación de los actores en el largo plazo, son procesos más politizados (y por lo tanto susceptibles de desaparecer con un cambio de gobierno) por el alto coste que tiene revertir el impacto de las políticas pasadas –*policy legacy* o *path dependency*– y cambiar el *statu quo* de un sistema urbano. Por ello, es común ver planes que han completado la fase de diseño, pero que no se han puesto en marcha o no se mantienen por problemas de

organización o de recursos, por falta de comunicación o implicación de los actores clave o por cambios en el gobierno. Todos estos elementos pueden tener un efecto de desmovilización de los actores y generar desinterés en la ciudadanía. Por ello, es fundamental ser capaz de gestionar las relaciones para mantener la colaboración y el intercambio de recursos a lo largo de todo el proceso, haciéndolo sostenible en el tiempo.

f) La revisión del plan estratégico: esta es la fase en la que se evalúa el plan y que permite realizar los ajustes necesarios para garantizar el alcance de los objetivos (rendición de cuentas), además de mantener el interés en el plan. A tal fin, cada proyecto, en su ficha, debe tener asociados una serie de indicadores de proceso y de resultado, que a su vez estarán relacionados con los objetivos estratégicos. Esta asociación suele recogerse en un sistema de indicadores a partir de instrumentos de recogida, análisis y actualización de la información (observatorios, cuadros de mando⁷, etc.). Dada la vinculación existente entre objetivos e indicadores, se recomienda que los objetivos sean S.M.A.R.T. –*Specific, Measurable, Assignable, Realistic and Time-related*– (Doran, 1981), esto es, específicos, medibles, alcanzables, asignados a un responsable, realistas y con un espacio de tiempo concreto para su alcance (Olsen, 2012). Si se descuida este aspecto, tanto la ciudadanía como los actores perderán el interés. Al igual que el seguimiento y la revisión del plan, la coordinación de agentes y actuaciones, y la difusión y comunicación serán actividades transversales a lo largo de todas las fases del proceso.

5. Reflexiones finales. Cuestiones críticas y líneas futuras

El objetivo del presente trabajo ha sido arrojar luz sobre el concepto de PEC, sus rasgos metodológicos y su relevancia en el marco de las políticas de desarrollo urbano dada su estrecha relación con los marcos de desarrollo sostenible. A tal fin, se ha profundizado en su origen como herramienta de gestión, en su evolución como instrumento de gobernanza dirigido a la construcción de coaliciones de actores, y su relación con el denominado «soft law». También se han enumerado los factores que han motivado su progresiva adopción como enfoque de elaboración de políticas urbanas frente a la planificación tradicional, así como la activa promoción de la PEC por parte de Naciones Unidas, la UE y la OCDE a través de la publicación de diversos «policy papers» y manuales (ONU-Hábitat, 2007; UCLG, 2010; Urbact, 2013; Fioretti *et al.*, 2020), la formación a agentes locales o incluso su establecimiento como criterio para acceder a la financiación. Todos estos elementos han sido decisivos para su difusión en diversos países.

La emergencia de la PEC se deriva de la necesidad de revisar críticamente los enfoques tradicionales de planificación y gestión urbana como consecuencia de las dinámicas globalizadoras. Sin embargo, hoy en día la convivencia entre la PEC y la planificación urbana tradicional sigue siendo difícil. El carácter voluntario de la primera y obligatorio de la segunda constituyen, al mismo tiempo, su mayor virtud y su principal obstáculo. La PEC implica transitar desde un enfoque tecnocrático, en el que se trata de dar solución a los problemas sociales mediante intervenciones físicas en el territorio, hacia un enfoque en el que las necesidades de cambio del territorio pasan a ser abordadas a través de la movilización de distintos actores (Albrechts, 2004) en el marco de procesos participativos y ágiles. En este sentido, su consolidación es más difícil en países con una tradición político-administrativa

⁷ Véase, por el ejemplo, el caso del II Plan Estratégico de la Provincia de Jaén: <https://www.planestrajae.es/centro-documental/cuadro-de-mando-integral/>

dominada por el principio de seguridad jurídica frente al principio de resolución de problemas, más propio del «*management*» o del análisis de políticas públicas.

Por otra parte, destaca el escaso interés que ha suscitado la PEC como objeto de estudio más allá de disciplinas como la planificación urbana, la geografía, la economía o la sociología. A pesar de su extraordinaria difusión en España y su consideración como instrumento de gobernanza, la PEC ha pasado prácticamente inobservada para la ciencia política de nuestro país (González Medina, 2013a y 2013b). Su estudio, más extendido en la tradición de estudios urbanos francesa y angloamericana, ha llevado a posiciones críticas que ponen de manifiesto el elitismo de la PEC, especialmente visible en la primera generación de planes estratégicos de ciudad:

[...] los representantes urbanos están íntimamente asociados a grupos de élite portadores de recursos en la elaboración y ejecución de proyectos y cada vez menos implicados en actividades de movilización e integración políticas de las categorías populares que continúan poblando las ciudades. Así, a medida que la gobernanza, tiende también a hacerse más elitista. Se crea una distancia cada vez más nítida entre las élites y los grupos sociales movilizados por el proyecto, por una parte, y los grupos sociales que quedan al margen, por la otra (Pinson, 2011, p. 35).

Por lo que respecta al ámbito jurídico, la PEC encuentra una vía para su acomodación en el «*soft law*», si bien no exenta de crítica, en tanto que, los juristas sostienen que este tipo de prácticas informales despolitizan el gobierno de la acción colectiva al decaer la exigencia de que las decisiones sean adoptadas por órganos elegidos democráticamente y que estén sujetas a requerimientos formales de transparencia y participación pública (Mattila y Heinilä, 2022, p.5). En respuesta ello hay que señalar que en el caso de la PEC es el gobierno local quien tiene el liderazgo del proceso y que la segunda generación de planes estratégicos otorga a la participación en procesos abiertos un mayor peso.

Junto a ello, otro aspecto relevante es la asociación entre la PEC y desarrollo metropolitano dada su potencialidad para la constitución de redes y la coordinación de políticas y actuaciones (véanse, por ejemplo, los planes estratégicos de Barcelona, Bilbao, Málaga y Sevilla, que tienen una dimensión metropolitana). En entornos complejos como las ciudades, las redes son el resultado de la cooperación más o menos estable entre actores que se conocen, reconocen e intercambian recursos. Las normas e intereses compartidos en el marco de los procesos de planificación estratégica refuerzan la red, promoviendo la coordinación en la política. La estabilización de las relaciones entre actores genera confianza, reciprocidad y aprendizaje, reforzando la capacidad de cooperar y actuar colectivamente (Pinson, 2011, p. 280).

Sin embargo, el reto es mantener la cooperación en el tiempo. Por ello, el objetivo de la PEC no es solo movilizar, sino coordinar y mantener este interés. Así, los procesos son «estratégicos» hacia afuera y hacia adentro. «Hacia afuera» porque se centran en establecer una serie de objetivos de desarrollo en relación con el contexto general y las características del territorio en particular. «Hacia adentro» porque establecen un marco que permite gestionar las interacciones e intercambios entre actores a través de un relato de desarrollo atractivo que tiene en cuenta sus identidades e intereses. Esta característica relacional de la PEC, junto a su naturaleza informal, la convierte en un instrumento de planificación «blando», que progresivamente va siendo asimilado desde la perspectiva del «*soft law*».

Estas cuestiones, unidas al impacto de los recientes marcos supranacionales de desarrollo sostenible sobre las agendas urbanas nacionales (p.ej., en la Agenda

Urbana Española aprobada en 2019), por un lado; y la importancia de la dimensión urbana en el contexto de los planes de recuperación por la pandemia (p.ej. en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –España Puede– , aprobado en 2021), no sólo inauguran un interesante escenario para el futuro de la PEC sino que también justifican un mayor espacio para los estudios urbanos en la agenda de investigación de nuestro país.

Bibliografía

- Alonso Ibáñez, A., De Gregorio Hurtado, S. y González Medina, M. (2020). *Las agendas urbanas y el gobierno de las ciudades: Transformaciones, desafíos e instrumentos*. Editorial Reus.
- Borraz, O. y Le Galès, P. (2010). Urban Governance in Europe: The Government of What? *Métropoles*, 7. <https://doi.org/10.4000/metropoles.4297>
- Borja, J. y Castells, M. (1999). *Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. Taurus.
- Comisión Europea. (2014). *Desarrollo urbano sostenible integrado. Ficha informativa*. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/urban_es.pdf
- Comisión Europea. (2019). *Urban Agenda for the EU – Multi-level governance in action*. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/brochure/urban_agenda_eu_en.pdf
- Comisión Europea. (2020). *Report on the Quality-of-Life in European Cities, 2020*. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/work/qol2020/quality_life_european_cities_en.pdf
- Comisión Europea. (2021) *Metodología de gestión de proyectos PM2* 3. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8458be2-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1/language-es>
- Dente, B., y Melloni, E. (2005). Il piano strategico di Torino come strumento di Governance. *Revista Amministrare*, XXXV (3), pp. 385-420.
- Dente B. (2007). Valutare il piano strategico o valutare il governo urbano? En T. Pugliese (Ed.), *Monitoraggio e valutazione dei piani strategici* (5-10). Rete delle Città Strategiche.
- Doran, G. T. (1981). There's a S.M.A.R.T. Way to Write Management's Goals and Objectives. *Management Review*, 70, pp. 35-36.
- Echebarría Ariznavarreta, K. (1993). La planificación estratégica de ciudades. Un enfoque metodológico. *Boletín de Estudios Económicos*, 148, pp. 25-41.
- Faludi, A. (2013). Territorial cohesion, territorialism, territoriality, and soft planning: a critical review. *Environ. Plan. A*, 45(6), pp. 1302-1317. <https://doi.org/10.1068/a45299>
- Farinós Dasí J. (2010). Gobernanza para una renovada planificación territorial estratégica: hacia la innovación socio-territorial. En A. Martín y R. Merinero (Dir.), *Planificación estratégica territorial. Estudios metodológicos* (89-116). Junta de Andalucía.
- Farinós Dasí, J. y González Medina, M. (2021). La gobernanza territorial como concepto, proceso y resultado. En A. Romero Tarín y A. Alejo Jaime (coord.). *Panorama de la gobernanza: perspectivas y retos para su estudio en Iberoamérica* (147-167). Tirant lo Blanch.
- Fernández Güell, J. M. (1997). *Planificación estratégica de ciudades*. Gustavo Gili, SA.
- Fernández Güell, J. M. (2006). *Planificación estratégica de ciudades: nuevos instrumentos y procesos*. Reverté.
- Fernández Güell, J. M. (2007). 25 años de planificación estratégica de ciudades. *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, XXXIX (154), pp. 621-637.

- Fioretti, C., Pertoldi, M., Busti, M. y Van Heerden, S. (Ed.) (2020). *Handbook of Sustainable Urban Development Strategies*. Publications Office of the European Union.
- Gibelli, M. C. (2005). La pianificazione strategica fra tradizione e innovazione. En F. Martinelli, *La pianificazione strategica in Italia e in Europa. Metodologie ed esiti a confronto*, (279-296). Francoangeli.
- Godet, M. (2007). Prospectiva Estratégica: problemas y métodos. *Cuadernos de LIPSOR*, 20. Prospektiker.
- González Medina, M. (2009). Problemática y consideraciones jurídicas en torno a la «Marca de Ciudad». *Actas de Derecho Industrial*, (2008-2009). pp. 187-221.
- González Medina, M. (2013a). La planificación estratégica de «nueva generación»: ¿Cómo evaluar su impacto como instrumento de gobernanza territorial? *Geopolítica(s). Revista de Estudios sobre espacio y poder*, 3(2), pp. 271-291. https://doi.org/10.5209/rev_GEOP.2012.v3.n2.40400
- González Medina, M. (2013b). Procesos metropolitanos y planificación estratégica en el sur de Europa: un enfoque de gobernanza territorial. *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, 45 (177), pp. 487-499.
- González Medina, M. y Fedeli, V. (2015). Explorando la Política urbana europea: ¿Hacia una agenda urbana nacional-europea? *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 14, pp. 8–22. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i14.10287>
- González Medina, M. y Huete García, M. A. (2018). Procesos de agenda y políticas de desarrollo urbano: centrándose en la cuestión. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 20, pp. 6–13. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i20.10594>
- Governa, F., Janin Rivolin, U., y Santangelo, M. (2009). *La costruzione del territorio europeo. Sviluppo, coesione. Governance*. Carocci.
- Gruening, G. (2001). Origin and theoretical basis of new public management. *International Public Management Journal*, 4 (1), pp. 1-25.
- Guala, C. (2007). *Mega eventi. Modelli e storie di rigenerazione urbana*. Carocci.
- Healey, P. (2003). Collaborative planning in perspective. *Planning Theory*, 2(2), pp. 101-123.
- Healey, P. (2006). Relational complexity and the imaginative power of strategic spatial planning. *European Planning Studies*, 14 (4), pp. 525-546 <https://doi.org/10.1080/09654310500421196>
- Huete García, M. y Merinero Rodríguez, R. (2021). *La agenda urbana: Un instrumento de política pública para las ciudades*. Catarata.
- Huete García, M., Rodríguez Miranda, A., Ugalde, V. y Merinero Rodríguez, R. (Ed.) (2023). *Urban Policy in the Framework of the 2030 Agenda. Balance and Perspectives from Latin America and Europe*. Springer.
- Lasswell, H. D. (1956). *The decision process: Seven categories of functional analysis*. University of Maryland.
- Le Galès P. (2007). *Las ciudades europeas: Conflictos sociales y gobernanza*. Comunidad de Madrid.
- Lowi, T. J. (1972). Four Systems of Policy, Politics and Choice. *Public Administration Review*, 32, pp. 298-310.
- Martín Mesa, A. y Merinero Rodríguez, R. (Dir.) (2010). *Planificación estratégica territorial. Estudios metodológicos*. Junta de Andalucía.
- Martinelli, F. (2005). *La pianificazione strategica in Italia e in Europa. Metodologie ed esiti a confronto*. Francoangeli.
- Mattila, H. y Heinilä, A. (2022). Soft spaces, soft planning, soft law: Examining the institutionalisation of city-regional planning in Finland. *Land Use Policy*, 119, pp. 106-156 <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2022.106156>
- Meijers EJ. y Stead, D. (2004). Policy integration: what does it mean and how can it be achieved? A multidisciplinary review. En German Political Science Ass. (Ed.), *Berlin Conference on the Human Dimensions of Global Environmental Change*:

- Greening of Policies- Interlinkages and Policy Integration (1-15)*, Freie Universität Berlin.
- Mella Márquez, J. M^a (1999). Sobre la planificación estratégica de ciudades: algunas reflexiones. *Análisis Local*, 27, pp. 11-18.
- Merinero Rodríguez, R. (2010). *Manual básico de Planificación Estratégica Urbana y Territorial: elementos básicos para su aplicación en la administración local*. Junta de Andalucía.
- Ministros responsables de Desarrollo urbano de los Estados miembros de la UE. (2007). *Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles*. Aprobada el 2 de mayo de 2007 en Leipzig, Alemania.
- Ministros responsables de Desarrollo urbano de los Estados miembros de la UE. (2020). *The New Leipzig Charter. The transformative power of cities for the common good*. Aprobada el 30 de noviembre de 2020 en Leipzig, Alemania. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/brochure/new_leipzig_charter/new_leipzig_charter_en.pdf
- Navarro Yáñez, C.J. (2010). Participación y planificación estratégica territorial. En A. Martín y R. Merinero. (Dir.). *Planificación estratégica territorial. Estudios metodológicos* (25-49). Junta de Andalucía.
- Olsen, E. (2011). *Strategic planning kit for dummies*. Wiley Publishing.
- ONU-Hábitat (2007). *Inclusive and Sustainable Urban Planning: A Guide for Municipalities. Introduction to Urban Strategic Planning*. United Nations Human Settlements Programme. <https://unhabitat.org/sites/default/files/2014/07/A-guide-for-Municipalities-Inclusive-and-Sustainable-Urban-Development-Planning-Volume-1.pdf>
- Pascual Esteve, J. M. (2007). *La estrategia territorial como inicio de la gobernanza democrática. Los planes estratégicos de segunda generación*. Diputación de Barcelona.
- Pascual Esteve, J. M. y Tarragona Gorgorió, M. (2009). *Estrategia Territorial y Gobierno Relacional. Manual para la planificación estratégica de 2^a generación*. Junta de Andalucía.
- Pinson, G. (2011). *Urbanismo y gobernanza de las ciudades europeas. Gobernar la ciudad por proyecto*. Universidad de Valencia.
- Prats i Catalá, J. (2005). *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Purkarthofer, E. (2016). When soft planning and hard planning meet: conceptualising the encounter of European, national and sub-national planning. *Eur. J. Spat. Dev.*, 61, pp.1-20.
- Red de Iniciativas Urbanas (2014), *Orientaciones para la definición de Estrategias integradas de desarrollo urbano sostenible integrado en el periodo 2014-2020*. https://www.rediniciativasurbanas.es/recursos_riu/pagina-basica/recursos/20150803_orientacionesestrategiasintegratedas2014202.pdf
- Sartorio, F. S. (2005). Strategic Spatial Planning. A Historical Review of Approaches, its Recent Revival, and an Overview of the State of the Art in Italy. *DisP-The Planning Review*, 162 (3), pp. 26-40.
- Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Hart Publishing.
- Stead, D. (2014). European integration and spatial rescaling in the Baltic region: soft spaces, soft planning and soft security. *Eur. Plan. Stud.*, 22(4), pp. 680–693. <https://doi.org/10.1080/09654313.2013.772731>
- Tanese, A., Di Filippo, E., Rennie, R. (2006). *La pianificazione strategica per lo sviluppo dei territorio*. Rubbettino.
- Tomás, M., y Martí-Costa, M. (2011). La reconfiguración de la agenda urbana: el debate. En M. Iglesias, M. Martí-Costa, J. Subirats y M. Tomàs (Ed.). *Políticas urbanas en España. Grandes ciudades, actores y gobiernos locales* (23-41). Icaria Política.

UCLG, United Cities and Local Governments (s.f). *Commission on Urban Strategic Planning.*

https://www.uclg.org/sites/default/files/EN_525_draftpolicypapermonica2504.pdf

UCLG, United Cities and Local Governments (2010). *Policy paper on urban strategic planning: Local leaders preparing for the future of our cities.* UCLG. https://www.citiesalliance.org/sites/default/files/9636672792_%28EN%29_uclg_policy_paper_%28eng%29_web.pdf

URBACT Programme (2013). *Kit de herramientas para Grupos de Apoyo Local de URBACT II.* <https://urbact.eu/sites/default/files/sp.pdf>

Urzúa, M.A. Y Caqueo-Urízar, A. (2012). Calidad de vida: Una revisión teórica del concepto. *Terapia Psicológica*, 30(1), pp. 61-71.

Van Der Berg, L., Braun, E. y van der Meer, J. (1997). The organising capacity of metropolitan regions. *Environment and Planning C*, 15, pp. 153- 272.

Otras referencias bibliográficas

Centro Iberoamericano de Desarrollo Estratégico Urbano (CIDEU): <https://www.cideu.org/>

Cities Alliance, City Development Strategy (Toolkit): <https://city-development.org/>

Ebrópolis: <http://www.ebropolis.es/>

Red de Iniciativas Urbanas: <https://www.rediniciativasurbanas.es/>

Plan estratégico de Barcelona: <https://pemb.cat/>

Plan estratégico de Bilbao: <https://www.bm30.eus/>

Plan estratégico de Málaga: <https://ciedes.es/>

Plan estratégico de Sevilla: <https://www.sevilla.org/planestrategico2030>

Plan estratégico de la provincia de Jaén: <https://www.planestrajaen.org/>

Webgrafía. Agenda Urbana Española: <https://www.aue.gob.es/>

La costumbre de construir pirámides para derribarlas. Releyendo a Jorge Bacqué a propósito de Hans Kelsen

The habit of building pyramids to demolish them. Rereading Jorge Bacqué about Hans Kelsen

Piero Mattei-Gentili

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID ID 0000-0002-5289-1664

pieromg@unam.mx

Cita recomendada:

Mattei-Gentili, P. (2023). La costumbre de construir pirámides para derribarlas. Releyendo a Jorge Bacqué a propósito de Hans Kelsen. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 327-339

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8003>

Recibido / received: 06/01/2023

Aceptado / accepted: 15/08/2023

Recientemente se ha cumplido un centenario del natalicio de Jorge Antonio Bacqué quien, en 1985, durante el periodo de recuperación de la democracia en la República Argentina, fuera designado como ministro de la Corte Suprema por el entonces presidente Raúl Alfonsín. Su desempeño se caracterizó por un ejercicio independiente de la función judicial, su férrea adherencia a los ideales liberales, por la promoción del Estado de Derecho y la defensa de las libertades y las garantías individuales.

La vida profesional de Bacqué se desenvolvió mayoritariamente en la práctica del derecho, en la magistratura, pero también en el ejercicio de la abogacía, incluso llegando a presidir entre los años de 1996 y el 2000 el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Pero también fue académico, siendo distinguido profesor de Filosofía del Derecho tanto en la Universidad de Buenos Aires como en la Universidad de la Plata. De hecho, desde sus inicios como estudiante de doctorado, fue reconocido como uno de los más talentosos alumnos del grupo de filosofía jurídica dirigido por Ambrosio L. Gioja. Lastimosamente, Bacqué produjo una reducida obra escrita que dejara constancia de su agudeza intelectual como académico.

Han pasado casi sesenta años desde que Bacqué escribiera el ensayo «*Une Pyramide Aplatie*» y, como homenaje, me he dado a la tarea de traducir del francés este texto para aportar una muestra de su ingenio y, de paso, para asumir la invitación



que nos extiende para revisar a la teoría jurídica kelseniana, de manera particular en lo referente a las normas consuetudinarias, la eficacia como condición de la validez, y las consecuencias que conllevan respecto de la noción de la estructura jerárquica que caracteriza la dinámica de los ordenamientos jurídicos.

1. Introducción

Como ha señalado Paulson (2013, p. 29), con la publicación de *General Theory of Law and State* en 1945, Hans Kelsen hace manifiesto un cambio no menor en su teoría. Mientras que con antelación definía al derecho en función de la posibilidad de la coacción estatal en la reconstrucción de la norma jurídica, Kelsen parece dejar de centrarse tanto en la coacción como característica central del derecho y, en cambio, introduce y resalta la capacidad de la constitución para prescribir la creación de ulteriores normas jurídicas¹. Esto es, la capacidad sistemática de prescribir su propia creación se torna en la característica conspicua que define al derecho.

La tesis de que la constitución posee el poder de prescribir la creación ulterior de normas jurídicas es fruto de la adopción por parte de Kelsen de la doctrina de Adolf J. Merkel de la *Stufenbaulehere* o de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Con este planteamiento Kelsen buscó resaltar el carácter dinámico que atiende al proceso creativo del derecho, pero, con esto, también enfatiza la relevancia de la jerarquía entre las normas y el papel que ésta juega en la validez sistemática de su creación (Paulson, 2013, pp. 30-31).

En esta línea, la alegoría de «la pirámide de Kelsen» ha cobrado popularidad como recurso explicativo de la jerarquía de normas y el proceso de creación y de verificación de la validez que va desde la norma básica fundamental o *Grundnorm*, pasando por la constitución, luego por las normas generales, hasta las normas individualizadas caracterizadas en las sentencias judiciales.

Bacqué advierte que esta imagen «piramidal» del ordenamiento jurídico se concibe de manera nítida cuando centramos nuestra atención en las normas que son el producto de los actos volitivos de las autoridades. De tal manera, cuando nos cuestionamos por qué la sentencia de un juez en materia penal es jurídica o pertenece al ordenamiento de referencia, encontramos que su validez descansa en haber sido creada conforme a lo prescrito por el código penal. Si preguntamos por qué el código penal es parte del ordenamiento, la respuesta será que ha sido creado de manera válida de conformidad con la constitución. Y si cuestionamos la validez de la constitución, la respuesta será que su fundamento se encuentra en haber sido creada de conformidad con la *Grundnorm*.

Pero esta representación del ordenamiento jurídico resulta sesgada si se ignora al derecho consuetudinario, su proceso de creación, y su fundamento en la *Grundnorm*. Por tanto, señala Bacqué, si tomamos en consideración a las normas jurídicas consuetudinarias dentro de la representación kelseniana del ordenamiento

¹ Esto no significa que Kelsen abandonara a la coactividad como un rasgo definitorio del derecho. Continúa siendo un elemento imprescindible. De hecho, sigue considerando que una norma jurídica, para ser tal, tiene que estipular una sanción. De modo que la sanción es parte del contenido de toda norma jurídica. Como consecuencia, la sanción resulta ser, además, un criterio de individuación de normas jurídicas (Kelsen, 2010 [1945], p. 34). Incluso, como destaca Miguel Ángel Rodilla, sostener el postulado de coactividad resulta problemático para la coherencia de la *Teoría Pura* y su novedosa dinámica de creación normativa. El problema es que un sistema normativo dinámico presupone la existencia de normas que confieran potestades de creación normativa, pero estas normas estipulan sanciones como parte de su contenido, solo se limitan a establecer las condiciones necesarias para modificar la situación normativa existente (Rodilla, 2005, pp. 205-208).

jurídico, la imagen no solamente pierde nitidez, sino que la supuesta jerarquía normativa piramidal se derrumba al confundir y poner en el mismo plano al derecho consuetudinario internacional con el derecho consuetudinario nacional.

En lo que sigue expondré de manera sucinta el planteamiento de Bacqué y la evolución en la postura de Kelsen para otorgar una «solución» al dilema del aplanamiento de la pirámide o de la *Stufenbau*. En los apartados posteriores tomaré la invitación de Bacqué. Primero indagaré si las normas consuetudinarias pueden constituir un escalón usualmente no explicitado en la *Stufenbau*. Con posterioridad, profundizaré acerca de cómo el hecho de que la *Grundnorm* fundamental y valide a la costumbre como fuente del derecho puede arrojar luz sobre el postulado de la cláusula alternativa táctica en Kelsen. Finalmente, concluiré con unas breves reflexiones acerca de los aspectos que el escrito de Bacqué ha permitido vislumbrar y las posibilidades por explorar en la teoría kelseniana.

2. El punto de Bacqué

Para comprender en dónde reside el núcleo del problema del aplanamiento de la estructura jerárquica, es pertinente realizar una somera reconstrucción de la exposición de Bacqué. En este sentido, hay que resaltar que la misma parte de un postulado kelseniano usualmente poco atendido, que es la tesis de la unidad entre el derecho internacional y el derecho nacional. Esto es, Kelsen (2011 [1934], p. 132) considera que, epistemológicamente, el derecho es uno:

Solo hay unidad cognoscitiva de todo el derecho, lo que significa que es posible concebir como formando un solo sistema unitario de normas al derecho nacional conjuntamente con los ordenamientos jurídicos estatales, de igual manera a como es usual considerar como una unidad el ordenamiento jurídico estatal. A esta idea se opone la concepción tradicional, inclinada a ver el derecho internacional y el derecho estatal como dos sistemas normativos diferentes e independientes entre sí, aislados el uno respecto del otro por basarse en dos normas fundamentales distintas

Con esto en mente, Bacqué enfatiza que la norma elemental de todo ordenamiento jurídico nacional no es en rigor la *Grundnorm*, sino una norma de derecho internacional sustentada en la eficacia, es decir, una norma positiva, no hipotética, y que es consuetudinaria.² Esta norma sería una concreción del *principio de eficacia*, y dictaría que se debe reconocer que un orden jurídico nacional es aquel que de manera eficaz logra que sus pobladores observen las normas que éste crea y reconoce. Entonces, una norma internacional sustentada en el principio de eficacia sería una condición necesaria y el fundamento de validez de las normas constitucionales (promulgadas y consuetudinarias) de todo ordenamiento nacional. En este sentido, como destaca Bacqué, a partir del principio de eficacia³, por

² A su vez, la validez de esta norma descansaría en la única *Grundnorm* existente y que otorga validez última tanto a los ordenamientos jurídicos nacionales como al ordenamiento jurídico internacional.

³ Aquí, la eficacia ha de entenderse como una *propiedad* que se predica cuando existe un número de actos indeterminados que constituyen el cumplimiento de una norma. En el peculiar caso de las normas consuetudinarias, la eficacia es una condición necesaria de su existencia, de modo que el enunciado «la norma N es eficaz» es analítico (Navarro, 1987, pp. 259-260). Como consecuencia, las normas consuetudinarias acarrean la paradoja de que son sus actos de cumplimiento los que dan lugar a su existencia. Esta paradoja suele manifestarse en los debates en torno a la caracterización de la *opinio juris* como condición necesaria de la composición de las normas consuetudinarias. Los actos que constituyen a la norma consuetudinaria habrían de ser conformes con la opinión de que la conducta es jurídicamente obligatoria, lo que, a su vez, presupone la existencia previa de una norma. Pero, aunque el requisito de la *opinio juris* tradicionalmente ha sido objeto de controversia, la doctrina jurídica ha tendido a coincidir en que sin *usus* no hay modo de constituir normas consuetudinarias (Mattei-Gentili, 2020). De modo que, aunque no supone una solución a la paradoja, es posible sostener que, al hablar de normas consuetudinarias, la eficacia como requisito de su existencia (el *usus*) solo exige constatar

ejemplificar, existiría la norma consuetudinaria de derecho internacional que reconoce y otorga validez al ordenamiento jurídico mexicano, pero también la norma consuetudinaria de derecho internacional que reconoce y otorga validez al orden jurídico español, etc. (Bacqué, 1964, p. 107).

En este entendido, la explicación de la *Stufenbau* o pirámide kelseniana suele centrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales, pero, desde este enfoque, en rigor, no hay cabida para la *Grundnorm*, puesto que no estaríamos viendo la pirámide de manera completa. El escalón superior de un ordenamiento jurídico nacional no es una norma última en la pirámide porque ésta también involucra a las normas de derecho internacional. La norma superior de un ordenamiento jurídico nacional es una norma intermedia dentro de la pirámide, con escalones todavía por encima hasta llegar a la verdadera norma última, que es la *Grundnorm*.

En la visión completa de la pirámide, que incluye tanto al derecho internacional como a los ordenamientos jurídicos nacionales, Bacqué resalta que, por su relación con la *Grundnorm*, las normas jurídicas pueden ser clasificadas como «originarias» y «delegadas» (Bacqué, 1964, p. 108).⁴ La validez de las normas originarias depende directamente de la *Grundnorm*. Por su parte, la validez de las normas delegadas descansa en haber sido creadas por medio de un órgano establecido por una norma positiva previa y que le ha otorgado el poder de creación normativa. En esta distinción se escondería una sutileza que es fácil pasar por alto, y es que la distinción no refiere al fundamento de validez de las normas, sino a un criterio para diferenciar cómo son creadas las normas jurídicas. Así, la delegación a la que refiere esta distinción se concreta en un acto material identificable con la intención o voluntad de un órgano que crea las normas, un acto de promulgación. Por su parte, las normas originarias serían aquellas cuya existencia no es el producto de un acto consciente de creación de derecho y que, no obstante, encuentran validez en la *Grundnorm*. Como consecuencia, las normas consuetudinarias, tanto las nacionales como las internacionales, serían originarias.

Para Bacqué, puesto que tanto el derecho consuetudinario internacional como el derecho consuetudinario nacional encuentran el fundamento de su validez directamente en la *Grundnorm*, no existiría una diferencia de rango, y la distinción entre ambos no sería sino la extensión espacial de su validez (1964, p. 109). Esto haría que carezca de sentido la distinción entre normas constitucionales consuetudinarias y normas constitucionales escritas o promulgadas, pero también provocaría un colapso en la estructura de la pirámide. Parafraseando a Guibourg, si el valor de la costumbre descansa directamente en la *Grundnorm*, entonces la costumbre no respeta jerarquías, por lo cual la pirámide jurídica queda sujeta a permanente distorsión por la fuerza de los hechos y el normativismo tiende a disolverse en un realismo que el propio Kelsen no habría estado dispuesto a admitir (Guibourg, 2011, pp. 397-398).

El colapso de la pirámide sería consecuencia de las normas originarias, esto es, de todas las normas que no hayan sido creadas por un órgano delegado, con competencia determinada en la jerarquía normativa⁵ y que, por ende, su creación tampoco obedece a una voluntad determinada. En los ordenamientos nacionales, la

que hay una práctica social convergente (una costumbre); práctica social que se asume que se condice con una norma.

⁴ Es importante aclarar que esta distinción no es idéntica a la expuesta por Raz (1970), en donde la única norma originaria en la teoría kelseniana sería la *Grundnorm*.

⁵ Así, incluso cuando la legislación remite a los usos y costumbres como forma de regulación, lo que hace es otorgar competencia a ese grupo social para ellos mismos crear sus normas, revistiéndolas con validez jurídica.

constitución en sentido amplio –compuesta tanto de normas consuetudinarias escritas o promulgadas como constitucionales– resistiría a la jerarquización puesto que su creación ha ignorado la delegación y se ha concretado con mera eficacia, haciendo no solo que se confunda con el derecho internacional, sino adoptando un marco con tintes de realismo jurídico, uno en el que «todo vale» siempre y cuando sea imponga de manera eficaz.

El análisis de Bacqué se basa exclusivamente en escritos previos a la publicación de segunda edición de la *Teoría Pura*. Esto es relevante porque Kelsen cambiaría de posición respecto de las condiciones de creación normativa, en lo que podría considerarse como una propuesta de solución al problema identificado por Bacqué.

2.1. El giro kelseniano para «domesticar» a la costumbre

A pesar de que el pensamiento kelseniano es uno de los más revisado en la teoría jurídica, es digno de llamar la atención que existen pocos estudios que aborden el tema del derecho consuetudinario en Kelsen, siendo una notoria excepción el artículo de Bacqué.

La escasez de estos análisis es desconcertante puesto que Kelsen no negó la existencia de normas consuetudinarias, mucho menos restó importancia al papel que desempeñaban al interior de los ordenamientos jurídicos (Kelsen, 1982 [1960], pp. 232-233). De hecho, a lo largo de sus obras primordiales –la *Teoría General del Estado y del Derecho*, y la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*– constantemente se encuentran referencias a las normas jurídicas consuetudinarias. Esto es así puesto que, en principio, conforme a los postulados de la teoría normativa kelseniana, no debería existir ningún problema en aceptar la presencia de normas consuetudinarias al interior de cualquier ordenamiento, dado que la doctrina solamente se limita a dar cuenta de los deberes que las normas jurídicas acarrean sin reparar en su origen (lo cual podría ser una labor más propia de la sociología jurídica). En este sentido, en principio, para calificar a una norma como «jurídica», a la *Teoría Pura* solo le interesa que su creación haya sido prevista por una norma previa perteneciente al ordenamiento de referencia. Respecto de las normas jurídicas consuetudinarias, podemos constatar que esto sucede cuando una disposición legislativa reenvía a la costumbre como forma de regulación o solución de los conflictos en determinados ámbitos. Pero, como bien resalta Bacqué (1964, p. 106), es posible que distintas normas consuetudinarias encuentren su fundamento no en la legislación, sino directamente en la *Grundnorm*, esto es, que a la par de una constitución escrita exista una constitución consuetudinaria. Así, como ha llegado resaltar Bulygin (2005, pp. 82-83), en la teoría kelseniana la eficacia puede ser condición necesaria pero también suficiente de la validez jurídica y, si esto es así, es debido a las normas consuetudinarias.

A pesar de estas observaciones, lo cierto es que la noción de norma consuetudinaria parece «calzar mal» en la teoría de Kelsen. Dos aspectos interconectados informarían sobre esta dificultad. Por un lado, la estrecha relación que tienen en Kelsen las normas con la voluntad como condición de su existencia y, por otro, una ontología vacilante en la cual, el voluntarismo es apto para soportar una concepción expresiva de las normas, pero esto no siempre es patente. Esto es, la noción de norma está indisolublemente ligada a la de un acto de voluntad, puesto que es un acto intencional el que determina el contenido de la norma creada y, a su vez, determina (imputa) que ésta ha sido creada conforme a las condiciones previstas por la norma superior que facultó su creación (Kelsen, 1973b [1965], pp. 240-241). No obstante, en no pocos pasajes de su obra se asoma una concepción hilética cuando

se señala que las normas son entidades abstractas, que son el significado de actos de voluntad.⁶

La raíz de esta ontología de normas vacilante puede plausiblemente encontrarse en el hecho de que Kelsen no siempre relacionó la creación de normas jurídicas con actos volitivos deliberados (Kelsen, 1942, p. 217; Harris, 1979, pp. 34-35), y esto es palpable en la noción kelseniana de normas consuetudinarias que Bacqué asume a partir de la *Teoría General del Derecho y del Estado* del año 1945⁷. De hecho, en su obra temprana, Kelsen cuestionaba que la voluntad siquiera fuera un requisito indispensable para la existencia de normas de origen legislado (Kelsen, 1949, pp. 34-35). Es relevante destacar esta peculiaridad, puesto que el análisis de Bacqué se limita todavía a la etapa pre-voluntarista del pensamiento de Kelsen.

Como es sabido, el jurista austriaco cambiaría de parecer para la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, en donde caracteriza a la norma jurídica como el significado de un acto de voluntad (Kelsen, 1982 [1960], p. 18). Así, no solo el derecho de origen legislado requiere un acto de voluntad para existir, ahora Kelsen considera que las normas consuetudinarias, para su creación, requieren de una suerte de voluntad colectiva. De hecho, autores como Stone interpretarían esto como un cambio de opinión en Kelsen acerca de la naturaleza de las normas jurídicas, de una caracterización cercana a la concepción hilética –siendo las normas meros juicios hipotéticos– para dar un giro pragmático, más propio de la concepción expresiva, en donde las normas son prescripciones en sentido amplio (Stone, 1964, p. 111)⁸.

Es sensato asimilar que la evolución del pensamiento de Kelsen acerca de la ontología de normas pasa de una postura hilética a una más cercana a la concepción expresiva, aunque ciertamente en la segunda edición de la *Teoría Pura* esta cuestión sigue siendo controvertida. No obstante, es innegable que Kelsen sí pretendía dar un paso que podríamos denominar más «pragmático» (menos idealista, y más aterrizado a los hechos) en su concepción del derecho como un sistema de normas. El requisito necesario de la existencia de una voluntad que sustente los actos de creación de cualquier tipo de normas⁹ es el giro pragmático que pretende materializar la dinámica jurídica y, con ello, la jerarquía normativa o *Stufenbau*. Esto es así porque la voluntad solo podría provenir de un órgano, uno al que se le ha delegado el poder de creación normativa, esto es, que ha sido facultado por una norma superior para crear nuevas

⁶ La distinción ontológica entre concepción hilética y concepción expresiva de las normas es expuesta por Alchourrón y Bulygin quienes, de manera sucinta, señalan que, para la primera concepción las normas son significados de ciertas expresiones denominadas oraciones normativas y que son independientes del lenguaje, mientras que para la segunda concepción las normas son el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje y, por tanto, no son independientes de éste (Alchourrón y Bulygin, 1981, pp. 122-123).

⁷ En esta obra, Kelsen (2010 [1945], p. 134) señala: «Las normas jurídicas son siempre establecidas por un acto que deliberadamente tiende a crear derecho, excepto en el caso en que hallan su origen en la costumbre, es decir, en una forma de conducta generalmente observada, con la cual los individuos actuantes no tienden de manera consciente a crear derechos [...].»

⁸ Por cierto, Kelsen respondería que desde la *Teoría General del Derecho y del Estado* ya concebía a las normas jurídicas como «imperativos» o «mandatos» en sentido figurativo, esto es, como prescripciones. Por el contrario, lo que serían juicios hipotéticos son los *Rechts-Satz*, reglas de derecho o *proposiciones de derecho* (como fuera traducido por Vernengo), esto es, los enunciados por medio de los cuales la ciencia del derecho describe su objeto, que son las normas jurídicas (Kelsen y Ehrenzweig, 1965, pp. 1136-1137).

⁹ En este sentido, Kelsen adoptaría la máxima de Dubislav: *Keine Imperativ ohne Imperator* (no hay imperativo sin *imperator*) como requisito de la creación de normas. Esto es, el acto volitivo que crea la norma, ese acto es el hecho que «pone a la norma», lo que la hace positiva. Kelsen (1973, pp. 217-218).

normas, sea de forma legislada, por acto de promulgación o por medio de la costumbre¹⁰.

2.2. Delegación y voluntad como medio de jerarquización

Con el giro pragmático Kelsen parece responder a la objeción de Bacqué, esto es, que en el derecho consuetudinario no es posible la delegación normativa, pues no es posible que exista una voluntad ni que delegue facultades de creación normativa ni que decida crear una nueva norma a partir de la observancia y aplicación de una norma superior.

Esta rectificación por parte de Kelsen parece responder a un aspecto que el escrito de Bacqué pasó por alto, y es que no necesariamente el fundamento de validez de todas las normas consuetudinarias proviene directamente de la *Grundnorm*. Nada impide que una norma consuetudinaria encuentre el fundamento inmediato de su validez jurídica en una norma producida por vía legislativa, como en el caso del artículo 570 del Código Civil de España que remite a las costumbres locales para regular las servidumbres de paso para los ganados. En este supuesto, la norma consuetudinaria identificada sustentaría su validez jurídica en el referido precepto legal que delega en la población la posibilidad de regular una determinada situación por medio de sus propios usos. Esto significa también que existen normas jurídicas consuetudinarias que no presentan dificultad para ser esquematizadas dentro de la *Stufenbau*.

Pero ¿cómo responderían a la jerarquización las normas cuya validez jurídica no reposa en la legislación (las normas consuetudinarias constitucionales o supra-legislativas)? La solución kelseniana al problema del derecho consuetudinario constitucional es asumir que proceso de creación de normas consuetudinarias es análogo al legislativo. Así, en la segunda edición de la *Teoría Pura*, Kelsen señala que las normas consuetudinarias son creadas cuando surge en los miembros de un grupo la idea de que deben comportarse como los demás miembros habitualmente lo hace, y al mismo tiempo surge la voluntad de que los otros miembros del grupo deban comportarse de esa misma manera. De esta forma la costumbre se convierte en la expresión de una voluntad colectiva (Kelsen, 1982 [1962], p. 23, 235-236).

Como señala Raz, esta solución al problema de la creación de normas consuetudinarias es insatisfactoriamente circular, pues ni cuando la gente se comporta de cierta manera usual, ni cuando se critica a quien se desvía de los patrones sociales habituales, se tiene la intención de crear una nueva norma. Más bien, tales actos son formas de reconocer que ya existe una norma, aunque no necesariamente una jurídica (Raz, 1970, p. 67). Como resalta Raz, es gracias a esta visión que Kelsen no logra explicar la creación de derecho por medio de la costumbre, pero tampoco por creación judicial; es decir, por precedentes. Esto debido a que no existe razón para suponer que los jueces crean normas por medio de precedentes solamente si tienen esa intención.

El costo de este giro pragmático para la caracterización de las normas consuetudinarias en Kelsen también es alto, pues resulta demasiado problemático

¹⁰ De hecho, Paulson sostiene que para Kelsen el concepto de norma jurídica, la forma ideal de su comprensión, es como una facultad o competencia que se otorga entre los niveles adyacentes de la jerarquía normativa. El actuar de un órgano legitimado por la competencia que otorga una norma superior es lo que forma la estructura de la *Stufenbau*. Ver Paulson (2011, pp. 17-18).

suponer que existe una genuina «voluntad colectiva» en la comunidad que convierta a un comportamiento social habitual en una norma jurídica consuetudinaria.

No obstante, una vez que Kelsen asumió una postura voluntarista respecto de las normas, lo hizo asumiendo todas sus consecuencias. Así, como destaca Harris (1979, p. 39), para Kelsen la voluntad es parte de la estructura lógica de toda norma en el entendido de que todas las normas son el significado de un acto de voluntad. De tal forma, incluso las normas imaginarias, ficticias o hipotéticas presuponen un acto de voluntad cuyo significado también ha de ser imaginado (Kelsen 1973c, p. 220, Kelsen 1982 [1960], p. 23). Con esto en mente, podría sostenerse que la voluntad colectiva asociada con la creación de una norma consuetudinaria es hipotética. Pero esta solución sería poco satisfactoria, puesto que Kelsen asocia un acto real de voluntad a la creación de toda norma de origen legislado o promulgado en cuanto derecho positivo, y no se comprende por qué habría de ser distinto para el derecho consuetudinario que, finalmente, también es derecho positivo. Por lo cual, el problema de la creación y de la validez del derecho consuetudinario constitucional o supra-legislativo permanecería abierto¹¹.

3. ¿Un escalón por vislumbrar?

Incluso si ignoramos el problema de la voluntad como condición de la existencia en las normas consuetudinarias, se encontraría todavía una asimetría en la estructura de la pirámide por acomodar. En su texto, Bacqué señala que, puesto que el derecho consuetudinario nacional como el internacional adquieren su validez de la *Grundnorm*, entonces carece de sentido presuponer una constitución nacional consuetudinaria a la par de la constitución nacional escrita (Bacqué, 1964, p. 109). No es claro qué quiere decir con esto. Conforme al último esquema esbozado en su trabajo, puede ser que entendiera que al sustentar su validez directamente en la *Grundnorm*, todo el derecho consuetudinario escapa a la estructura de los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo cual, en rigor, la única constitución que tiene un ordenamiento jurídico nacional es aquella escrita.

Pero sería constraintitutivo señalar que todo el derecho consuetudinario supra-legislativo queda suspendido en un limbo entre el derecho nacional y el derecho internacional como el último esquema de Bacqué parece sugerir. Igualmente, no parece plausible que las normas consuetudinarias supra-legislativas que tienen validez solamente en una determinada nación llanamente sean parte del derecho internacional público. Esto es, parece extraño decir que existen normas de derecho internacional pero que solo se encuentran vigentes en el territorio de un determinado Estado, y que además son el producto de las acciones de agentes que se encuentran solamente en ese ámbito espacial.

Una posible solución a este enigma es que el derecho consuetudinario constitucional se encuentre jerárquicamente en un escalón inmediatamente superior a las normas que provienen de la denominada constitución escrita. Esta posibilidad ya se vislumbra en la segunda edición de la *Teoría Pura* en donde Kelsen (1982 [1962], p. 242) manifiesta:

¹¹ Como es sabido, la *Grundnorm* solamente se asume cuando un ordenamiento es eficaz. No obstante, como Navarro (2017, p. 12) ha resaltado, en la *Teoría Pura* no existe una explicación satisfactoria a este planteamiento, ni al por qué la inefficiencia de una norma tiene como consecuencia su invalidez. Es decir, no se explica cuál es la razón para sostener que el principio de eficacia limita al principio de legitimidad. Considero que una posible vía de respuesta podría encontrarse en un análisis detallado del derecho consuetudinario y de las condiciones de su creación –análisis que, no obstante, no se encuentra en la obra de Kelsen.

En tanto se considere la producción consuetudinaria de derecho, la constitución sólo puede efectuar la delegación del procedimiento que se caracteriza como costumbre. En este respecto, la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma –incluso la constitución escrita, en sentido formal– puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente¹².

Así, siguiendo lo expuesto por Bacqué, si el principio de eficacia da lugar a normas consuetudinarias, y en un territorio es habitual obedecer las órdenes de un sujeto (individual o colectivo) Θ, entonces existe una norma consuetudinaria que otorga autoridad (competencia) a Θ y, por tanto, se deben obedecer las órdenes de Θ (Bacqué, 1964, p. 108). Posteriormente ese sujeto Θ decide redactar un cuerpo de disposiciones normativas a las que denominará «Constitución». Por lo tanto, la validez de todas las normas que se encuentren en el conjunto de disposiciones normativas denominado «Constitución» reside en la norma consuetudinaria que otorga autoridad (competencia) al sujeto Θ y que exige que se obedezcan sus mandatos. El principio de eficacia se proyecta tanto en el ámbito internacional como en el nacional. En el ámbito internacional es una norma consuetudinaria reconocer como gobierno de una nación a aquel sujeto o grupo de sujetos que es capaz de hacer cumplir de manera duradera las normas que promulga, lo que es verificable respecto de las directivas que emite el sujeto Θ en su territorio. Por otro lado, en ese territorio hay una norma que da cuenta de esa eficacia, pues la mayoría de sus habitantes considera que deben obedecerse las normas dictadas por el sujeto Θ. Esto es así al grado de que, más allá de la posible sanción que el sujeto Θ pueda llegar a imponer, entre los individuos de ese territorio existe presión y crítica social para compelir a los demás a obedecer las directivas emitidas por el sujeto Θ¹³.

La introducción de este estamento¹⁴ no solucionaría las interrogantes sobre la voluntad en la creación del derecho consuetudinario supra-legislativo, pero asistiría en la empresa de buscar rescatar una estructura que conceptualmente había sido colapsada. Por supuesto, parece que también es cierto que estas normas constitucionales supra-legislativas –que serían las normas constitucionales en rigor de todo ordenamiento jurídico nacional– guardan un gran parecido de familia con las reglas de reconocimiento de Hart¹⁵.

4. Eficacia, costumbre y cláusula alternativa tácita

Kelsen no cuenta con una explicación satisfactoria sobre las normas consuetudinarias, aunque es posible encontrar algunos postulados relevantes al respecto que permitirían arrojar luz sobre algunas de las tesis más enigmáticas de su *Teoría Pura*.

Como es sabido, en la *Teoría Pura* no son lógicamente concebibles las contradicciones entre normas jurídicas porque, si dos normas se encuentran en conflicto, ello significa que una de ellas es válida mientras que la otra es inválida. Pero la noción de «norma inválida» es una contradicción en términos, pues decir que

¹² Las cursivas son propias.

¹³ Así, el principio de eficacia no sería una norma de derecho positivo, sino un postulado doctrinario para identificar normas consuetudinarias, en un caso en el ámbito internacional y en otro en el ámbito local.

¹⁴ Estamento gracias al cual, en rigor, solo el derecho consuetudinario nacional sería norma constitucional.

¹⁵ En este tenor, Raz (1970, p. 68) señala que el problema de la existencia de las normas aisladas (consuetudinarias) en Kelsen es, en cierto modo, una combinación de los problemas de existencia de los sistemas normativos y de las normas que pertenecen a esos sistemas. Pero solo actos de cierto tipo pueden ser parte de las condiciones de existencia de tales normas. Para esto, remite a la teoría de las normas consuetudinarias (*reglas sociales*) de Hart como la mejor explicación existente.

una norma es inválida es tanto como decir que ésta no existe o que no es derecho (Kelsen, 1982 [1962], p. 274; Kelsen, 2011 [1934], p. 56). Por ende, cuando se encuentran dos normas que prescriben dos situaciones simultáneamente incompatibles, dicho dilema debe ser resuelto por medio de la interpretación de un órgano competente (Kelsen, 1982 [1962], p. 215, 275). No obstante, nada impide que un órgano competente resuelva y produzca una norma cuyo contenido no se corresponda con una norma jerárquicamente superior. En tal caso, la norma *irregular* creada por el órgano competente no sería inválida. Esta norma solo puede ser anulada por mediante los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico. Pero incluso en estos procesos de revisión, no es inconcebible que los órganos de última instancia determinen que la norma *irregular* es constitucional, adquiriendo el carácter de *res judicata*. Así, señala Nino (1985, p. 32): «La solución de Kelsen al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía [...] consiste en suponer que las normas de competencia contienen tácitamente una cláusula que autoriza a no acatar las condiciones que tales normas establecen expresamente [...].».

La denominada *cláusula alternativa tácita* es posiblemente el postulado más controversial que pueda encontrarse en la *Teoría Pura*. La *cláusula* haría que el contenido de todas las normas sea tautológico para los órganos competentes quienes, por definición, no podrían jamás transgredir una norma jurídica (Ruiz Manero, 1990, p. 94) y, con esto, también quebrantaría la idea de la estructura jerárquica al facultar a las autoridades para crear normas incompatibles con las normas superiores (Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2001, pp. 14-15). En este breve espacio no deseo solventar los problemas conceptuales que la cláusula alternativa tácita acarrea para la *Teoría Pura*. Más bien, deseo poner de manifiesto que ésta puede encontrar un sustento teórico en algunas escuetas observaciones que Kelsen ha realizado sobre la creación del derecho consuetudinario (internacional) y la eficacia, esto, a pesar de que –como insiste Bacqué– esto signifique el colapso de la *Stufenbau*.

La *Grundnorm* es el fundamento de validez del derecho internacional consuetudinario que, por medio del principio de eficacia, determina el fundamento y el dominio de la validez de los ordenamientos jurídicos estatales (Kelsen, 1982 [1960], p. 341). Así, el gobierno que logre de manera eficaz hacer cumplir sus normas en una nación es reconocido como un orden jurídico legítimo de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. A su vez, lograr que se observen sus normas implica que ese gobierno es reconocido como autoridad en esa nación. Las dos perspectivas, nacional e internacional, implican que ese gobierno es un órgano competente para crear normas jurídicas en esa nación y, con ello, para juzgar (interpretar) sobre las normas que componen su ordenamiento. Y, puesto que el acto interpretativo implica un acto constitutivo de normas jurídicas (Kelsen, 1982 [1960], pp. 349-350), conforme al principio de eficacia, esto significaría también que el ordenamiento jurídico nacional se compone del resultado de las interpretaciones jurídicas prevalecientes y habitualmente sostenidas por sus órganos competentes supremos, incluso aquellas interpretaciones que expresamente contradicen las disposiciones legislativas de más alto rango.

Al hablar del derecho internacional consuetudinario, Kelsen señala que tanto los individuos como los científicos del derecho y los jurisconsultos pueden contribuir a su producción, pero el aspecto decisivo en su creación es la práctica de los tribunales internacionales. Esto es, en tanto órganos legitimados con competencia para determinar cuál es el derecho internacional vigente, la práctica interpretativa concurrente de los tribunales internacionales es el factor determinante en la creación del derecho internacional consuetudinario (Kelsen, 2012 [1939], pp. 39 y 43). En esta línea, Kelsen no cuenta con una teoría del derecho consuetudinario pero, al respecto,

comparte una noción no poco extendida en la tradición del pensamiento del positivismo jurídico, y es que el factor más relevante en la determinación de cuáles son las normas consuetudinarias (sociales) que forman parte del ordenamiento jurídico es la interpretación de los órganos con más alta competencia.¹⁶ Este postulado sería rectificado en la *Teoría Pura*, en donde expresa (Kelsen, 1982 [1960], p. 238): «La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho». De tal manera, si el principio de eficacia establece la norma fundamental de todo ordenamiento jurídico estatal, una consecuencia que de esto se deriva es que es derecho aquello que los órganos competentes supremos interpretan como tal, y que incluso entre ellos existe presión y crítica para interpretar el derecho de esa manera¹⁷.

5. Conclusión

El texto del profesor Bacqué nos invita a profundizar sobre la eficacia, el concepto de norma jurídica, norma consuetudinaria, y la noción de jerarquía normativa en la teoría kelseniana. El presente artículo ha buscado mostrar solamente algunos de los aspectos que dicha profundización puede abordar, como lo son la voluntad como parte de la estructura lógica de las normas en Kelsen y la posibilidad de concebir otro estrato jerárquico en la *Stufenbau* o pirámide. Pero, sin duda, esto no agota las posibilidades.

Bacqué concluye su texto indicando que tomar en cuenta su división entre normas delegadas y normas originarias (*i.e.*, consuetudinarias) puede contribuir a nuevos estudios sobre la relación entre eficacia y la validez de las normas jurídicas. La condición de la eficacia normativa es un aspecto central en la teoría kelseniana para comprender la validez jurídica, pero, como ha señalado Navarro (2016, p. 60), la conexión entre la naturaleza sistemática del derecho y su eficacia no ha recibido suficiente atención. En el mismo sentido, las normas que son eficaces por definición, las que son producto de la costumbre, también han tendido a ser dejadas de lado por la teoría jurídica contemporánea y su exposición del derecho como una forma de sistemas normativos. En este sentido, el presente texto busca ser una aportación, aunque sea somera, sobre estos temas.

Entonces, además de buscar manifestar las consecuencias y ajustes que se siguen de los planteamientos de Bacqué para la teoría kelseniana, también he intentado explorar algunas de las posibilidades que puedan indagarse a partir de su invitación de explorar las relaciones entre eficacia y validez en Kelsen tomando en cuenta aquellas normas cuyo fundamento de validez proviene directamente de la *Grundnorm*, las normas jurídicas consuetudinarias supra-legislativas. El resultado, me parece, es no solo que la invitación es pertinente, sino que ha mostrado que existen posibilidades fructíferas de indagación.

¹⁶ La más famosa de estas explicaciones es la de Austin, en donde el soberano tácitamente consiente que los jueces reconozcan y apliquen normas consuetudinarias (Austin, 1995 [1832], p. 36). Una exposición más refinada y concorde con lo que se ha expresado esta idea fue desarrollada por Bentham, (1977, pp. 234-235) quien distingue entre dos tipos de normas consuetudinarias, las normas *in pays*, que son producto de las prácticas sociales, y las normas *in foro*, producto de las costumbres judiciales. Es por medio de las costumbres *in foro* que las normas *in pays* llegan a ser consideradas jurídicamente válidas.

¹⁷ Por supuesto, no es accidental que esta conclusión remita al concepto de la regla de reconocimiento de Hart, y a su señalamiento de que ésta esencialmente es el producto de la práctica de la identificación del derecho por parte de los tribunales, esto es, una norma consuetudinaria de origen judicial (Hart, 1994 [1961], p. 256).

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1981). La concepción expresiva de las normas, en (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Austin, J. (1995 [1832]). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press.
- Bacqué, J. (1964). Une Pyramide Aplatie. ARSP: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 50 (1), 105-110.
- Bentham, J. (1977). *A Comment on the Commentaries and A Fragment of Government* (ed. de J. H. Burns y H. L. A Hart). Clarendon Press.
- Bulygin, E. (2005), Observaciones a Kelsen, "Validez y eficacia del derecho". En H. Kelsen, E. Bulyginy R. Walter (eds.), *Validez y eficacia del derecho*. Astrea.
- Clérigo, L. y Sieckmann, J. (Eds.) (2011). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Guibourg, R. (2011). El legado de Kelsen. En Clérigo, L. y Sieckmann, J. (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Harris, J. (1979). *Law and Legal Science*. Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1994 [1961]). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1942). Value Judgements in the Science of Law. En (1971). *What is Justice?* University of California Press.
- Kelsen, H. (1971). *What is Justice?* University of California Press.
- Kelsen, H. (1973a). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company
- Kelsen, H. (1973b [1965]). Law and Logic. En *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company.
- Kelsen, H. (1973c). On the concept of norm (Trad. de Peter Heath). En *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company.
- Kelsen, H. (1982 [1960]). *Teoría pura del derecho* (Trad. de R. Vernengo). UNAM.
- Kelsen, H. (2010 [1945]). *Teoría general del derecho y del Estado* (Trad. de E. García Márquez). UNAM.
- Kelsen, H. (2011 [1934]). *Teoría pura del derecho [primera edición de 1934]* (Trad. de G. Robles y F. Sánchez). Trotta.
- Kelsen, H. (2012 [1939]). *Teoría del derecho internacional consuetudinario* (Trad. de A. Peralta García). Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H., Bulygin, E. y Walter, R. (2005). *Validez y eficacia del derecho*. Astrea.
- Kelsen, H. y Ehrenzweig A. (1965). Professor Stone and the Pure Theory of Law, *Stanford Law Review*. 17 (6), pp. 1128-1157.
- Mattei-Gentili, P. (2020). The Quest for *Opinio Juris*: An Analysis of Customary Law, from Hart's Social Rules to Expectations and Everything in the Middle. *Noesis*. (34), 89-114.
- Navarro, P. (1987). Eficacia, tiempo y cumplimiento. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), 257-266.
- Navarro, P. (2016). *Kelsen y la eficacia del derecho*. Fontamara.
- Navarro, P. (2017). *Dinámica y eficacia del derecho*. Fontamara.
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G. (2001). Inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones*, (II), pp. 11-58.
- Paulson, S. (2011). La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica (Trad. de L. Vita). En L. Clérigo y J. Sieckmann (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Paulson, S. (2013). How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law, *Revus*. (21), 29-45.

- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*. Clarendon Press.
- Rodilla, M. A. (2005). Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 183-220.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Stone, J. (1964). *Legal System and Lawyers' Reasoning*. Stanford University Press.

Una pirámide aplanada*

A flattened pyramid

Jorge A. Bacqué

Cita recomendada:

Bacqué, J. A. (2023). Una pirámide aplanada. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 340-345

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8004>

Recibido / received: 06/01/2023

Aceptado / accepted: 15/08/2023

I.

Aunque «Pirámide Jurídica» no es una expresión kelseniana en su origen, la misma traduce, con bastante precisión, la idea de Kelsen de un «orden dinámico de normas».

Para Kelsen el orden jurídico es un conjunto de juicios prescriptivos de diferentes rangos cuya validez depende unos de otros, hasta llegar a una norma superior que es la «norma fundamental del orden jurídico internacional».

«Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente»¹.

Es decir, para Kelsen, la estructura del orden jurídico de un Estado se compone de varios estratos, en el más bajo se encuentran las normas individuales,

* Traducción de Piero Mattei-Gentili. El artículo original en francés se encuentra en: Bacqué, J. (1964). Une Pyramide Aplatie. *ARSP: Archive für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Vol. 50, No. 1, pp. 105 – 110.

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* [en adelante TDP], traducción del francés de Moisés Nilve, Buenos Aires: EUDEBA. 1960 [1953], pp. 112 – 113 [Nota del traductor]. Bacqué recurre a la versión en lengua francesa de la primera edición de la Teoría Pura del Derecho. Este dato es relevante, pues Kelsen introduce algunas cuantas modificaciones respecto del escrito original en lengua alemana de 1934. Sin embargo, las modificaciones referidas no son tan sustanciales como para poder afirmar que ha habido un cambio en la doctrina, como sí sucedería con la segunda edición del manuscrito en lengua alemana de 1960, traducido por Roberto J. Vernengo y publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1979. La traducción francesa de la *Teoría Pura del Derecho* fue realizada por Henri Thévanaz de 1953, Neuchatel: Éditions de la Baconnière. Respecto de la primera edición de la Teoría Pura en lengua alemana, existe una traducción reciente realizada por Gregorio Robles y Félix S. Sánchez, Madrid: Trotta, 2011 [1934].

como las sentencias judiciales y los contratos; y en la cumbre, la Constitución del Estado. Entre las primeras y la segunda se encuentran las normas generales.

«Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado»².

Al hacer abstracción de los problemas que presenta la idea de esta «norma fundamental»³, de diversas constituciones sucesivas en el tiempo y actos jurídicos que dan lugar al nacimiento de diferentes normas (puesto que un orden normativo dinámico se basa en la «delegación», sobre el paso de una norma a otra a través de un acto mencionado en la primera), la metáfora de la Pirámide Jurídica para un orden público codificado quedaría de la siguiente manera:

Norma fundamental

|

Constitución

Normas generales

|

Normas individuales

Pero esta imagen resulta incompleta si en un mismo orden estatal no se integran las normas del derecho consuetudinario, cuya validez proviene de la propia norma fundamental y que sugiere que, junto a la constitución escrita (si es que la hay), deberán haber normas constitucionales no escritas; es decir, una norma establecida por la costumbre conforme a la cual, los preceptos generales, obligatorios para los órganos encargados de aplicar el derecho, pueden ser creados por medio de la costumbre.⁴

Como consecuencia, nuestra Pirámide se extiende de la manera siguiente:

Norma fundamental

|

Constitución escrita

|

Normas generales codificadas

Constitución consuetudinaria

|

Normas generales consuetudinarias codificadas

Normas individuales

² TDP, p. 113.

³ Entiéndase *Grundnorm*, o «norma fundante básica», o «norma básica», como se la ha denominado en otras traducciones de la obra kelseniana. [Nota del traductor].

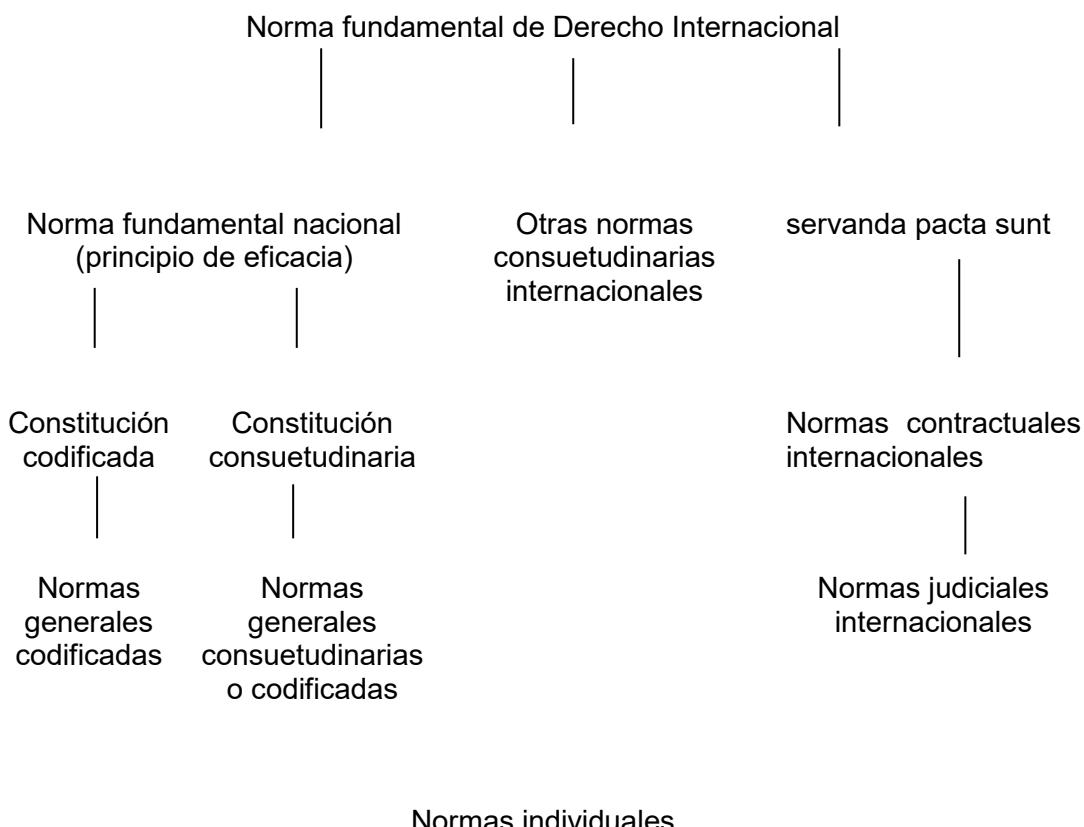
⁴ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* [en adelante TG], trad. de Eduardo García Márquez, México: UNAM, 1958, p. 149.

Pero esto no es todo, puesto que la norma fundamental del orden jurídico estatal, desde el punto de vista de la totalidad del derecho, no es sino una norma consuetudinaria de Derecho Internacional: «Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional».⁵

Se trata del «principio de eficacia», norma consuetudinaria de Derecho Internacional, así, como entre otras, de «*Pacta sunt servanda*» que «autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos»;⁶ que establece que: «todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta».⁷

De tal manera, el derecho internacional contractual, y como consecuencia las normas individuales dictadas por los órganos judiciales internacionales tienen su fundamento en una norma consuetudinaria de la misma categoría que la norma fundamental nacional (principio de eficacia de Derecho Internacional).

Nuestra Pirámide metafórica parece tomar la siguiente forma:



⁵ TPD, p. 116.

⁶ TPD, p. 159.

⁷ TPD, p. 170.

En este esquema se describe únicamente un orden jurídico nacional. El lector notará que en el nivel de las normas consuetudinarias aparecerán tantas normas fundamentales nacionales como Estados que componen la comunidad internacional.⁸

Esta parece ser la estructura de la célebre pirámide jurídica como la podemos deducir de las palabras de Kelsen.

Nos parece que tan pronto analicemos el concepto de «norma fundamental» y de «derecho consuetudinario» la pirámide será destruida.

No afectará mucho las conclusiones generales de la doctrina de Kelsen, pero consideramos que cuando menos vale la pena plantear el problema.

II.

La norma fundamental de Derecho Internacional es una norma que establece como hecho creador de derecho a la costumbre constituida por la conducta recíproca de los Estados. Entonces, Kelsen enuncia en la Teoría General del Derecho y del Estado «Los Estados deben conducirse como habitualmente lo hacen»⁹.

Es solamente en un sentido figurado que Kelsen atribuye una conducta a los Estados. «El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo»¹⁰.

En conclusión, la norma fundamental de Derecho Internacional es la premisa que permite pensar en ciertas conductas humanas como productoras de normatividad: «Lo habitual debe ser».

III.

Por su relación con la norma fundamental internacional, las normas que pertenecen al orden pueden ser clasificadas en «originarias» y «delegadas».

Llamamos «originaria» a una norma cuya validez depende directamente de esta norma fundamental, como el derecho internacional consuetudinario.

(1) Lo habitual debe ser.

«*Pacta sunt servanda*» es habitual.

Entonces, «*pacta sunt servanda*» debe ser.

⁸ Hacemos abstracción del problema que plantea la sugerencia realizada por Kelsen en la «Teoría General del Estado» tendiente a distinguir el «principio de eficacia» de la «Norma Fundamental de cada Estado». Consideramos que la solución que presentaremos a este problema no afectará las conclusiones de este trabajo.

⁹ TG.

¹⁰ TPD, p. 161.

Llamamos «delegadas» a las normas creadas por medio de una «delegación»; es decir, por actos de un órgano establecido a su vez por otra norma, «delegada» u «originaria».

(2) Lo habitual debe ser.

Obedecer las órdenes de Juan es habitual.

Las órdenes de Juan deben ser.

(3) Juan ordena que obedezcamos a Pedro.

Las órdenes de Pedro deben ser.

Al comparar los esquemas 2 y 3 con el esquema 1 vemos que, para poder constatar la validez de las normas delegadas, no es necesario constatar su eficacia, mientras que para las originarias no solo es necesario sino suficiente.

IV.

Hemos proporcionado como ejemplo característico de una norma «originaria» la de la «norma consuetudinaria internacional», pero si analizamos con cuidado el concepto de «consuetudo» (costumbre) en Kelsen, parece que llegaremos a la conclusión de que todas las normas consuetudinarias (internacionales y nacionales) son originarias.

«Las normas jurídicas son siempre establecidas por un acto que tiende directamente a crear derecho, excepto en el caso en que encuentran su origen en la costumbre, es decir, en una forma de conducta generalmente observada, con la cual los individuos actuantes no tienden de manera consciente a crear derecho, aun cuando tengan que considerar sus acciones como conformes a una norma obligatoria y no como materia de una elección arbitraria»¹¹.

Como consecuencia, en el derecho consuetudinario, no hay delegación posible, y si pensamos en la totalidad del orden jurídico como si estuviera fundado sobre la norma fundamental de Derecho Internacional, es de aquí que esta especie de derecho recibe su validez.

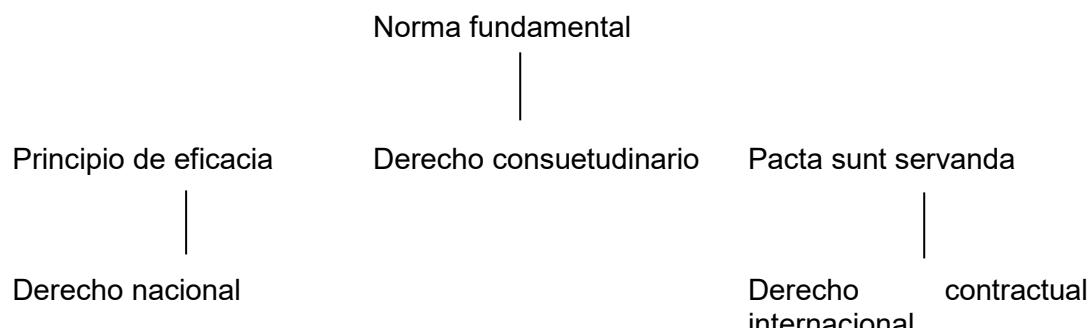
V.

Las consecuencias posibles de lo que ha sido expuesto son las siguientes: la metáfora de la «Pirámide Jurídica» solo se puede aplicar al derecho positivo nacional, y al derecho contractual internacional. El derecho consuetudinario internacional se encuentra en el mismo plano que el derecho consuetudinario nacional, los dos adquieren su validez directamente de la norma fundamental, y como consecuencia es inútil presuponer una constitución nacional consuetudinaria junto con la constitución nacional escrita. La diferencia con el derecho consuetudinario internacional no es más una cuestión de rango sino una cuestión de extensión espacial de la validez¹². Finalmente, la división entre normas originarias y delegadas, como la hemos propuesto en este trabajo, toma una precisión que, viablemente, podrá contribuir a nuevos estudios sobre la relación entre la eficacia y la validez de las normas: en el plano de las normas originarias, la validez equivaldrá a la eficacia, mientras que para las normas delegadas se encontrará fundada en el principio de legitimidad. Podríamos

¹¹ TG, p. 134.

¹² TPD, p. 32.

decir que una norma es válida cuando la misma es eficaz, o bien cuando ha sido dictada por un órgano establecido a su vez por otra norma eficaz. La estructura de la nueva «Pirámide Jurídica» será la siguiente:



El autor no pretende haber resuelto los problemas que plantea la jerarquía de normas, sino que presentó los problemas que encontró a partir de la lectura de las obras de Kelsen y ha buscado mostrar cuánto es impropia la metáfora puesto que su uso ha conducido a importantes confusiones en el estudio de la *Teoría Pura del Derecho*.

El valor transformador del paradigma Iusfeminista en las universidades españolas*

The transformative value of the Iusfeminist paradigm in Spanish universities

Juana María Gil Ruiz**

Universidad de Granada

ORCID ID 0000-0002-6062-4355

jgil@ugr.es

Cita recomendada:

Gil Ruiz, J. M. (2023). El valor transformador del paradigma Iusfeminista en las universidades españolas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 346-361

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8005>

Recibido / received: 31/03/2023

Aceptado / accepted: 26/07/2023

Resumen

Consciente de la relevancia del poder de la Universidad en la formación del jurista del siglo XXI y de la importancia de dotar al futuro operador del derecho del compromiso y de las destrezas que incorpora la perspectiva de género Iusfeminista, el legislador reclama la intervención de la misma exigiendo itinerarios formativos en materia de prevención de violencia contra las mujeres y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Este artículo recoge las dificultades que supuso que esta demanda se encuentre ahora recogida por Ley Orgánica, luego de obligado cumplimiento, y subraya la urgencia de que sea abordada por quienes son responsables y guardianes de la Teoría Crítica Iusfeminista en las Universidades.

Palabras clave

Universidad, jurista, *gender mainstreaming*, diligencia debida, Teoría Crítica Iusfeminista, igualdad efectiva ciudadana.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto PID2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*. IP: Juana María Gil Ruiz.

** Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada (España) y Presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.

Abstract

Aware of the University's relevance in the training of the 21st century jurist and the importance of providing to the future legal professional the commitment and skills that incorporate the lusfeminist gender perspective, the legislator calls for its intervention by demanding training itineraries on the prevention of violence against women and the promotion of equality between women and men. This article reflects the difficulties that this demand is now included in the mandatory compliance law and underlines the urgency that it be addressed by those who are responsible and guardians of lusfeminist Critical Theory in Universities.

Keywords

University, jurist, gender mainstreaming, due diligence; lusfeminist Critical Theory, effective citizen equality.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El vacío lusfeminista en la Academia. 3. Algunas aportaciones jurídicas impulsadas desde lusfeminismo académico: avances y retos. 4. Un replanteamiento lusfeminista en las titulaciones jurídicas de Educación Superior. 5. El panorama formativo en Igualdad y Derecho antidiscriminitorio: un reto de futuro. 6. Epílogo.

1. Introducción

Hablar de Derecho y metodología de género, reflexionar sobre la Igualdad y los avances jurídicos en Derecho antidiscriminitorio, exige sin duda comenzar por el principio: reconocer desde el origen de estas líneas quienes han sido las protagonistas de estos cambios importantes –aunque aún hoy puedan ser considerados exiguos– en torno a los recientes esfuerzos legislativos en el marco de la igualdad efectiva ciudadana. Y esto es así, porque no puede, ni debe desgajarse el análisis de estas leyes de la raíz y del marco epistemológico desde el que se gestan y nacen. Desconocerlo, podría suponer –y de hecho está suponiendo en la actualidad, en algunos aspectos, tal y como se ha podido constatar con el debate de la ley del sí es sólo sí¹ o con la aprobación de la polémica Ley trans²– el fracaso de los mismos, y exige el correcto acometimiento desde su origen. Por lo tanto, se necesita conectar estos esfuerzos legislativos, con la llegada del género al derecho. Y esta venida del género, como categoría técnica y con su propia metodología crítica, viene impulsada desde el feminismo en su diversidad y desde la teoría crítica iusfeminista en particular³.

Cierto es que la palabra feminismo sigue sufriendo el escarnio social, eclipsada tras un estereotipo deformador que lo coloca en una mera actitud de prepotencia de las mujeres frente a los hombres. Es lo que el patriarcado que se pretende combatir califica como antónimo del machismo. No en vano, el Barómetro sobre Juventud y Género 2021, realizado por el Centro Reina Sofía sobre

¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral para la Libertad Sexual. BOE-A-2022-14630.

² Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE-A-2023-5366.

³ A raíz de las recientes modificaciones legislativas que repercuten en los enfoques académicos que deben ser abordados en pro de la igualdad efectiva ciudadana y en contra de las violencias de género, hemos entendido relevante partir, para avanzar en el mismo, desde el análisis recogido en la aportación que bajo el nombre «Derecho, Política Judicial y Género: aprendizaje e introspección» fue planteado en las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, celebradas en Argentina el 21 de octubre de 2020, y publicadas por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Doctrina Penal Feminista, Buenos Aires, 2022.

Adolescencia y Juventud desde 2017, constata que sólo un tercio de los hombres jóvenes en España se declara feminista. Y si bien se ha incrementado en más de veinte puntos el porcentaje de mujeres que se considera feminista (del 46,1% al 67,1%), el porcentaje de hombres sólo lo hizo del 23,6% en 2017, al 37,3% en 2019, reduciéndose drásticamente en cinco puntos entre 2019 y 2021 (32,8%). Aún se desconoce que el feminismo es un movimiento social, teórico y político que busca la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres⁴. No se trata de un movimiento emancipatorio de los seres humanos que acabe de nacer con la llegada del *mee too*, sino que posee tres siglos de historia. Se trata de tres siglos abordando problemas de especial trascendencia y dando respuesta –desde el pensamiento, desde el activismo social y desde la política– a situaciones de discriminación estructural que colocan a más de la mitad de la población fuera del juego ciudadano.

Ello implica entender que no sólo se reclaman buenas leyes y buenas resoluciones judiciales –aspectos que serían más que loables, si lograran alcanzarse– sino que lo que se persigue es que el Derecho se convierta en un instrumento de transformación social, que ayude a superar el *statu quo* subordinatorio y excluyente que se impone sobre buena parte de los seres humanos en su diversidad. Conseguir una catarsis socio-cultural no es sólo una tarea del Derecho, pero sí es un instrumento que permite, junto a otras vías de cambio educacionales, sociales y culturales, arribar a una sociedad inclusiva de los seres humanos, respetuosa con las diferencias.

Pero, sin duda, no hay mejor manera de diluir estos esfuerzos legislativos que desconectarlo de sus raíces y tapar, bien sea invisibilizando o bien vilipendiando, al movimiento social, teórico y político que le dio a luz, empujándolo desde sus entrañas, aun sin tener poder. En palabras preconizadoras de Celia Amorós⁵, ante la apariencia de éxito apocalíptico del feminismo en la actualidad, «todo movimiento tiene marcha atrás. Hay que ser cuidadosos, tenaces, tener capacidad de acción y de convicción»⁶.

Hoy nuevos peligros se ciernen (y se suman) a los siempre existentes: «la impugnación al sujeto político mujeres y la voluntad de encasillarlo como una diversidad más- en el marco de los post, lo trans, los cis- (...»). En palabras de Posada:

el feminismo tiene que «pensar este pensamiento» y conocer los fermentos que lo han abonado. Y, sobre todo, sospechar de que se produzca justamente ahora, cuando en un mundo dominado por la lógica neoliberal, el feminismo está volviendo a ser un movimiento emergente, incómodo y resistente a la lógica (Posada, 2020).

El feminismo no está muerto, tampoco agonizante, sino que las mujeres en todo el mundo «están protagonizando esa resistencia y dando buena cuenta de algo

⁴ La percepción generalizada señalada por el Eurobarómetro sobre Juventud y Género 2021, realizado por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, desde 2017, señala también el grado de acuerdo de la juventud con respecto a determinadas aseveraciones sobre el feminismo. En este sentido, frente al posicionamiento de las mujeres jóvenes que se inclinan por apreciaciones positivas, como que el feminismo busca la igualdad ciudadana y/o persigue una sociedad más justa, los varones jóvenes destacan por las afirmaciones negativas ante el mismo, tales como que no se ocupa de los problemas reales de las mujeres o que tan sólo busca perjudicar a los hombres. Accesible en <https://www.adolescenciacayjuventud.org/publicacion/barometro-juventud-genero-2021/>.

⁵ Eminente filósofa feminista, son múltiples las aportaciones que merecen ser abordadas. Permítaseme destacar su trilogía: *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona, Anthropos, 1985, 1991; *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid, Cátedra, Col. Feminismos, 1997. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para la emancipación de las mujeres*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos, 2004.

⁶ Palabras de Celia Amorós, recogidas en: «El Feminismo es una Revolución y está absorbiendo las demás», por Carmen Mirán Breña. <https://e-mujeres.net>. [Consultado el 20 de septiembre de 2021].

que es un hecho palmario, para pensar lo más allá de todo debate estéril: que son un sujeto político vivo» (Posada, 2020).

2. El vacío Iusfeminista en la Academia

No en vano, aún hoy se conoce poco del feminismo en las distintas etapas formativas educacionales, y menos aún desde el mundo jurídico al que pertenezco. Haciendo el análisis introspectivo que se me solicita, mis encuentros con el feminismo en mi adolescencia podrían ser calificados de inconscientes, pues aun compartiendo su filosofía, realmente desconocía su magnitud. Coincidí con él –desde el conocimiento– en el comentario de Selectividad, y otra vez volví a expresar lo que siempre defendí: la necesidad y el derecho de que las personas fuéramos libres e iguales (en sus diferencias) o iguales y libres (en su diversidad). Sin embargo, he de admitir que no había pasado por mis manos ni un libro, ni una voz que me trasladara la importancia de este movimiento. Ciento es que sí había leído –por estar recogido en la programación escolar, de manera reglada y sesgada– obras de las teorías liberales y de las teorías socialistas o socialdemócratas en su diversidad, aun cuando no estuviera de acuerdo en todas sus tesis. No obstante, sorprende que las teorías feministas, contemporáneas a las liberales, estuvieran ausentes de los currículos oficiales e invisibles en la lucha por los derechos de la humanidad.

Ahora, tras haber aprobado de manera consensuada en España el Pacto de Estado contra la violencia de género⁷, el 27 de septiembre de 2017, –y haber sido renovado, blindando su financiación, por acuerdo de los grupos políticos en 2021– y entre las 214 medidas propuestas del Congreso de los Diputados y las 267 medidas del Senado, se encuentra la inclusión de la lucha del movimiento feminista en los libros de historia. Sigue siendo complicado de entender que las teorías feministas y el protagonismo de las mujeres⁸ en la historia, en el arte, en la cultura, en la ciencia, aún invisible, haya tenido que incorporarse en el conocimiento a golpe de Pacto de Estado⁹, de la misma manera que resultaría un atentado y aberración epistemológica tener secuestradas de las matemáticas la enseñanza de operaciones aritméticas como las restas, sencillamente porque no nos gustan o no nos caen bien.

Centrándolo en el ámbito jurídico, en la Facultad de Derecho, –y en lo que a la conexión de aprendizaje e introspección se refiere– tampoco conocí a nadie, ni leí ningún libro que me viniera a acompañar en mi formación como jurista feminista. Tuve que esperar al último curso, para que una jovencísima profesora de Filosofía del Derecho, Ana Rubio Castro¹⁰ –actual referente en la teoría jurídica feminista española– llegara de una estancia de investigación en Italia y se enfrentara con lo que en ese momento era el debate científico y político en torno al feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia. Un buen día, esta maestra tuvo la osadía de proponerme una tesis doctoral, la que sería la primera tesis con perspectiva de género en el área jurídica a nivel nacional y yo, ávida de conocimiento y loca por enredarme en la misma, me empeñé hasta que la defendí en 1995, no sin dificultad. La tesis, rompedora con los estándares académicos habituales en el mundo del Derecho, y apostando por un adelantado enfoque inter y transdisciplinar, no era sin duda cómoda

⁷ Desde la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, órgano del Gobierno encargado de coordinar e impulsar la ejecución de las medidas del Pacto de Estado, se ha elaborado un documento único que refunde las medidas de la cámara baja y la cámara alta, en un total de 292 medidas estructuradas en 10 ejes de acción. Consultable en <https://violenciagenero.gob.es>

⁸ Pueden consultarse los datos en: (López-Navajas, 2014).

⁹ Al respecto, remito al monográfico editado por mí, y dedicado al «Balance y compromisos institucionales frente a las violencias de género»: (Gil Ruiz, 2022b).

¹⁰ Eminent filósofa del derecho feminista. Entre sus obras, merecen destacarse Rubio Castro (1997; 2013).

para la Academia, pero tampoco para ámbitos endogámicos –no jurídicos– demandantes del marchamo de calidad feminista. La tesis, arriesgada, compleja y novedosa, como allí mismo se recoge, obtuvo la mención de Premio Extraordinario de doctorado, y al tiempo, la monografía «Las Políticas de Igualdad En España: avances y retrocesos» (Gil Ruiz, 1996), se convirtió en un referente citado y reconocido internacionalmente (Jaggar y Young, 1998; Outshoorn y Kantola, 2007; Massanet, 2008).

Como teórica jurídica feminista defiendo que sólo sumando esfuerzos desde las distintas áreas –leyendo y releyendo aportaciones transversales y transdisciplinares, jurídicas y no jurídicas– podremos analizar la complejidad de esta realidad subordinadora y vislumbrar posibles soluciones emancipadoras. Entiendo que el ser feminista va acompañado de un hacer, y no de repetir los estándares patriarciales de imposición y sumisión. El feminismo que yo había aprendido y aprehendido, no hablaba de cortijos científicos históricos ni de más de lo mismo, con distinto rostro y con maquillaje pseudo-progresista. Tampoco el trabajo iusfeminista se identifica por quien lo realiza sino por el objetivo del mismo. El feminismo forma parte, como diría Hegel, del espíritu de los tiempos y se identifica por seguir la agenda emancipadora y civilizatoria, propia del proceso general de autoconciencia civilizatoria dirigida a la humanización, que no al contrario. Lamentablemente, aún hoy sobrevuelan sobre nuestras cabezas discursos –políticos e incluso jurídicos– saprófagos, que, ocupando el nombre y las victorias feministas en pro de los derechos humanos, se erigen como la salvación de la libertad del individuo, aunque soportada sobre los cautiverios de las mujeres.

Pero el feminismo y la vida académica adolecen de más problemas que merecen ser recuperados en esta reflexión introspectiva. Ahora toca mencionar la del escaso y difícil reconocimiento por la Academia de la experticia investigadora con esta metodología. Por supuesto, atreverse una y otra vez, en seguir insistiendo en la investigación con perspectiva de género en el área jurídica era de una enorme irresponsabilidad. Apenas ha cambiado nada desde entonces. Da igual que se reflexione científicamente sobre acoso, sobre retos de la sociedad digital, de la bioética y biotecnología, sobre nuevos modelos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o sobre técnicas legislativas. La creencia errónea es entender que abrazar una metodología, determina el objeto de estudio y que ello supone investigar siempre de lo mismo. Resulta complicado luchar contra esta dinámica académica y más aún tener que explicar insistentemente la importancia de la epistemología y metodología de género como instrumento para detectar y visibilizar problemas en el derecho positivo y buscar alternativas jurídico-políticas (Gil Ruiz, 2022a). Quizás por ello, el futuro próximo de la Filosofía del Derecho –responsable legítima de dicha tarea titánica– no se vislumbre muy halagüeño.

En paralelo, las teóricas feministas, especialmente del ámbito jurídico, no disponíamos de soportes de renombre para divulgar los trabajos científicos. Las editoriales, más o menos prestigiosas, no se disputaban precisamente la urgencia de publicarlos. Eso son cosas de mujeres (luego no científico, sino divulgativo), esgrimían; con lo que había dos posibilidades: o firmar con pseudónimo masculino (estrategia ya utilizada por algunas de nuestras ancestrales feministas¹¹) para que los trabajos vieran la luz; o aprovechar cualquier canal para poderlo hacer, tuviera o no reconocimiento científico por la Academia. Esto supuso la penalización de carreras profesionales, en tanto que currículos de ese perfil, nunca alcanzarían el

¹¹ Entre los casos conocidos, hemos de destacar el de María Lezárraga, conocida popularmente con el sobrenombre de su marido Gregorio Martínez Sierra. Su historia ha sido recientemente llevada a la pantalla por la directora Laura Hojman, nominada al mejor documental en los Goya.

reconocimiento administrativo previo para promocionarse al cuerpo de Catedráticos de Universidad. Desde este punto de partida ha de entenderse la escasa ratio de mujeres en puestos de relevancia universitaria y su paradójica excesiva visibilidad¹².

Ante este precipicio patriarcal –o techo de cristal– algunas de las compañeras teóricas optaron por el disfraz. Se trataba de tener un doble *curriculum*: uno para «lo importante» (el científico), y otro «el de género», que era el que las hacía ser ellas mismas y con el que se identificaban. Esta violencia –que es discriminación de género– que obligaba a hacer renuncias o a utilizar escondites es, sin duda, otro de los obstáculos que el patriarcado insiste en poner en los caminos promocionales de las mujeres, eso sí, disfrazado de objetividad académica donde éstas no tienen voz –entre otros motivos, porque no están; y sin estar, claramente no se puede participar.

Ello obligaba, siendo coherente con el compromiso feminista de lucha por los derechos de las mujeres como ciudadanas, a pelear y pleitear. Y es que tal y como definiera Simone de Beauvoir en 1963 el feminismo, es «una manera de vivir individualmente y una manera de luchar colectivamente»¹³. No podía admitirse esta violencia y en ningún caso aceptar impávidas el no reconocimiento de un esfuerzo epistemológico más que necesario para cambiar el mundo y no sólo el jurídico. Finalmente, se consiguió que se recogiera como un ítem de calidad en las leyes –tal y como abordaremos más adelante– pero es de sobra conocido que no basta con tener buenas leyes –si es que esto fuera posible–, sino buenas prácticas y mejores sentencias.

Falta mucho por cambiar, y no se desconoce la enorme dificultad que implica penetrar en las prácticas contaminadas y correosas del patriarcado. De cualquier manera, aun sabedoras del largo camino hacia la igualdad y de nuestra responsabilidad como agentes de cambio¹⁴, también conocemos por experiencia propia que –aun hoy– seguimos sin tener poder fáctico y masivo para modificar el *statu quo* subordinatorio.

3. Algunas aportaciones jurídicas impulsadas desde Iusfeminismo académico: avances y retos

También es justo pararse a reconocer los avances conseguidos, tras tanto esfuerzo iusfeminista. La teoría política y jurídica feminista ha tenido una capacidad de error pequeña. Algunos cambios sociales con victorias que merecen ser destacados con orgullo en España son la aprobación de leyes orgánicas, luego de obligado cumplimiento, tales como la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género, conocida popularmente como Ley integral; y de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y puestas a valorar los resultados de las batallas, no podemos desconocer los conseguidos a nivel autonómico, en buena medida más acertados que los

¹² Como respuesta a esta situación de desigualdad fáctica en la Universidad española, el 22 de marzo de 2023 se publicó la L.O.2/2023, del Sistema Universitario (LOSU). BOE-A-2023-7500. El artículo 65 de la norma para la «Promoción de la equidad entre el personal docente e investigador», permite a las universidades adoptar «medidas de acción positiva en los concursos de acceso a plazas de personal docente e investigador funcionario y laboral para favorecer el acceso de las mujeres». Para ello, «se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate».

¹³ Según explica López Pardona (1998), doctora en Filosofía y experta en Beauvoir con la Tesis «Simone de Beauvoir, una filósofa del siglo XX». Al respecto, véase también la entrevista en «El pensamiento feminista de Simone de Beauvoir», en <https://www.amecpress.net>.

¹⁴ Recomendamos la lectura de la referente Valcárcel (2019) «Ahora, feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos».

nacionales. En lo que a Andalucía se refiere, sin duda debemos destacar la importancia de la aprobación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía y la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, recientemente modificada¹⁵, en julio y septiembre de 2018, para adecuarlas a los requerimientos y compromisos internacionales recogidos en el Convenio de Estambul, entre otros.

Desde el feminismo jurídico español, colaboramos para que estas leyes referenciales fueran una realidad. Seguramente nos equivocamos en algunas medidas. Nadie está libre del error, y menos las teóricas feministas que, al menos desde el mundo del derecho, vamos a tientas y por intuición, a veces, al no tener referentes, (casi con el método del ensayo y error) buscando alternativas a este Derecho excluyente y falsamente universalista que nos rige y que aprendimos – porque así se enseña aún– en las facultades de derecho. No obstante, un buen día – en ningún caso de manera azarosa– y por unanimidad, vieron la luz.

Pero tras un primer paso, viene el segundo, y tras éste, el tercero. Es verdad que el derecho no hace milagros. Eso lo sabemos, pero lo cierto es que antes no disponíamos de un instrumento jurídico que nos mirara como ciudadanas, aunque sí como colectivo y si es posible vulnerable, mejor. Resta un sinfín de cosas: reglamentación de las medidas; dotación humana y presupuestaria; compromiso serio y convencido de las y los responsables políticos en torno al *gender mainstreaming*; urgencia de incorporarla en sus agendas públicas; presencia equilibrada y activa de las mujeres en todos los ámbitos social, económico, cultural, político... entre un largo, larguísimo etcétera. El principio del *gender mainstreaming*, principio vinculante abrazado por todos los países que hicieron suyos los acuerdos alcanzados en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres en Beijing, re atraviesa (y ha de re atravesar) cada uno de los objetivos a los que deben dirigirse todas las medidas legislativas y de acción política adoptada por éstos en un futuro inmediato. Y la fundamentación última de esta responsabilidad deriva de considerar la Igualdad como «un derecho humano compuesto por distintos elementos: la igualdad como igualdad sustantiva o de resultados, la igualdad como discriminación y la igualdad como responsabilidad estatal»¹⁶, superando su mera visión como principio sistémico.

Los retos jurídico políticos quedan marcados por su agenda mundial, desde la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Convenio de Estambul, pasando, a nivel europeo, por el Plan de Acción de la Unión Europea sobre la Igualdad de Género y el empoderamiento de las mujeres en la acción exterior (2021-2025) GAP-III, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) de la UE y el aterrizaje de la Estrategia del Consejo de Europa de Igualdad de Género (2018-2023). Los objetivos prioritarios giran en torno a la erradicación de los estereotipos; la erradicación de la violencia de género; el acceso igualitario de las mujeres a la justicia; la presencia equilibrada de toma de decisiones políticas y públicas; la protección de colectivos vulnerables, migrantes, refugiados y, cómo no, la transversalidad de género en todas las políticas y medidas arbitradas.

Pero el aún talón de Aquiles de todo este hacer jurídico y político, sigue descansando en la deficiente formación en género de la ciudadanía en general y

¹⁵ Fui compareciente en el Pleno del Parlamento Andaluz, el 17 de diciembre de 2013 y 19 de junio de 2018. Grupo de trabajo: Análisis y revisión de la situación y medidas para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía. Anteproyecto y Proyecto de modificación de las Leyes 12 y 13/2007, de 26 de noviembre. Al respecto se puede consultar: <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/actualidad/detallesalbum.do?id=86874&idalbum=35563>

¹⁶ Véase: (Facio Montejo, 2014, p. 19).

especialmente de quienes están comprometidos con la puesta en marcha de este nuevo marco de trabajo jurídico antisubordiscriminatorio¹⁷.

Y es que, a nivel nacional y transcurridos más de 15 años de la aprobación de la unánime L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que obliga a formar en violencia e igualdad de género (Derecho antidiscriminatorio moderno), se sigue incumpliendo el mandato vinculante formativo y, desde luego, la Universidad no es inmune a dicha (ir)responsabilidad. La Ley Integral reza que «las universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género». Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres establece que:

en el ámbito de la educación superior, las administraciones públicas fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres (...). Promoverán la realización de estudios e investigaciones especializadas en la materia.

En Andalucía, incluso, la destacan como un ítem obligado de calidad, tal y como se deduce de su art. 21.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la Igualdad de Género en Andalucía:

El sistema universitario andaluz promoverá que se reconozcan los estudios de género como méritos a tener en cuenta en la evaluación de la actividad docente, investigadora y de gestión del personal docente e investigador de las universidades públicas de Andalucía.

Y si, pese a todo, hubiera alguna duda al respecto de esta obligación jurídica, el art. 20.2.¹⁸, modificado por ley 9/2018, de 8 de octubre, –e insistiendo en la especial formación en Ciencias Sociales y Jurídicas–, concluye que:

El sistema universitario andaluz adoptará las medidas necesarias para que se incluyan enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres en los planes de estudios universitarios que proceda. De manera especial, en enseñanzas universitarias oficiales de grado, máster y doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas.

Sin embargo, actualmente inmersos en una etapa de cambio de los programas de estudios (EEES), –etapa oportuna y propicia para haber integrado al menos una asignatura transversal y troncal que podría denominarse «Género y Derecho» vinculada al área de Filosofía del Derecho, por ser teoría crítica–, paradójicamente aún no tenemos recogido en la universidad española, formalmente de manera reglada en las titulaciones jurídicas universitarias, –a excepción de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) y, más recientemente, la Universidad del País Vasco (UPV)– esta obligación por Ley Orgánica de formar en género, y el resultado de esta laguna es la salida al mercado de juristas (abogada/os, jueces, fiscales...), sin conocimiento alguno de esta metodología para abordar el nuevo marco jurídico comprometido internacionalmente.

¹⁷ Para una lectura clarificadora de lo que supone este nuevo marco de trabajo jurídico ver: (Barrère, 2019).

¹⁸ Este artículo 21, apartado 2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, sufrió modificación por el artículo único 16 y 17 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, incidiendo en la especial formación en el área de Ciencias Sociales y Jurídicas. BOE-A-2018-15239.

En esta línea, con respecto al marco extrauniversitario, la formación requerida se cubre de manera sectorial y endogámica bien sea por instituciones privadas – nacidas a tal efecto y nutridas económicamente por usuarios y administraciones públicas– o por funcionarios de la administración¹⁹ que conforman el perfil ejecutor de quien debe finalmente implementar las medidas habilitadas al efecto.

Consciente de la relevancia del poder de la Universidad en la formación del jurista del siglo XXI y de la importancia de dotar al futuro operador del Derecho del compromiso y de las destrezas que incorpora la perspectiva de género iusfeminista, recientemente, la L.O.10/2022, de garantía integral de la Libertad sexual de 6 de septiembre de 2002 ha sido rotunda en su artículo 32 sobre Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios:

(...) La ausencia de los contenidos en materia de igualdad de género y de prevención y erradicación de las violencias sexuales sin justificación apropiada podrá dar lugar a un informe desfavorable motivado del correspondiente órgano de verificación o evaluación (...) Las universidades establecerán un itinerario formativo en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, evaluable y acreditable por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o la autoridad competente del Ministerio de Educación y Formación Profesional o, en su caso, los órganos competentes de las comunidades autónomas, en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

Queda por determinar aún cómo abordará este reto el sistema universitario español, más allá de diluirlo en un requerimiento vacuo. Confiamos en el compromiso de la Academia ante la igualdad efectiva ciudadana y la responsabilidad universitaria como agente activo de cambio social.

¹⁹ En esta línea, y centrada en la necesaria formación en género que debieran incorporar los miembros de la Carrera Judicial, la «L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» introdujo modificaciones en la LOPJ y en el Estatuto del Ministerio básico del Ministerio Fiscal, con el objetivo de que las pruebas selectivas contemplaran el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 310 LOPJ). En lo que a la carrera judicial se refería, los planes de formación continua completarían dicha formación en género con cursos anuales impartidos desde la Escuela Judicial sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género (artículo 433 bis.5 LOPJ). Abundando en esta línea, y con motivo de la constatada necesidad de cubrir esa laguna formativa, la LOPJ ha sido nuevamente modificada por «L.O.5/2018, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género» y obligará a los jueces a acreditar su formación en perspectiva de género para obtener cualquier especialización. Esta formación obligatoria también será exigida al cuerpo de fiscales que quieran ingresar en la carrera judicial por la vía de especialización. No obstante, dicha formación se imparte por los propios miembros de la carrera judicial, siendo valorada por miembros de organizaciones especializadas en violencia de género como endogámica y sectorial, «ya que el diseño de la formación se ha hecho sin contar con la participación de entidades, organismos o expertos en este tipo de violencias que no pertenezcan a la carrera judicial». En palabras de Yolanda Besteiro, Presidenta de la Federación de Mujeres Progresistas en Diario Público, el 30 de julio de 2019, «nos tememos que será una formación muy endogámica y jurídica, cuando lo importante es que fuera una formación más amplia en perspectiva de género e igualdad que aportara un conocimiento en profundidad sobre las víctimas y los maltratadores, cómo operan, cómo actúan, cómo funciona el ciclo de la violencia machista. No era esto lo que se pretendía cuando varias de nosotras pasamos en calidad de expertas por la subcomisión del Parlamento para el Pacto de Estado y dimos nuestra opinión. No se trataba de una formación en la ley, sino en perspectiva de género de forma mucho más amplia, precisamente para que pudieran tener elementos para evaluar el riesgo y proteger adecuadamente a las víctimas». Véase también el Informe SOMBRA al GREVIO-Convenio de Estambul, enviado el 10 de junio de 2019 al Comité CEDAW, firmado por más de 200 ONGs. Puede consultarse en: <https://cedawsombraesp.files.wordpress.com/2019/05/190513-informe-cedaw-sombra.pdf>

4. Un replanteamiento iusfeminista en las titulaciones jurídicas de educación superior

Así las cosas, en 2007 y a propuesta de profesorado experto en igualdad y derecho antidiscriminatorio adscrito al departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, en España, se comenzó a impartir una asignatura de libre configuración denominada «Violencia de Género y derechos Humanos». La respuesta del alumnado de la Universidad fue masiva, y tremadamente exitosa, siendo seguida por estudiantes de medicina, psicología, ingeniería, educación, ciencias del trabajo, educación física, y derecho.

Tras impartirse altruistamente y sin descarga docente, hasta 2012 inclusive, solicité nuevamente y con informe favorable del Decano de la Facultad de Derecho, un Proyecto de Innovación Docente (en adelante, PID 11-220) dirigido al alumnado de todas las titulaciones jurídicas, sobre «Introducción de la perspectiva de género en la formación universitaria en Derecho»²⁰, proyecto que fue renovado en su segunda edición (PID 12-22) y que finalizó en 2013. Posteriormente, la necesidad de continuar impulsando dicha formación al alumnado me instó a solicitar otro Proyecto de Innovación Docente (PID 14-32), esta vez bajo el título «Género y Derecho: hacia una formación reglada»²¹, desde 2014 hasta el año en curso, 2016. De este modo, pretendía responder –modestamente– a la exigencia del legislativo que obliga a formar en género al alumnado universitario, y como no, con especial incidencia en la formación de las y los futuros juristas. Reparar y formar a profesionales del derecho en la complejidad del *gender mainstreaming* era, en *primer lugar*, el objetivo de este proyecto, al constatar que el desconocimiento de la metodología de género perpetúa e incrementa la discriminación, aunque esta vez desde la estructura jurídico-política formulada, en teoría, para erradicarla.

El segundo de los objetivos, asimismo, pretendía cotejar la experiencia interdisciplinar propuesta, con la asignatura específica «Violencia de Género y derechos humanos» impartida por el Departamento de Filosofía del Derecho, abierta a todo el alumnado universitario (no sólo a juristas) y que tantos éxitos cosechó. La respuesta por parte del alumnado –a través de un exhaustivo estudio cuantitativo que puede consultarse en el proyecto (Gil Ruiz, 2015a)–, la esperada: quiere un compromiso institucional mayor con la formación en Igualdad y Derecho antidiscriminatorio en sus estudios universitarios superiores que apueste por una formación reglada y específica, más allá de una práctica aislada de género en las distintas áreas de conocimiento jurídico.

El tercer objetivo implicaba involucrar los Trabajos Fin de Grado, así como el seguimiento y valoración de una nueva asignatura incorporada en cuarto curso al grado en Criminología, bajo la desafortunada rúbrica «violencia doméstica y de género». Para ello, optamos por un estudio cualitativo, requiriendo información directa del alumnado inscrito en la misma.

Los proyectos beneficiaron al alumnado de la Licenciatura de Derecho; de las dobles titulaciones Derecho-Ciencias Políticas, Derecho-ADE, así como a los del Grado en Derecho, el Grado en Ciencias Políticas y los dobles grados, e involucró a casi todos los departamentos y áreas jurídicas de la Universidad; a saber: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derecho

²⁰ Los resultados de dicho proyecto pueden consultarse en: (Gil Ruiz, 2014).

²¹ Los resultados de dicho proyecto pueden consultarse en: (Gil Ruiz, 2015a).

Eclesiástico del Estado, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho del Trabajo, Derecho Administrativo, y como no, Filosofía del Derecho. Posteriormente, la dirección de un nuevo proyecto docente (PID 14-32), ejecutado durante los años 2014 a 2016, permitió sumar a esta iniciativa al alumnado del Grado en Criminología. En todos ellos han participado 17 profesoras de la UGR y dos profesoras de Universidades distintas a las de Granada (Castilla La Mancha y Nanterre-Paris Ouest), interesadas en participar y trasladar la experiencia a su comunidad universitaria,

El éxito de dichas iniciativas de innovación docente fue reconocido por la ANECA, valorándolo como el mejor proyecto de innovación de la UGR, y logramos externalizar las iniciativas en congresos pedagógicos internacionales en Paraguay (octubre de 2014), México (noviembre de 2014), Francia (marzo de 2015), Oñate (junio de 2015) y Talavera de la Reina (junio de 2016).

Asimismo, la paralela urgencia de formación del profesorado universitario auspició el impulso de cursos formativos dirigidos a éstos, algunos específicos para derecho, como es la propuesta formativa «El nuevo derecho antidiscriminadorio y la obligación de formar y formarse en Género» de 72 horas, del que fui Directora, y otros abiertos a toda la comunidad docente (3 ediciones, desde 2012 a 2016), como las distintas ediciones del Curso de Formación en Igualdad para el Profesorado de la UGR (50 horas), a través de la Unidad de Igualdad, del que fui coordinadora académica. Ambos fueron avalados por el Vicerrectorado para la Garantía de la Calidad de la Universidad de Granada, sobresaliendo con la mejor calificación por parte del profesorado, de entre todos los cursos organizados para la formación docente universitaria. La Universidad de Granada ha perfilado dichos cursos abriendo líneas formativas a través de la Unidad de Igualdad y Conciliación, dirigidas al profesorado y al alumnado; a saber: Curso apre(he)ndiendo Igualdad; y Red Universitaria contra la violencia de género: formación de agentes clave, con reconocimiento de 2 y 1 crédito respectivamente.

En la actualidad, y gracias a la oportunidad que nos ofrecen las TICs, hemos elevado esta formación contrastada a través de un MOOC²² (*Massive Online Open Course*), curso en línea y en abierto, que pretende llegar, de manera altruista y masiva a quienes se interesen por la misma. No obstante, se echa de menos la incorporación obligatoria de la formación en Género y de manera reglada en las titulaciones universitarias. Entiendo que el acceso a cursos formativos abiertos a la comunidad científica no obsta –sino todo lo contrario– para el blindaje de dicha formación, de modo obligatorio, en cada una de las Titulaciones Académicas ofrecidas y avaladas por la Universidad.

5. El panorama formativo en Igualdad y Derecho antidiscriminatorio: un reto de futuro

Partiendo de todo el panorama anteriormente descrito, lo cierto es que la laguna formativa reglada *iusfeminista* en derecho sigue sin cubrirse, y eso pese a que el 28

²² Nos referimos al MOOC Masculinidad y Violencia, ofrecido por la Universidad de Granada (España), como actividad transversal en la modalidad de aprendizaje en línea. Para ello, los módulos han sido diseñados y estructurados por un equipo multidisciplinar integrado por miembros del profesorado y del personal investigador de la Universidad de Granada (Miguel Lorente Acosta y Juana María Gil Ruiz) y colaboraciones expertas en la materia de otras universidades españolas (Octavio Salazar y Anastasia Téllez). En la primera edición de este MOOC, durante el curso 2020, un total de 5.622 personas a nivel mundial han seguido y beneficiado de manera gratuita de los cuatro módulos que constituyen este macro curso.

de septiembre de 2021, y en la línea defendida en este texto²³, se aprobó el Decreto 822/2021, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de la calidad. Según reza el artículo 4.2 del mismo, dichos planes deberán tener como referente los principios y valores democráticos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, en particular:

- a) el respeto a los derechos humanos y derechos fundamentales; los valores democráticos –la libertad de pensamiento y de cátedra, la tolerancia y el reconocimiento y respeto a la diversidad, la equidad de todas las ciudadanas y de todos los ciudadanos, la eliminación de todo contenido o práctica discriminatoria, la cultura de la paz y de la participación, entre otros–;
- b) el respeto a la igualdad de género atendiendo a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y de hombres, y al principio de igualdad de trato y no discriminación (...).

Asimismo, el apartado 3 de este mismo artículo exige que:

Estos valores y objetivos deberán incorporarse como contenidos o competencias de carácter transversal, en el formato que el centro o la universidad decida, en las diferentes enseñanzas oficiales que se oferten, según proceda y siempre atendiendo a su naturaleza académica específica y a los objetivos formativos de cada título.

Como no podía ser de otro modo, toda esta experiencia académica tenía que marcar la que es mi línea de investigación actual²⁴, absolutamente convencida, de que docencia e investigación se dan la mano y se retroalimentan. En este sentido, defiendo que una defectuosa e ignorancia grave de la metodología de género y de lo que implica el compromiso vinculante con el *gender mainstreaming*, supondrá el fracaso y desmantelamiento de todos los esfuerzos jurídicos impulsados por el iusfeminismo para erradicar las violencias de género.

Estoy persuadida de que, su erradicación o minimización, no sólo requiere de una revisión jurídica, sino de algo más. De nada sirve una reforma legislativa, si sus operadores siguen sin conocer la base y herramientas epistemológicas para diagnosticarla y abordarla. En este sentido, no hace mucho tiempo que la investigación ha constatado que, en muchos campos del conocimiento científico, desde las humanidades hasta la medicina, sin olvidar la ingeniería o las ciencias sociales, las variables sexo y género no ocupan el lugar que merecen como categorías epistemológicas óptimas de análisis de la realidad, detectando errores graves o denunciando parcialidades descriptivas y prospectivas de importantes e intocables conceptos y teorías. El Derecho y el conocimiento científico no han quedado al margen de estos errores, y esto obliga a incorporarlas desde el inicio explicativo de las bases primigenias y fundamentos del fenómeno jurídico, lo que afecta a la investigación y, sin duda a la docencia –convulsionando el modelo científico-académico– y a la formación de las y los futuros juristas, junto al del resto de profesionales implicados, en la erradicación de las violencias de género (profesionales de la salud, equipos psico-sociales, Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado...). Las modificaciones jurídicas no han sido menores y han alcanzado

²³ Más acertada, si cabe, me parece la propuesta inicial (artículo 3.4) del Real Decreto por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español, presentada en mayo de 2020. Véase, al respecto: Gil Ruiz (2021).

²⁴ He sido y soy, responsable principal de los proyectos de investigación I+D+iFEDER-Andalucía, B-SEJ-165-UGR18, «Derecho antidiscriminatorio y Género: retos y desafíos contra las violencias de género» y del PID2019-108526RB-I00, «Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*», respectivamente. En ambos proyectos participa todo el profesorado que originariamente apostó por innovar la docencia jurídica desde esta metodología y en el que se hace referencia en el texto.

desde el propio principio de igualdad, reconceptualizándolo, hasta el propio concepto de discriminación –ahora estructural–, que supera el tradicional enfoque aristotélico transmitido en las Facultades de Derecho, generación tras generación.

No es el momento, por cuestiones de brevedad, de detenerme en ello, pero la urgencia de la Filosofía del Derecho iusfeminista:

en este nuevo marco de trabajo, descansa, tal y como adelantaba en trabajos anteriores, en la necesidad de revisar categorías científico-jurídicas que, sin duda, chirrían²⁵, a poco que se las someta a un mero proceso de verificación y/o falsación de las mismas –como es el caso de la alevosía en casos de violencia de género, lo que ha supuesto la conceptualización reciente de la alevosía convivencial; o la reformulación de algunas de las exigencias típicas para estos supuestos, como es el criterio de la habitualidad²⁶. Ídem con respecto a la deconstrucción de categorías e instituciones –como la “discriminación” y la familia– supuestamente neutros pero androcéntricos, ocultadores de las relaciones de poder (Gil Ruiz, 2021, pp. 168-169).

Y es que como vengo insistiendo desde hace mucho tiempo, incorporar la perspectiva de género en los estudios jurídicos no es una cuestión de sensibilidad ni de intuición. Tampoco se resuelve «agregando» la palabra mujeres a los estudios o discursos elaborados al respecto. Hay que aprenderla y aprehenderla (con una enorme H intercalada) y no se adquiere con la realización de un curso, de un máster o de un experto. No es una cuestión de cantidad –que también– sino de calidad.

Pero por si esto no fuera suficiente, la alargada sombra de incipientes –y degeneradas– reformas legislativas refractarias, los recortes salvajes que condenan a la decapitación de las Leyes de Igualdad y de erradicación de las Violencias de Género; el peligro de disolución del concepto de violencia de género (como discriminación estructural) en violencia doméstica o familiar (como colectivo vulnerable), el negacionismo de la violencia estructural de género²⁷, el escaso compromiso serio y riguroso de los agentes políticos y sociales con la igualdad efectiva ciudadana, entre un largo etcétera, vuelven a poner en la picota objetivos, que creíamos conseguidos, pero que están condenados –de no unirnos– a convertirse en anécdotas históricas de un grupo de mujeres que creyeron, ingenuamente, que otro mundo era posible –y más aún desde el derecho.

6. Epílogo

Acabo mis palabras apelando a la unión de los feminismos, sin intención de homogeneizarlos o desvestirlos de su identidad. Sin duda, en la riqueza está la disidencia. No en vano, el propio feminismo es capaz de autocensurarse y autocriticarse a niveles, yo diría, de asedio. Basta con releer a Francesca Gargallo para apenas hacerse una idea del «asedio que los feminismos radicales imponen al

²⁵ Un buen ejemplo podemos encontrarlo en el debate reciente en torno a la sentencia de la Manada, finalmente calificada de violación múltiple (delito continuado de agresión sexual), que no abuso sexual, durante las Fiestas de San Fermín, según sentencia del TS de 21 de junio de 2019. Esta sentencia y el debate mediático que supuso, motivó la reciente aprobación de la polémica Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral para la Libertad Sexual. BOE-A-2022-14630. Dicha ley, tras aprobarse, ha debido someterse nuevamente a revisión debido a los efectos que supuso la puesta en práctica del principio de retroactividad de las normas penales, en caso de favorecer al reo y que implicó que un 10% de condenados por agresión sexual se beneficiaran de rebajas importantes en sus penas.

²⁶ En torno a mi posición al respecto, véase: Gil Ruiz (2015b).

²⁷ Según Lousada Arochena (2021), este negacionismo supone una manifestación secundaria de la violencia de género.

pensamiento hegemónico de las estudiosas del tema en las universidades latinoamericanas» (Gargallo, 2012, p. 155). Pero, como ya indiqué en el pasado:

corren malos tiempos para las mujeres, como ciudadanas –aunque bien es verdad que buenos tiempos, nunca ha habido–, y vuelven a colocarse en un plano residual las reivindicaciones que ahora se entienden secundarias, probablemente porque siempre se pensó que lo eran. Se justifica en temas económicos y de crisis, pero no hay mayor crisis, más allá de la económica, que la de una sociedad “anestesiada” y la de unos gobiernos “hipócritas” que aprovechando este dormitar social, vacían de contenido los compromisos adquiridos internacionalmente tras los esfuerzos denodados de los grupos de mujeres, para que el género pierda su identidad crítica y se diluya en una palabra de moda, vacua, políticamente correcta. Ya sabemos que de éxito también se puede morir y que ahora nos hayamos acostumbrado a escuchar en los discursos políticos las palabras: igualdad de género, violencia contra las mujeres o discriminación, no significa, pese al compromiso político e institucional, que se haya incorporado de *manera prioritaria* en la agenda política y pública de los Estados y se haya erigido realmente en enfoque principal transversal de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible²⁸ de la ONU para el 2030 (Gil Ruiz, 2022a, pp. 285-286).

Da igual que el Secretario General de la ONU, Antonio Gutiérrez, lo avise de manera insistente en sus Informes apelando a los nuevos retos epistemológicos y jurídicos de futuro, más aún en un marco de pandemia global. «Mientras las mujeres no gocen de empoderamiento económico y social en el mundo laboral, en el hogar y la comunidad, el crecimiento no será inclusivo y no lograremos erradicar la pobreza»²⁹.

Pero, como diría Simone de Beauvoir³⁰, «no olvidéis jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, debéis permanecer vigilantes toda vuestra vida». Quizás, la filósofa francesa se adelantó a eventos como la salida de Turquía del Convenio de Estambul; el estancamiento mundial de los avances de igualdad en un cuarto de siglo según advierte la ONU; o la vulneración de los derechos humanos de mujeres y niñas afganas, prohibiendo incluso la educación secundaria a éstas, por poner apenas tres ejemplos. No en vano, el tan aplaudido símbolo de libertad e igualdad conseguido en 2001 en Afganistán como fue el Ministerio de Asuntos de la Mujer, fruto de los esfuerzos internacionales, ha quedado reducido en 2021 al Ministerio para la «Propagación de la Virtud y la Prevención del Vicio». La llegada de los talibanes, junto a la exclusión de las mujeres del Gobierno y la pérdida del terreno de igualdad ganado en los últimos 20 años, deja un camino incierto para el futuro de las próximas generaciones femeninas de Afganistán.

Acabo y deseo hacerlo, como tantas veces, con la voz de otra mujer, alguien que optó por travestirse para ser leída, y que conoce la impotencia de «gritar a las mujeres» la palabra libertad en una España sorda. Hago más, pues, las palabras de María Lezárraga³¹ (Martínez Sierra, 1952) en *Una mujer por los caminos de España* y las lanzo en este pliego, en espera de que vuelvan a reenviarlas a las mujeres de su

²⁸ El 25 de septiembre de 2015, 195 países se comprometieron con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas que marcan la Agenda Mundial hacia 2030.

²⁹ Ver Prólogo de Antonio Gutiérrez, Secretario General de la ONU, en el Informe sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2018. Accesible en www.unwomen.org

³⁰ Al respecto, remito al estudio de Teresa López Pardona (1998).

³¹ Estas palabras pertenecen a un ensayo de María Lezárraga, quien firmaría buena parte de su obra bajo el nombre de su marido Gregorio Martínez Sierra, tal y como señalábamos en una nota anterior. Véase: (Martínez Sierra, 1952). Esta obra ha sido recientemente reeditada bajo el mismo título, aunque con su autoría original (Lezárraga, 2019).

vida, y éstas a las del mañana, para que nunca nos olvidemos de que solo juntas conseguiremos eso que se llama libertad.

«No estás a la moda.

Por hoy. Mañana volveré a estarlo.

Mañana tú no estarás aquí.

No importa. Estará alguien que sea como yo.

Y, a través de su convencimiento, yo, esté donde esté,

volveré a sentir el gozo de

mi convicción».

Bibliografía

- Amorós Puente, C. (1985). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Anthropos.
- Amorós Puente, C. (1997). *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Cátedra, Colección Feminismos.
- Amorós Puente, C. (2004). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para la emancipación de las mujeres*. Cátedra, Colección Feminismos.
- Barrère Unzueta, M.A. (2019). *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordiscriminatorio*. Ediciones Olejnik.
- Facio Montejo, A. (2014). *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad*. Colección Reflexiones Contemporáneas. <https://piensadh.cdhcm.org.mx/index.php/libros-1/la-responsabilidad-estatal-frente-al-derecho-humano-a-la-igualdad>.
- Gargallo, F. (2012). Una metodología para detectar lo de que hegemónico ha recogido el feminismo académico latinoamericano y caribeño. En N. Blázquez Graf, F. Flores Palacios y M. Ríos Everardo (coords.). *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales* (155-177). Colección Debate y Reflexión, CEIICH, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Facultad de Psicología. Actualizado en 2023. <https://francescagargallo.wordpress.com/ensayos/feminismo/no-occidental/una-metodologia-para-detectar-lo-que-de-hegemonico-ha-recogido-el-feminismo-academico-latinoamericano/>.
- Gil Ruiz, J. M. (1996). *Las políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad.
- Gil Ruiz, J. M. (2014). Introducción de la perspectiva de género en las titulaciones jurídicas: hacia una formación reglada. *Revista De Educación Y Derecho*, (10). <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i10.10712>
- Gil Ruiz, J. M. (2015a). Formación en Derecho antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 13 (26), 49-77.
- Gil Ruiz, J. M. (2015b). The Woman of Legal Discourse; a contribution from the Critical Legal Theory. *Quaestio iuris*, 8 (3), 2114-2148.
- Gil Ruiz, J.M. (2021). Reconfigurar el Derecho repensando al Jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 145-172.
- Gil Ruiz, J.M. (2022a). Derecho, Política Judicial y Género: aprendizaje e introspección. En I. Arduino y J. Di Corleto (eds.), *Jornadas Justicia Penal*,

- Géneros y Enseñanza del Derecho. Buenos Aires (271-288). INECIP y Doctrina Penal.
- Gil Ruiz, J.M. (2022b). Balance y compromisos institucionales frente a las violencias de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Protocolo II*, <https://doi.org/10.30827/acfs.vi.25253>
- Jaggar, A. M. y Young, I. M. (1998). *A Companion to Feminist Philosophy*. Blackwell Publishers.
- Lejárraga, M. (2019). *Una mujer por los caminos de España*. Renacimiento, Biblioteca de la Memoria, 65
- López-Navajas, A. (enero-abril, 2014). Análisis de la ausencia de las mujeres en los manuales de la ESO; una genealogía del conocimiento ocultada. *Revista de Educación*, 363, 282-308. <https://doi.org/10.4438/1988-592X-RE-2012-363-188>
- López Pardona, T. (1998). *Simone de Beauvoir, una filósofa del siglo XX*. Servicio de Publicaciones de la Universidad.
- Lousada Arochena, J.F. (2021). *El enjuiciamiento de género*. Dykinson.
- Martínez Sierra, M. (1952). *Una mujer por los caminos de España*. Editorial Castalia.
- Massanet, L. (2008). *The Coast al Review: An Online Peer review Journal*. USA.
- Outshoorn, H y Kantola, J. (2007). *Assessing Changes in State Feminism over the Last Decade*. Palgrave Macmillan Publishers.
- Posada, L. (25 de febrero, 2020). El feminismo tiene que ponerse a pensar. *El Diario.es*. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/feminismo-ponerse-pensar_129_1002551.html.
- Rubio Castro, A. (1997). *Feminismo y Ciudadanía*. Instituto Andaluz de la Mujer.
- Rubio Castro, A. (2013). *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*. Dykinson.
- Valcárcel, A. (2019). *Ahora, feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos*. Cátedra.

La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social.

Fundamentos y límites

Gender perspective in the labor and social protection discipline. Foundations and limits

Ana de la Puebla

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-4850-928X

ana.delapuebla@uam.es

Cita recomendada:

de la Puebla, A. (2023). La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. Fundamentos y límites. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 362-374

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8007>

Recibido / received: 17/04/2023

Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

La perspectiva de género, tal y como está concebida en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales, tiene una proyección general e interdisciplinar. Sin duda, la necesidad de esta perspectiva como criterio de resolución judicial es particularmente significativa en el ámbito social, por razones vinculadas con la propia configuración de las normas sociales y el contexto sociológico y temporal en que estas se elaboran. Al respecto, los tribunales del orden social de la jurisdicción vienen aplicando el criterio hermenéutico de la perspectiva de género en numerosas resoluciones judiciales, especialmente las relacionadas con la protección social, para corregir interpretaciones de las normas que ahonden en la discriminación por razón de género. Recientes pronunciamientos, sin embargo, traen a un primer plano la posibilidad de fijar límites a la aplicación del canon de la perspectiva de género, advirtiendo sobre la necesaria distinción entre la función creadora e interpretativa que corresponde a los órganos judiciales.

Palabras clave

Perspectiva de género, derecho social, prestaciones de la Seguridad Social, familias monoparentales, discriminación.



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 25, octubre 2023 – marzo 2024, pp. 362-374. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8007>

Copyright: Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución-SinDerivadas 3.0 España (CC BY-ND 3.0 ES).

Abstract

The gender perspective, as conceived in international instruments and national norms, has a general and interdisciplinary projection. Undoubtedly, the need for this perspective as a criterion of judicial resolution is particularly significant in the social sphere, for reasons linked to the very configuration of social norms and the sociological and temporal context in which they are elaborated. In this regard, the courts of the social jurisdiction have been applying the hermeneutic criterion of the gender perspective in numerous judicial decisions, especially those related to social protection, to correct interpretations of norms that deepen gender-based discrimination. Recent pronouncements, however, bring to the forefront the possibility of setting limits to the application of the gender perspective canon, warning about the necessary distinction between the creative and interpretative function that corresponds to the judicial bodies.

Keywords

Gender perspective, social law, social security benefits, single-parents families, discrimination.

SUMARIO. 1. La incorporación de la perspectiva de género como canon hermenéutico. Su anclaje constitucional en la igualdad material y en la prohibición de discriminación por razón de sexo. 2. La necesidad de la perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. 3. La función integradora del canon hermenéutico de la perspectiva de género en la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo. 4. Límites a la perspectiva de género: función integradora y función creadora del poder judicial.

Nota preliminar

El pasado 18 de noviembre de 2022, en el marco del Seminario «La formación del jurista de mediados del Siglo XXI», organizado y dirigido por el Prof. José María Sauca en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, tuve ocasión de participar en una mesa redonda sobre «Perspectiva de género». La ocasión permitió exponer y debatir cómo la perspectiva de género alcanza y se aplica en las diversas disciplinas jurídicas.

Recojo aquí, en las páginas que siguen, una exposición, próxima a lo que fue mi intervención en aquella jornada, de cómo la perspectiva de género ha ido calando en el ámbito de la disciplina laboral y de protección social. A ello he añadido el análisis de una reciente sentencia del Tribunal Supremo que brinda una excelente oportunidad para reflexionar sobre los límites que, en su caso, condicionan la aplicación de la perspectiva de género como criterio de hermenéutica judicial.

1. La incorporación de la perspectiva de género como canon hermenéutico. Su anclaje constitucional en la igualdad material y en la prohibición de discriminación por razón de sexo

La perspectiva de género constituye un criterio conforme al cual cualquier decisión debe adoptarse teniendo en cuenta su impacto sobre las mujeres. Su finalidad es evitar que un diseño legal, una aplicación práctica o una interpretación neutros, en el sentido de que no diferencian su ámbito subjetivo de aplicación en función del género o sexo de sus destinatarios, pueda generar un efecto perjudicial sobre las mujeres, consolidando desigualdades de género. Desde este punto de vista, la perspectiva de género constituye un complemento o un paso más en relación con las políticas



antidiscriminatorias por razón de sexo. La perspectiva de género implica tomar en consideración el impacto de una norma sobre las mujeres para evitar que su posición en la sociedad, en relación con el disfrute de sus derechos o el ejercicio de sus oportunidades, se mantenga en condiciones de desigualdad respecto de los hombres. A diferencia de la apreciación de que una norma o una decisión son discriminatorias, que determina su expulsión del ordenamiento mediante la declaración de su nulidad; la perspectiva de género no implica la inaplicación de la norma o la declaración de su nulidad sino su interpretación y aplicación en términos que permitan evitar la discriminación que su aplicación, al margen de tal perspectiva, produciría.

Esta perspectiva, como canon que debe presidir las decisiones legislativas y ejecutivas y la interpretación judicial, no es en absoluto novedosa, aunque sí debe señalarse que en los últimos años ha adquirido una presencia significativa especialmente en los pronunciamientos judiciales.

La perspectiva de género aparece por primera vez en el discurso de las Naciones Unidas de 1975 y se incorpora de forma expresa en la Conferencia de Beijing, celebrada en China en 1995, donde esta perspectiva se configura como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas «neutrales» que venían a consolidar las desigualdades de género existentes (Poyatos i Matas, 2019). A partir de esa declaración, la perspectiva de género se incorpora a textos normativos internacionales y europeos¹ y llega, finalmente, a las normas estatales y autonómicas.

Significativa es, en este sentido, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Su art. 4 advierte que «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Y su art. 15 exige la transversalidad del principio de igualdad de trato señalando que

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Con estas declaraciones, que enlazan directamente con la obligación de igualdad material recogida en el art. 9.2 CE y con la prohibición de discriminación del art. 14 CE, queda patente que la igualdad de trato debe actuar como un mandato vinculante para todos los poderes públicos, de modo que, tanto en la elaboración de normas, como en el diseño de políticas o en la interpretación y aplicación de las normas, debe atenderse a este principio hermenéutico.

La más reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, reitera esta exigencia en su art. 4, al señalar que

¹ Un análisis de las normas internacionales y europeas que acogen la perspectiva de género como mandato a los poderes del estado para elaborar y aplicar las normas, puede consultarse en Poyatos (2019). Significativa es, en este sentido, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo art. 29, bajo el título de «Transversalidad de la perspectiva de género», señala que «Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» y que «En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.

2. La necesidad de la perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social

La perspectiva de género, tal y como está concebida en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales, tiene una proyección general e interdisciplinar. Pero, sin duda, la necesidad de la perspectiva de género como criterio de resolución judicial es particularmente significativa en el ámbito social, por razones vinculadas con la propia configuración de las normas sociales y el contexto sociológico y temporal en que estas se elaboran. Las normas laborales y de protección social que configuran el marco normativo vigente, procedentes en sus rasgos esenciales de las que se aprobaron en los albores de nuestra democracia, se generaron y diseñaron en un contexto en el que la persona trabajadora se identificaba, en su mayoría, con trabajadores hombres. Son estos los que desarrollaban mayoritariamente actividades productivas, en un contexto en el que la participación de la mujer en el mercado de trabajo no era especialmente significativa.

Las normas laborales y de protección social se elaboraron partiendo de un mercado laboral fuertemente masculinizado. Sirva de ejemplo una norma que recientemente ha sido objeto de aplicación e interpretación desde una perspectiva de género, recogida en el art. 208.1.b) RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que, al identificar los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, permitía computar como tiempo cotizado el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria pero omitía cualquier referencia al servicio social femenino obligatorio. La STS de 6 de febrero de 2020 (Rº 3801/2017) declaró que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres determina que no pueda interpretarse el art. 208.1.b) LGSS de forma rígidamente literal, y que, por tanto, el periodo de prestación del «Servicio Social de la mujer» haya de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria. Poco después, el texto del precepto fue modificado para incorporar una expresa referencia al servicio social femenino obligatorio (Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones).

No extraña por ello que, desde hace ya años, la perspectiva de género aparezca en la doctrina judicial social como criterio de interpretación de las normas. Primero tímidamente y desde hace unos años como una referencia frecuente. En la actualidad, la perspectiva de género aparece en muchas ocasiones como un criterio complementario de otros cánones clásicos de interpretación, como refuerzo de una conclusión o interpretación que se apoya en la literalidad de la norma interpretada o en el recurso a otros criterios hermenéuticos. Pero es también posible advertir cómo, cada vez con mayor frecuencia, la perspectiva de género resulta ser el criterio principal y decisivo para resolver los conflictos interpretativos en sede judicial.

En este sentido, la Sala IV del Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas², señalando que el mandato del art. 4 LOI significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que, consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas.

3. La función integradora del canon hermenéutico de la perspectiva de género en la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo

Como se acaba de indicar, son numerosos los pronunciamientos judiciales del orden social en los que se acoge el canon hermenéutico de la perspectiva de género³ (Moll, 2021; Molina 2020). Algunos de ellos referidos al marco de la relación laboral entre empresa y persona trabajadora.

Así, la STS de 7 de diciembre de 2010 (Rº 77/2010) debía valorar si la empresa está obligada a contratar a una nueva persona trabajadora cuando la relevista insta una excedencia por cuidado de hijos. Debe recordarse que el contrato de relevo, regulado en el art. 12.6 ET, está previsto para aquellos supuestos en que una persona trabajadora decide acceder a la jubilación parcial con antelación a cumplir su edad ordinaria de jubilación. En estos casos, con una finalidad de creación y reparto del empleo, la normativa laboral y de Seguridad Social obliga al trabajador que opta por la jubilación parcial a reducir su jornada de trabajo y, simultáneamente, impone a su empresa la obligación de contratar a un trabajador a tiempo parcial (relevista) que, como mínimo, ha de cubrir la jornada dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Además, en caso de que el relevista cese en su puesto de trabajo o suspenda su contrato de trabajo, la empresa está obligada a contratar a un nuevo relevista. La normativa aplicable exige, pues, que cuando se produzca la suspensión del contrato del trabajador relevista, la empresa le sustituya con una nueva contratación, garantizando así que, en cualquier situación, la jornada que dejó vacante el trabajador jubilado parcialmente, estará cubierta por otro trabajador. En aplicación de esta normativa, se ha venido entendiendo que cuando el relevista pasa a situación de excedencia voluntaria, la empresa debe contratar a un nuevo trabajador para que sustituya al relevista durante su excedencia. Sin embargo, en la sentencia señalada, el Tribunal Supremo advierte que no debe equipararse la excedencia por cuidado de hijo con la voluntaria y, por tanto, concluye la empresa, en caso de excedencia por cuidado de hijo, no está obligada a efectuar una nueva contratación. Una interpretación que, sin duda, favorece el ejercicio de un derecho de conciliación, mayoritariamente utilizado por las mujeres trabajadoras, al exonerar a la empresa de la obligación de contratar un trabajador sustituto. Los diversos argumentos que sustentan esta solución se refuerzan con

el relativo a la perspectiva de género que, a tenor del mandato del art. 4 LOI, cabe adoptar a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las figuras de conciliación de la vida laboral y familiar.

² SSTS de 26 de septiembre de 2018 (Rº 1352/2017), 13 de noviembre de 2019 (Rº 75/2018) y 23 de junio de 2022 (Rº 646/2021).

³ Para un análisis de los distintos pronunciamientos de los tribunales del orden social que aplican la perspectiva de género, véase Molina (2020) y Moll (2021, pp. 88-93)

También la STS de 13 de noviembre de 2019 (Rº 75/2018) apela a la perspectiva de género para reconocer el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una Empresa de Trabajo Temporal a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria. Este mismo criterio se utiliza, en la STS de 3 de diciembre de 2023 (Rº 141/2018), para declarar que, a efectos de la retribución variable, no deben excluirse determinadas ausencias cuando estas, en función de la causa que las motivan, afectan mayoritariamente a las mujeres trabajadoras, como es el caso del permiso por lactancia o los permisos por accidente, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario a familiares.

Pero debe destacarse que la incidencia del criterio hermenéutico que se analiza se ha plasmado con mayor intensidad en el ámbito de la protección social, esto es, al interpretar los requisitos y condiciones que permiten el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

Quizás el primer pronunciamiento en el que, con claridad y de forma expresa, se apela a la perspectiva de género para resolver el conflicto planteado, es la STS de 21 de diciembre de 2009 (Rº 201/2009) (Lousada, 2016, pp. 50-53). En esta sentencia se cuestionaba si, a efectos de lucrar una pensión en el marco del SOVI⁴, debía aplicarse la bonificación por parto prevista en la DA 44 LGSS. Este último precepto disponía que

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las diecisésis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

El SOVI es un sistema de protección residual al que no resultan aplicables las reglas generales del sistema de Seguridad Social. Esta última circunstancia explica las dudas que planteaba el citado precepto respecto a si a las personas integradas en el SOVI se les aplica o no la bonificación señalada. En anteriores pronunciamientos se había descartado la aplicación al SOVI de normas pensadas para el sistema de Seguridad Social. Pero, en este caso, apelando precisamente a la perspectiva de género como criterio transversal y al mandato que deriva del art. 4 LOI, el Tribunal Supremo advierte que la norma analizada (DA 44 LGSS)

exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional.

Y dicha interpretación no puede sino llevar a considerar que

Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina,

⁴ El extinto SOVI (Seguro obligatorio de vejez e invalidez) estuvo en vigor desde 1939 hasta 1967 para cubrir situaciones de jubilación e incapacidad permanente. Actualmente, es un régimen residual de la Seguridad Social que se aplica a aquellos trabajadores que cotizaron antes de 1967 y, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, no tengan sin embargo derecho a pensión en el actual Sistema de la Seguridad Social.

el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia.

Poco después de este pronunciamiento, el legislador modificó el precepto cuestionado para eliminar la referencia a «cualquier régimen de la Seguridad Social» que había motivado el debate en torno a la aplicación de la bonificación en la cotización a las pensionistas del SOVI⁵.

La perspectiva de género resultará igualmente determinante en la solución aportada por la STS de 29 de enero de 2020 (Rº 3097/2017)⁶, también en relación con la protección del SOVI. En este caso, se trataba de determinar si se puede causar derecho a la prestación en favor de familiares cuando la persona causante es pensionista del SOVI, un sistema que tan solo contempla las pensiones de vejez e invalidez. El Tribunal reconoce abiertamente que los preceptos legales implicados son neutros y no encierran un trato desfavorable para las mujeres. Pero advierte que el colectivo que integra el SOVI es abrumadoramente femenino⁷ de manera que

la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado.

La conclusión es la extensión a los y las pensionistas del SOVI del derecho a causar prestaciones en favor de familiares.

No menor importancia tienen las SSTS de 20 de mayo de 2009 (Rº 3749/2008) y de 26 de septiembre de 2018 (Rº 1352/2017). El interés de estos pronunciamientos reside en que en estos casos la perspectiva de género sirve, no para ampliar en favor de las mujeres un determinado derecho, sino para asegurar que la aplicación de una norma no perjudica los objetivos de corresponsabilidad, desde el presupuesto de que solo la corresponsabilidad permitirá superar la tradicional asignación a las mujeres de las tareas de cuidado. En estos casos, se trataba de una norma que, a efectos de que el otro progenitor distinto de la madre biológica pudiese disfrutar de la prestación por paternidad, exigía que «la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto». Advierte el Tribunal Supremo que una interpretación literal de esta norma perjudicaría al otro progenitor, dificultando u obstaculizando el ejercicio de su derecho. Aunque no se diga expresamente, subyace en estos pronunciamientos la finalidad de aplicar una norma evitando una interpretación formal y rigurosa cuyo único efecto sería dificultar las posibilidades de que el otro progenitor disfrute de su derecho de suspensión del contrato por paternidad. La interpretación conforme a la perspectiva de género, en la medida en que favorece que el otro progenitor distinto de la madre biológica disfrute de los descansos para el cuidado del hijo, permite que la aplicación de la norma no ahonde en la distribución sexista de las responsabilidades familiares.

Por su parte, la ya citada STS de 6 de febrero de 2020 (Rº 3801/2017) abordó la interpretación el art. 208.1.b) LGSS que, como ya se comentó, en la versión vigente

⁵ Actualmente, es el art. 235 LGSS el que acoge este beneficio.

⁶ Un comentario a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, puedes consultarse en Rivas (2020).

⁷ A fecha de 1 de febrero de 2020, según la información suministrada por el portal virtual de la administración de la Seguridad Social, 25.859 de los pensionistas de vejez SOVI eran hombres y un total de 231.464 titulares eran mujeres.

en aquel momento solo contemplada el cómputo como cotizado, para acceder a la jubilación anticipada, de los períodos de servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria. En este caso, la apelación a la perspectiva de género se hace para atender a la función que al principio de igualdad de trato y de oportunidades reconoce la LOI, afirmando que «la función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado». De forma tal que únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del art. 208.1 b) LGSS, que determina la inclusión del servicio social femenino a efectos del cómputo ficticio de cotizaciones para acceder a la jubilación anticipada, se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres.

Pueden mencionarse también algunos pronunciamientos en los que la perspectiva de género ha servido para incluir en la noción de «enfermedad profesional» padecimientos o dolencias que no estaban tipificados como tales por la norma⁸. Recuérdese que el concepto de enfermedad profesional, que permite una protección cualificada en el sistema de protección social, se reserva en exclusiva para aquellas contraídas a consecuencia de un trabajo en las actividades especificadas y tipificadas normativamente.

En este sentido, la STS de 20 de septiembre de 2022 (Rº 3353/2019) califica como enfermedad profesional las dolencias, en el caso concreto la «rotura de manguito izquierdo rotador», padecidas por una limpiadora, a pesar de que las mismas no estaba incluida en el cuadro de enfermedades profesionales vigente (RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro). Lo interesante de esta sentencia es que, a los argumentos que ya se habían manejado en anteriores pronunciamientos para llegar a la misma conclusión⁹, se añade ahora la aplicación de la perspectiva de género, con un razonamiento que refuerza las conclusiones ya señaladas y supone un avance significativo en cuanto facilita a las trabajadoras que padecen dolencias como las citadas la declaración de enfermedad profesional. El Tribunal Supremo recuerda que la profesión de limpiadora es una profesión feminizada y no aparece contemplada en el RD 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, especialmente movimientos repetitivos. A ello se añade que en el cuadro de enfermedades profesionales del apartado 2, letra D del RD 1299/2006, aparecen profesiones masculinizadas –como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles, etc.–, otras en que la presencia de trabajadores de ambos性 es equilibrada –como carniceros, pescaderos–, pero no aparecen mencionadas profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas.

⁸ Un análisis monográfico de esta cuestión puede consultarse en Lousada (2021).

⁹ Las anteriores SSTS de 5 de noviembre de 2014 (Rº 1515/2013); de 18 de mayo de 2015 (Rº 1643/2014), de 13 de noviembre de 2019 (Rº 3482/2017); de 6 y 7 de julio de 2022 (Rº 3579/2019, 2531/2021; 3850/2019 y 3442/2019) ya habían extendido el concepto de enfermedad profesional a profesiones típicamente feminizadas en supuestos no expresamente contemplados en la norma reglamentaria que tipifica las enfermedades profesionales, aunque en dichos pronunciamientos no se había apelado a la perspectiva de género.

Sin embargo, las tareas realizadas por las limpiadoras conllevan esencialmente esfuerzo físico, requiriendo en numerosas ocasiones mantener los codos en posición elevada –como en la limpieza de techos, paredes, etc.– o que tensen los tendones –como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo–, esfuerzos y movimientos que, en definitiva, encajan con la descripción realizada por la norma reglamentaria. Todo ello conduce a la conclusión de que la no inclusión de esta profesión en el cuadro de enfermedades profesionales supone una discriminación indirecta. Conclusión de la que deriva la declaración de existencia de enfermedad profesional en los supuestos mencionados.

Pueden citarse, en fin, otros pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los que la interpretación con perspectiva de género ha permitido considerar, por ejemplo, que la incapacidad permanente absoluta reconocida a una trabajadora, como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto, no debe considerarse derivada de enfermedad común sino de accidente no laboral, lo que supone una mayor y mejor protección (STS de 2 de julio de 2020, Rº 201/2018). O para reconocer el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho a la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento (STS de 14 de octubre de 2020, Rº 2753/2018) o, en fin, para concluir que, a efectos del subsidio por desempleo de mayores de 55 años, los períodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto a efectos de la pensión de jubilación como del propio subsidio (STS 23 de junio de 2022, Rº 646/2021).

4. Límites a la perspectiva de género: función integradora y función creadora del poder judicial

La perspectiva de género tiene, no obstante, sus límites¹⁰. Y una muy reciente sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo ha venido a ponerlo de manifiesto. El asunto remite a la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos que, en la normativa actualmente vigente, se extiende a diecisésis semanas para cada progenitor. El problema surge porque, en el caso de familias monoparentales, no está prevista normativamente ninguna excepción o regla particular de modo que, existiendo un único progenitor, se le reconoce únicamente a este el derecho a la prestación durante las diecisésis semanas que le corresponden. Es este un tema que había suscitado respuestas contradictorias en la doctrina de suplicación¹¹ y sobre el que el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de pronunciarse. Y en el que, desde luego, la perspectiva de género podía encontrar un terreno propicio para su juego.

La Sentencia de 2 de marzo de 2023 (Rº 3972/2020) aborda esta cuestión y resuelve descartando que deba reconocerse a la persona titular de la familia monoparental el derecho a disfrutar de dos períodos de descanso por nacimiento de hijo y, por tanto, de la correspondiente prestación de la Seguridad Social durante los

¹⁰ En diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo se ha rechazado la aplicación de la perspectiva de género para interpretar una norma o anular una decisión empresarial, bien porque no se apreciaba un efecto discriminatorio (STS de 12 de marzo de 2020, Rº 209/2018), bien porque concurrían razones objetivas que justificaban una determinada decisión (STS de 25 de mayo de 2015, Rº 307/2013, y STS de 13 de julio de 2020 (Rº 155/2018).

¹¹ La STSJ Canarias/Las Palmas, de 24 de enero de 2023 (Rº 1910/2021) denegó el reconocimiento del derecho, en favor de la madre en una familia monoparental, a disfrutar del periodo de prestación por nacimiento y cuidado que correspondería, en su caso, al otro progenitor. En sentido contrario, la STSJ Cataluña, de 29 de noviembre de 2022 (Rº 1552/2022) había reconocido tal derecho, apelando al interés del menor y a la discriminación indirecta que una solución contraria generaría sobre las mujeres, teniendo en cuenta la composición femenina abrumadoramente mayoritaria de las familias monoparentales.

citados períodos. Los argumentos sustantivos de la sentencia son, sin duda, incontestables. Además de recordar que tal derecho no está reconocido expresamente por la norma, se apunta que acoger la pretensión y reconocer el derecho a la prestación en los términos solicitados,

supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolíjamente establece el apartado 4 del art. 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

La sentencia aborda también el asunto desde la perspectiva de la protección del interés del menor y de la perspectiva de género¹². Sin embargo, en lo que ahora interesa, señala el Tribunal que, en este caso, la interpretación con perspectiva de género no resulta determinante para la resolución. Recuerda la sentencia que

No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende a corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

Esta última afirmación se refuerza recordando que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del art. 48.4 ET para incorporar una expresa previsión de que «en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera» (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

La sentencia va acompañada de un Voto Particular en el que se defiende una solución distinta a la adoptada por la mayoría de la Sala. El argumento principal remite a la tutela del interés del menor. Pero también se apunta a la perspectiva de género para señalar que

la sala ya ha realizado en precedentes ocasiones esa interpretación integradora de las normas laborales y de seguridad social aplicables para proyectarlas sobre supuestos no expresamente contemplados en dichas normas. Y la Sala ha llevado a cabo esa

¹² La perspectiva de la igualdad y no discriminación de la mujer, así como la protección de la infancia, son los principales argumentos utilizados por la doctrina judicial de suplicación antes citada para reconocer a las familias monoparentales del derecho a disfrutar de los dos períodos de la prestación por nacimiento de y cuidado de hijos que se reconocen a las familias con dos progenitores.

interpretación integradora en base, precisamente, al interés superior del menor y a la perspectiva de género.

No le falta razón al Voto particular porque, en efecto, acudiendo a la interpretación con perspectiva de género, se ha extendido la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social. Un ejemplo significativo es, sin duda, la ya citada STS por la que se incorporaba al art. 208.1b) LGSS a las mujeres que hubieran cumplido el servicio social obligatorio. Pero también la STS de 23 de junio de 2022, Rº 646/2021, ofrece también un claro ejemplo de cómo se ha aceptado la solución contraria. La sentencia, recuérdese, debía decidir si los beneficios de cotización asimilados por parto, que la LGSS reconoce exclusivamente a efectos de las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, deben aplicarse también a efectos de otros subsidios o prestaciones. La sentencia reconoce expresamente que

el tenor literal del precepto y la persistencia de la redacción que circunscribe la eficacia del beneficio a dos concretas pensiones contributivas son argumentos sólidos que juegan en contra de ampliar el ámbito de aplicación a otras prestaciones distintas de las expresamente reconocidas por la norma. Pero la perspectiva de género, junto con otros argumentos, resultará crucial para superar tales obstáculos y declarar la extensión del beneficio.

En definitiva, en estos casos, y en otros muchos de los antes analizados, la interpretación con perspectiva de género determinó la ampliación del ámbito previsto en la norma para incluir en la misma, situaciones no expresamente contempladas.

Por eso resulta especialmente significativa esta sentencia que, en gran medida, rompe con una constante en la doctrina del Tribunal Supremo para abordar de frente el problema de los límites del criterio hermenéutico de la perspectiva de género. Y es que, en efecto, resulte más o menos compatible la solución alcanzada por este último pronunciamiento del Tribunal Supremo¹³, lo que resulta innegable es que trae a un primer plano la posibilidad de fijar límites a la aplicación del canon de la perspectiva de género. Una cuestión que ya había sobrevolado en anteriores sentencias en las que, subrepticiamente, se abordaba hasta qué punto la labor judicial puede complementar o incluso sustituir la función del legislador¹⁴.

La STS de 2 de marzo de 2023 aborda sin ambages el problema de la posible colisión entre las funciones legislativa y judicial. Se recuerda que la función de jueces y tribunales

[...] es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que,

¹³ Vid la interesante crítica a este pronunciamiento de Monereo (2023).

¹⁴ La STS de 23 de junio de 2022 (Rº 646/2021) se cuidaba de señalar que con la aplicación de este canon hermenéutico no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador. Mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas, sino únicamente de constatar de que las pautas interpretativas derivadas de la Constitución y de la LOI permiten interpretar en un determinado sentido la norma cuestionada.

razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

Creo que aquí está el verdadero nudo gordiano del asunto. La gran cuestión es diferenciar entre aquellos supuestos en los que se trata de interpretar una norma (cuando esta existe) y aquellos en los que se trata de sustituir, crear o completar una norma (cuando esta falta) (Laporta, 2007, p. 171). Una distinción –que ya se planteaba abiertamente en el Voto Particular a la STS de 12 de febrero de 2021 (Rº 2839/2019), cuando se señalaba que la función de los tribunales opera no solo ante la ausencia de una norma aplicable sino también cuando «la norma no considera la igualdad de sexos que debió haber considerado» (Moll, 2021, p. 94)– en absoluto sencilla y que no resuelve siempre el problema puesto que, como se puede apreciar en los casos hasta ahora analizados, en muchos de los supuestos donde se apela a la perspectiva de género para resolver el conflicto suscitado, la norma no ofrece una solución específica ni excluye expresamente determinados efectos de su aplicación. La cuestión es si existe una norma implícita que permita al órgano judicial, sin incurrir en la creación de una norma nueva, obtener una norma general en la que apoyar su decisión. La noción de derecho implícito supone que al lado o por detrás de las reglas que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento hay otras que reglas en estado latente que se pueden obtener a partir de aquellas y ser aplicadas a un caso para el que las reglas visibles o explícitas no parezcan dar solución (Laporta, 2007, pp. 212-213).

En el caso particular de los asuntos que en la jurisdicción social se abordan desde la perspectiva de género, el derecho implícito se encontraría en los principios o valores vinculados a la igualdad material y a la prohibición de discriminación recogidos en la Constitución y en normas europeas e internacionales. Pero esos principios o valores, que aún no explícitos, pueden servir para interpretar la norma –y avalan la aplicación extensiva que el Tribunal Supremo ha realizado en ocasiones– no son suficientes para diseñar mandatos normativos que el legislador no ha contemplado.

A ello se añade que no le corresponde al juez ordinario realizar esa función integradora de la norma explícita a partir de los principios extraídos del texto constitucional, máxime cuando el contexto permite apreciar que el mandato o prescripción que incorpora la norma no responde a una omisión involuntaria por el legislador.

La sujeción de los tribunales al imperio de la ley y al orden constitucional exige que, cuando los tribunales aprecien la posible contradicción u oposición de una norma a los derechos y principios recogidos en el texto constitucional, deben cuestionarlas ante el Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y art. 35.1 LOTC). Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la posibilidad de interpretar las normas tiene también sus límites y no puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice» (STC 34/1981, 22/1985 y 222/92). Como se ha señalado (Moll, 2021, pp. 95-96), «la posibilidad de dictar sentencias interpretativas de las normas, dotándoles de un significado sustancialmente distinto al que derivaría de su literalidad para así, y solo así, mantener su vigencia conforme al texto constitucional es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional».

Este ha sido, precisamente, el camino que ahora, tras la sentencia de Tribunal Supremo que se comenta, han acogido los tribunales cuando entienden necesario interpretar que las familias monoparentales tienen derecho a disfrutar de la prestación

por nacimiento y cuidado de hijos que la normativa reconoce al otro progenitor distinto de la madre biológica. Pocos días después de hacerse pública la STS de 2 de marzo de 2023, el TSJ del País Vasco¹⁵, ante una nueva reclamación de reconocimiento del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de hijo por parte de una mujer titular de una familia monoparental, ha planteado cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹⁶ alegando, entre otras razones, la discriminación indirecta que la negativa a reconocer la citada prestación genera sobre las mujeres, que son las que mayoritariamente ocupan la titularidad de las familias monoparentales.

En caso de admitirse esta cuestión, será el Tribunal Constitucional quien deba valorar si cabe una interpretación de la norma conforme a la Constitución que colme el vacío o la omisión normativa o si, por el contrario, procede expulsar la norma del ordenamiento, remitiendo al legislador la elaboración de una norma acorde con los principios y valores constitucionales. Estaremos atentos.

Bibliografía

- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lousada Arochena, J. F. (2016). La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social. *Revista de Derecho Social*, 76, 39-58.
- Lousada Arochena, J. F. (2021). *Las enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (2020). Una cuestión de género en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo. *Trabajo y Seguridad Social, Centro de estudios financieros*, 453, 5-30. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.900>
- Moll Noguera, R. (2021). La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más? *Labos. Revista de Derecho de Trabajo y Protección Social*, 2, 2, 83-98. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6218>
- Monereo Pérez, J. L. (2023). Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista? *Revista de jurisprudencia laboral*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002393.
- Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *IQual. Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. <https://doi.org/10.6018/iqual.341501>
- Rivas Vallejo, P. (2020). Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares. *Revista de jurisprudencia laboral*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-0000000851.

¹⁵ El mismo que había dictado la sentencia reconociendo la acumulación del derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijos a las familias monoparentales luego casada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de marzo de 2023.

¹⁶ Auto de 23 de mayo de 2023.

Perspectiva de género en el ámbito del derecho civil

Gender perspectives in civil law

Pilar Álvarez Olalla
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0002-9609-0375
pilar.alvarez.olalla@urjc.es

Cita recomendada:

Álvarez Olalla, P. (2023). Perspectiva de género en el ámbito del derecho civil. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 375-385

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8008>

Recibido / received: 06/03/2023

Aceptado / accepted: 26/07/2023

Resumen

El Derecho civil, como rama del ordenamiento que regula los aspectos más esenciales del individuo, es especialmente sensible a la influencia que la perspectiva de género ha de tener en la reforma de instituciones tradicionalmente reguladas por leyes fruto de concepciones patriarcales, machistas y discriminatorias, principalmente en el derecho de familia, pero también en el ámbito de la contratación civil y mercantil y en el ámbito de la responsabilidad civil

Palabras clave

Derecho civil, discriminación, igualdad, custodia compartida, responsabilidad civil, violencia de género.

Abstract

Civil Law, as a branch of the legal system that regulates the most essential aspects of individuals, is especially sensitive to the influence that gender perspective must have on the reform of institutions traditionally regulated by laws resulting from patriarchal, sexist and discriminatory conceptions, mainly in family Law but also in the field of civil and commercial contracts and in the field of civil liability.

Keywords

Civil Law, discrimination, equality, shared custody, civil liability, gender violence.

SUMARIO. 1. Perspectiva de género y derecho de familia. 2. Perspectiva de género y derecho de contratos. 3. Violencia de género y responsabilidad civil. 4. Conclusión.



1. Perspectiva de género y derecho de familia

El derecho civil, en la medida en que tiene por objeto regular las relaciones entre sujetos particulares en los aspectos más esenciales del individuo (derechos de la personalidad, derechos de familia, derechos sobre el uso e intercambio de bienes, derecho a la reparación de los daños, etc.), es especialmente sensible a la perspectiva de género. La lucha por los derechos de las mujeres incide en múltiples instituciones de derecho civil y en este trabajo trataremos de resaltar las influencias más relevantes.

Nuestro Código es heredero del Código Civil francés, promulgado en 1804. Relata Espin Cánovas en el discurso de apertura del curso académico 1969-1970 en Salamanca, titulado *La capacidad jurídica de la mujer casada*, al referirse a la concepción que Napoleón tenía de las relaciones entre hombres y mujeres, que este llegó a afirmar que: «La naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas. El marido tiene derecho a decir a su mujer: Señora, no saldréis, Señora, no iréis a la comedia, Señora, no veréis a tal persona, es decir, Señora, me pertenecéis en cuerpo y alma» (Espin Canovas, 1969, pp. 1-2). A pesar de que en los primeros proyectos de Código Civil francés se proclamaba la igualdad de hombres y mujeres, la marcada concepción patriarcal de las relaciones entre marido y mujer del propio emperador tuvo una influencia decisiva en la regulación del matrimonio en el código. Ello motivó que la codificación terminase mutilando la capacidad de obrar de la mujer casada, a pesar de que el proceso codificador fue fruto de una revolución francesa que proclamaba los derechos a la libertad, fraternidad e igualdad de todos los hombres. En efecto, de los hombres. El movimiento feminista que se gestó con la revolución francesa terminó con la cabeza de Olimpia de Gouges, autora de la *Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana* (1791), rodando por la guillotina de Robespierre, dos años más tarde.

En España, nuestra Constitución de 1931 estableció la igualdad de derechos «para ambos sexos» dentro del matrimonio en el artículo 43, pero su vigencia fue fugaz y motivó escasas y también fugaces reformas legislativas al respecto. A continuación, en el ámbito internacional, y auspiciada por Naciones Unidas, se promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, que declaró la igualdad de hombres y mujeres. No es sino hasta mediados del siglo XX cuando comienza a reconocerse la igualdad de forma generalizada en los países de nuestro entorno. En 1942 se suprime en Francia la licencia marital y en Alemania se produce la equiparación jurídica en 1957.

En España, nuestro Código de 1889 estableció que la mujer casada debía obediencia al marido y que la misma era incapaz para los actos de la vida civil, pues se hallaba bajo la representación de su marido y necesitaba licencia marital para actos como aceptar o repudiar herencias, pedir la partición, ser albacea, aceptar mandato, adquirir a título oneroso o lucrativo, enajenar bienes u obligarse. La mujer soltera tenía reconocida capacidad de obrar excepto para desempeñar cargos tutelares o ser testigo en testamentos. Los avances en materia de género se demoraron en España más que en otros países, como consecuencia del ideario del régimen franquista; si bien, las limitaciones para la mujer soltera antes mencionadas desaparecieron en la reforma del código que tuvo lugar en 1958, sin embargo, respecto a la mujer casada, esta seguiría sometida a la licencia marital, hecho que el legislador de 1958 justificaba en la exposición de motivos de esta ley de reforma, de esta manera:

Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un

régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges.

Al menos, en esta reforma, se introdujo la necesidad de que la mujer casada prestase su consentimiento para la enajenación de bienes gananciales inmuebles y establecimientos mercantiles por parte del marido. Como es sabido, la licencia no desaparece hasta la reforma del código operada por ley de 2 de mayo de 1975, momento a partir del cual la mujer casada tendrá capacidad de obrar y podrá disponer por sí sola de los bienes parafernales, aunque el marido seguirá siendo el titular de la patria potestad y administrador de la sociedad de gananciales.

La reforma de 13 de mayo de 1981 ya iguala a la mujer en la titularidad y ejercicio de la patria potestad y en las facultades sobre los bienes gananciales; pues esta reforma se lleva a cabo, precisamente, para adaptar el derecho de familia contenido en el código a la nueva Constitución de 1978.

En la reforma de 7 de julio de ese mismo año, se aprueba un nuevo régimen aplicable a las crisis matrimoniales. La regulación de los efectos de las crisis matrimoniales es un espejo en el que se reflejan los cambios que se han producido en nuestra sociedad, en la forma de concebir el matrimonio y las relaciones entre los cónyuges desde 1981. No hay más que cotejar los cambios legislativos y, muy especialmente, la interpretación jurisprudencial de los preceptos que regulan las crisis matrimoniales para constatar cómo ha cambiado la concepción del matrimonio y de los roles del hombre y la mujer dentro de él; cambio que se pone de manifiesto, como decimos, no solo a través las intervenciones del legislador, modificando la primigenia regulación de la Ley 30/1981 de 7 de julio, sino, muy especialmente, en el modo de interpretar esta regulación por parte de nuestros tribunales.

En la década de los 80, una gran parte de los matrimonios a los que era aplicable la regulación de los efectos de las crisis matrimoniales estaba conformada por maridos que trabajaban fuera del hogar y mujeres dedicadas a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos. Pervivían, de forma muy acusada, los roles de hombres dedicados a tareas profesionales y mujeres «cuidadoras». Esta concepción tradicional del matrimonio supuso la persistencia de cierta idea de la separación o divorcio como sanción, lo cual trajo consigo, por ejemplo, la existencia de una causalización de ambos procedimientos de crisis en caso de que la separación o divorcio fuesen deseados solo por uno de los cónyuges, debiendo estar fundada la petición en el cese de la convivencia o en la prueba de que su consorte había incurrido en violación grave o reiterada de los deberes conyugales. Una vez se determinaba que era factible decretar la separación o divorcio, en un altísimo porcentaje, la guarda y custodia de los hijos menores se atribuía a la madre, junto con el uso y disfrute de la vivienda familiar y la imposición al marido de la obligación de abonar alimentos a los hijos menores; así como, en su caso, pensión compensatoria a favor de la madre, salvo que esta percibiese algún salario por actividad profesional o laboral.

En concreto, en el ámbito de las relaciones paternofiliales, el mantenimiento de los roles tradicionales atribuidos a cada cónyuge motivó que inicialmente no se contemplara expresamente como régimen de guarda la custodia compartida, que no accede al código sino a través de la reforma del artículo 92 operada por Ley 15/2005; con las consecuencias que la constitución de este régimen de guarda trae, a su vez, en aspectos tales como el establecimiento de la obligación de abonar alimentos a los menores y la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. No solo a través de la acción legislativa, sino también, muy especialmente, a impulso de la jurisprudencia del tribunal superior y su apuesta decidida por el régimen de custodia compartida, con las que se han ido superando los prejuicios de género que, en buena medida,

inspiraban la reforma de 1981, hasta el punto que el propio tribunal superior, desde la sentencia de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/4606), concibe la custodia compartida como la regla general de atribución de la guarda de los menores, en caso de crisis del matrimonio o de la convivencia de los padres; siempre que, de su aplicación, no se deriven consecuencias negativas para el «interés del menor». Ello incide de manera frontal en la descomposición del papel de la mujer como «cuidadora», reconociendo la misma capacidad tuitiva y protectora a ambos progenitores y corresponsabilizándolos al mismo nivel de los deberes que para con los hijos establece el artículo 154 CC, especialmente, los de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

Con relación a este papel de «cuidadora» tradicionalmente atribuido a la mujer, no queremos dejar de mencionar un reciente estudio llevado a cabo por García Goldar (2021, pp. 307-329) en el que la autora llama la atención respecto al sesgo que se manifiesta en la jurisdicción civil a la hora de examinar con más rigor el cumplimiento del deber de cuidar al testador, cuando este es impuesto a una mujer en el caso de disposiciones testamentarias «con deber de cuidar al testador». La autora concluye al respecto que «los cuidados no se valoran siempre con el mismo rigor, sino que se observan importantes diferencias en función del sexo del cuidador. La jurisprudencia española es definitivamente más estricta con las cuidadoras y mucho más laxa con los cuidadores».

Volviendo a la cuestión de la custodia compartida, la doctrina del tribunal supremo en virtud de la cual este régimen de guarda debe considerarse «regla general» *a priori*, es impecable, ello si no fuera porque, como en muchas ocasiones denuncian los abogados de familia, la custodia compartida se solicita con el fin de evitar el pago de alimentos o, en el peor de los casos, puede constituir un arma arrojadiza contra la mujer en situaciones de violencia de género.

Como es sabido, las medidas civiles que el Código Civil prevé para los casos de crisis matrimoniales o de ruptura de la convivencia serán competencia de los juzgados de violencia de género (artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) en caso de que esta se haya producido en el seno de una relación matrimonial. Dada la elevada incidencia de la llamada «violencia vicaria», la preocupación del legislador por evitar que los menores sean victimizados se manifiesta en las sucesivas reformas del artículo 92 del CC, siendo la última de ellas la operada por Ley 16/22 de 5 de septiembre. Según establece hoy el precepto, no es posible acordar la custodia compartida en los casos en los que «cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos» o cuando el juez «advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género» o bien cuando se aprecie «la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

También se puede apreciar la preocupación del legislador por evitar la instrumentalización de los hijos como medio para causar sufrimiento a la mujer en la regulación del régimen de visitas, con la reforma operada en el artículo 94 CC por obra de la Ley 8/2021 que impide que se establezca régimen de visitas o que continúe el existente, cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones y pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. También cabe recordar la reforma del artículo 156 CC operada por Decreto Ley 9/2018 en virtud de la cual, en caso de sentencia firme o proceso iniciado contra un progenitor por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral

o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, basta el consentimiento del otro para que se preste a los menores atención y asistencia psicológica, debiendo ser simplemente «informado» el progenitor que ha incurrido en estas conductas. También puede tomar la decisión por sí misma la madre cuando esté recibiendo asistencia de un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie un informe emitido por dicho servicio. Igualmente, pueden mencionarse las sucesivas reformas operadas en el artículo 158 CC que permiten la suspensión cautelar de visitas o guarda a fin de apartar al menor de un peligro, introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, medidas que antes solo se encontraban recogidas en la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género.

Refiriéndonos ya al ámbito de las relaciones económicas de los cónyuges, la mayoría de los matrimonios sometidos al derecho común regían sus relaciones por la sociedad de gananciales, que aseguraba la percepción de un patrimonio igual en valor a ambos cónyuges a la extinción del régimen que tendría como base las ganancias obtenidas durante el matrimonio (excepción hecha de donaciones y herencias recibidas) por cualquiera de ellos. Sin embargo, con el devenir de los años, el régimen separatista gana cada vez más adeptos. Así, en el año 2007, de un total de 201.579 matrimonios celebrados¹, 18.925 pactaron antes de contraer matrimonio el régimen de separación de bienes². En 2021, se celebraron 143.515 matrimonios³, y se pactaron 25.588 regímenes de separación⁴. Al momento de redactar este comentario no están publicados los datos relativos a los matrimonios celebrados en el año 2022, pero sí las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio y ascienden a 28.000 a nivel nacional; siendo un dato al que hay que sumar los casos en los que el matrimonio se celebra en comunidades cuyo derecho civil especial establece el régimen separatista como régimen supletorio de primer grado. Aunque aún persisten ámbitos en los que las diferencias de capacidad económica de cada cónyuge siguen muy acentuadas por géneros, cada vez se va generalizando más un modelo de pareja conyugal en el que ambos tienen sus propios ingresos, y contribuyen con ellos a satisfacer las cargas del matrimonio; vía calificación de tales ingresos como bienes gananciales, bien de forma proporcional a recursos en el régimen separatista. El matrimonio se ha dejado de concebir como una unión de por vida, siendo una institución que tiende, hoy en día, a constituir una comunidad de apoyo y ayuda mutua mientras dura la *affectio*, pero llamada a disolverse cuando el amor de ambos progenitores termina, si es que ello ocurre. El matrimonio ya no se concibe como un medio de vida para uno de los cónyuges; y, especialmente, si se pacta el régimen de separación de bienes, no puede concebirse como una institución que perpetúe tras su disolución el nivel de vida disfrutado durante el tiempo que ha durado la unión conyugal.

Aunque no se trata de una estricta cuestión de derecho de familia, también la perspectiva de género ha tenido incidencia en el ámbito de la regulación del derecho al nombre, en concreto, a los apellidos. La Ley del registro civil de 1957 y su reglamento de 1958 establecían la prevalencia del apellido paterno sobre el materno. La Ley de 1999 sobre nombre y apellidos modificó el artículo 109 CC al conceder a los padres la posibilidad de optar, de no hacerlo, se mantendría el orden anterior. La Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad, modificó el artículo 44 de la Ley del registro civil de 2011 en el sentido de que, si los padres no se ponían de

¹ Véase: Instituto Nacional de Estadística (2007 a 2022).

² Véase: Centro de Información Estadística del Notariado (2007 a 2022).

³ Véase: Instituto Nacional de Estadística (2027 a 2022).

⁴ Véase: Centro de Información Estadística del Notariado (2007 a 2022).

acuerdo, el encargado del registro civil impondría los apellidos en el orden que estimare conveniente atendiendo al «interés superior del menor». Esta regulación es la vigente en el momento actual con la única matización de que la Ley 4/2023 (Ley trans) ha modificado el artículo 109 CC sustituyendo el término «padres», por «progenitores».

2. Perspectiva de género y derecho de contratos

Resulta obligado hacer una mención, en el ámbito de la contratación privada (y pública), a la prohibición de discriminación contenida en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su artículo 69 establece que las personas físicas o jurídicas, que suministren bienes o servicios disponibles para el público, están obligadas al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. En concreto, en el ámbito del cálculo actuarial de primas de seguro, el artículo 71 prohíbe que el sexo sea un factor de cálculo de la prima y de la determinación de las prestaciones a favor de la persona asegurada. El artículo 72 establece una obligación de indemnizar daños y perjuicios en el caso de incumplimiento de esta obligación de no discriminación.

En sentido similar se pronuncia la más reciente Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación, en su artículo 17, si bien esta ley no se centra solo en la discriminación por razón de sexo, sino que prohíbe la discriminación por cualquier otra causa (nacionalidad, religión, raza, edad, discapacidad, orientación sexual, enfermedad, etc.), el artículo 20, en concreto, se refiere a la interdicción de discriminación en los contratos de venta de vivienda o local de negocio, alquiler, intermediación, portales de internet, etc. Se prohíbe rehusar una oferta por estos motivos, al igual que aplicar distintos términos o condiciones al contrato.

Ello es especialmente relevante en la medida en que la inteligencia artificial y los algoritmos que son su herramienta principal, cada vez tienen más protagonismo en la contratación en masa de bienes y servicios. Los algoritmos se nutren de informaciones previas cargadas de sesgos, las cuales se reproducen al tomar decisiones tales como conceder o no un crédito a una mujer, o hacerlo a un determinado tipo de interés (Garijo, 2021). Se trata de una preocupación a la que hace frente también la Ley 15/2022, antes mencionada, que en su artículo 23 prevé que tanto las Administraciones Públicas como las empresas privadas promuevan el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido, en referencia a las previsiones contenidas en la Propuesta de reglamento de inteligencia artificial (Consejo de Europa, 2022).

Cabe también mencionar, por último, en el ámbito del derecho civil patrimonial, la existencia de una corriente favorable a sustituir el término, tan utilizado en nuestro código como criterio que mide la diligencia, del «buen padre de familia» por el parámetro anglosajón de «persona razonable». El Ministerio de Justicia estudia esta posibilidad mientras que, en Francia, la modificación se produjo en 2014.

3. Violencia de género y responsabilidad civil

Por último, para finalizar con las incidencias más relevantes de la perspectiva de género en el ámbito del derecho civil, me referiré a un aspecto estudiado por mí en profundidad en el libro *Violencia de género y responsabilidad civil* (Álvarez Olalla, 2020), que no es otro sino el problema de la infra-indemnización en la reparación del daño a la víctima de la violencia de género.

Para introducir la cuestión partamos de un ejemplo: ¿cómo es posible que en el caso enjuiciado por la sentencia del TS (Sala Primera) de 25 de abril de 2019 se indemnice el daño moral causado a un sujeto por su indebida inclusión en un registro de morosos con 10.000 euros; y en el caso enjuiciado por sentencia del TS (Sala Segunda) de 12 de septiembre de 2017 se concedan 1.449 euros a la víctima de una violación por parte de su marido, que resulta condenado por delito de lesiones y violación en el ámbito de la violencia de género con la agravante de parentesco? Las lesiones consistían en «erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona parpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región zigomática derecha que precisó sutura tardando en curar 10 días con perjuicio estético leve no deformante valorado en 4 puntos». La respuesta es clara, solo se indemnizaron las lesiones según baremo. El fiscal recurrió la sentencia de la audiencia, pero solo en sus pronunciamientos penales, al entender que las lesiones no eran leves sino graves, y el TS estimó el recurso, pero la indemnización se mantuvo, pues no fue objeto de recurso.

Podemos preguntarnos, como decíamos al inicio de este epígrafe ¿cuáles son las razones de que conductas que producen daños tan graves sean indemnizadas de manera tan ínfima, en comparación con otras que parecen menos lesivas? Cabría plantearse, en primer lugar, que quizás se haya tenido en cuenta la capacidad económica en el caso enjuiciado por la Sala Primera (el causante del daño es un banco), cualidad que no concurre en el agresor del caso enjuiciado por la Sala Segunda. ¿Es este un criterio que debe tenerse en cuenta para cuantificar el daño? Es comúnmente admitido que la capacidad económica del dañante no debe influir a la hora de fijar la indemnización, sino que esta debe ser determinada por la magnitud del daño causado.

O bien ¿es que a la hora de cuantificar la indemnización en este segundo caso se valora la posible culpa concurrente de la víctima por convivir con el agresor? Cabría pensar que, en definitiva, si la víctima sufre una agresión sexual de su pareja, o cualquier otro modo de violencia de género, debe tener un cierto grado de imputación del resultado por no haber puesto fin a la relación o a la convivencia con el agresor; sería un caso de «autopuesta en peligro» o «asunción de riesgo». Este argumento, obviamente, no puede ser utilizado para justificar una minoración en la indemnización. Precisamente el «ciclo de la violencia» determina la pérdida progresiva de capacidad de defensa, pues los episodios de agresión se combinan con episodios de arrepentimiento y muestras de afecto; por lo que la «autopuesta en peligro de la propia víctima» debe ser desterrada como criterio a tener en cuenta a la hora de valorar la interrupción del nexo causal entre la conducta del agresor y el daño causado.

Lo cierto es que, tras el estudio realizado en la monografía antes citada, llegué a la conclusión de que los factores que influyen en las escasas cuantías indemnizatorias son dos.

1^a Causa: la falta de vertebración de las indemnizaciones. En el caso expuesto se indemnizaron, simplemente, las lesiones conforme a baremo; pero no se individualizaron los daños, sino que se fijó una indemnización global. No se diseccionan los concretos conceptos indemnizatorios, valorando, por un lado, el daño corporal y los daños morales asociados al mismo que estarían incluidos en una indemnización conforme a baremo; y, por otra, los daños morales derivados de la agresión sexual o la vulneración del derecho a la libertad, dignidad o integridad moral que supone esta agresión. En caso de condenas por maltrato habitual, no es objeto de especial pronunciamiento la cuantificación por los daños psicológicos que este genera o el daño a la integridad moral y la dignidad de la mujer que causa cualquier delito de violencia de género, pues todas las agresiones que se producen en ese

ámbito vulneran estos derechos fundamentales. Es más, la articulación de una reparación vertebrada exigiría tener en cuenta que, en la comisión de delitos de violencia de género, junto con la vulneración de bienes jurídicos propios de los tipos comunes (la vida, la integridad corporal o psíquica, la intimidad, la libertad de desplazamiento, la libertad sexual o el derecho a la intimidad y la propia imagen), concurre la vulneración de otro bien jurídico lesionado, el de la integridad moral y la dignidad de la mujer.

De hecho, el motivo de la agravación penológica de las conductas de género es, precisamente, que se lesiona otro bien jurídico diferente a la integridad corporal o psíquica, y es la integridad moral como dimensión o faceta del derecho a la dignidad personal protegido por el artículo 10 CE. El propio Tribunal Constitucional utiliza este argumento para defender la diferencia penológica de los delitos de género frente a las sospechas de inconstitucionalidad. La mayor penalidad está justificada, como señala la STC de 28 de julio de 2010 (RTC 2010/45), porque se trata de una agresión que

supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima.

Resulta necesario, por ello, un pronunciamiento específico respecto al daño moral que causa el maltrato habitual o la agresión sexual, diferenciándolo del daño moral asociado a una lesión corporal o maltrato de obra puntual, o incluso de una lesión psíquica. También puede sugerirse la valoración del daño moral indirecto derivado de lesiones físicas o psíquicas, incrementándolo en un porcentaje, tal y como se viene haciendo en muchos casos por la jurisdicción penal para los delitos dolosos en general. La mayor indemnización no es un castigo al agresor por su intencionalidad, pues creemos que el dolo, por sí solo, no determina una mayor indemnización de cara a la víctima. El dolo será motivo para reclamar una indemnización mayor en la medida en que esa intencionalidad esté relacionada causalmente con la producción de un mayor daño, dolor o lesión a la víctima. En este caso, el daño es mayor que en cualquier otro delito doloso, pues se trata de casos en los que, precisamente, la persona con la que tienes una relación de afectividad, que ha de cuidar de ti y prestarte apoyo, es la que defrauda esa confianza una y otra vez, causando dolor, angustia, humillación y, lamentablemente, también lesiones y muerte.

2^a Causa: las acusaciones particulares no reclaman indemnizaciones proporcionadas y vertebradas. Dada la vigencia del principio de rogación que rige en el ejercicio de la acción civil derivada de delito, si las partes no reclaman una cantidad acorde con el daño causado, el juez no puede concederla. Los delitos de violencia de género se cometan, en muchos casos, en la intimidad del hogar, por lo que la prueba de cargo es la declaración de la víctima, además de los posibles partes médicos. Según la doctrina del TS, uno de los requisitos para tener en cuenta como prueba de cargo el testimonio de la víctima en los delitos de violencia de género es su «verosimilitud»; en el sentido de que no haya sospecha de motivos espurios como venganza, celos u otras finalidades tales como la obtención de ventajas en un procedimiento de separación o divorcio, u otras ventajas de carácter económico como la percepción de una indemnización. Los abogados por mí consultados me comentaron que es habitual que recomiendan a las víctimas no reclamar cuantías significativas, pues el objetivo prioritario es el castigo penal y la protección de la víctima, de modo que actúan en la creencia, quizás no desacertada, de que una reclamación de indemnización acorde con el daño pudiera sembrar la duda en el

tribunal respecto a la veracidad de las declaraciones incriminadoras de la mujer. Para muestra un botón, aunque no se trate de un caso de violencia de género propiamente dicho, pues el presunto agresor no era pareja de la víctima: el caso Alves, en el que la víctima de la presunta violación ha renunciado a la indemnización. Sea como fuere, lo que no tiene justificación es que el Ministerio Fiscal, cuyo *petitum* indemnizatorio no podría llegar a empañar la veracidad del testimonio de la víctima, no esté solicitando indemnizaciones vertebradas ni proporcionales al daño causado.

Una sentencia como la que hemos expuesto está enviando al agresor un mensaje claro: está en lo cierto, la dignidad e integridad moral de la mujer no vale gran cosa. Le está reafirmando en su conducta discriminatoria en lugar de forzarle a reconocer los derechos y la dignidad de la víctima mediante el abono de una adecuada indemnización. Con el castigo penal el delincuente es consciente de que ha transgredido una norma, de que ha realizado una conducta contraria al ordenamiento y lesiva para la sociedad; pero, además, debería enfrentarse al daño causado a la víctima, mediante el abono de una indemnización adecuada, máxime cuando mediante la reparación va a conseguir atenuar la pena, beneficios penitenciarios y la posibilidad de pedir la suspensión de la condena.

La correcta indemnización de la víctima propicia que el agresor tome conciencia de que no solo ha ofendido a la sociedad con su conducta, sino que también le obliga a enfrentarse al reconocimiento de la dignidad de la víctima. Si negamos una indemnización proporcionada al daño moral estamos enviando un mensaje al agresor de que, en efecto, la integridad moral de la mujer, su libertad y su dignidad no tienen valor alguno. El hecho de que el agresor tenga que saldar cuentas, no ya con la sociedad, sino con la víctima, le enfrenta cara a cara a los valores constitucionales que se niega a reconocer. Una infra-indemnización revictimiza a la mujer, pues viene a sufrir una nueva vulneración en su integridad moral y dignidad, en esta ocasión, por parte de la administración de justicia.

También cabe resaltar la ausencia de indemnización a los menores que presencian los episodios de violencia. Sin duda, el daño moral sufrido por los menores que viven en un hogar en el que el fenómeno de la violencia de género está presente son los grandes olvidados en el procedimiento penal a la hora de obtener la indemnización que por daño moral les correspondería. Salvo que fallezca la madre, en cuyo caso se les indemniza con cantidades que oscilan entre los 55.000 y los 100.000 euros (y no se tiene en cuenta que ello implica, de facto, la pérdida de los dos padres, tal y como exigiría el baremo), no suelen percibir indemnización alguna por daño moral, especialmente justificada cuando han presenciado homicidios o asesinatos en grado de tentativa.

A la luz de lo visto, parece que lo más recomendable es aconsejar a las víctimas reservarse la acción civil para entablarla ante la jurisdicción civil, que es más sensible al reconocimiento del daño moral, pero razones de economía procesal parecen no aconsejar tal solución. Cabría defender que las Unidades de Valoración de Violencia de Género, dependientes del Instituto de Medicina Forense, no solo actúen a la hora de valorar el riesgo para la vida o la integridad corporal de la mujer y los hijos, sino que auxilien al Ministerio Fiscal (salvo renuncia o reserva al ejercicio de la acción, obviamente) a la hora de perfilar las indemnizaciones a reclamar, pues las víctimas no lo hacen por las razones apuntadas. Ello ayudaría a valorar adecuadamente los daños corporales, morales, psíquicos, sociales, económicos y laborales que la violencia de género causa. Es necesario pues que el Ministerio Fiscal tome conciencia de la importancia de su papel a la hora de fijar las indemnizaciones.

La necesidad de una más ajustada valoración de los daños se puso de manifiesto en la medida 172 del Pacto de Estado contra la violencia de género (texto refundido de Congreso y Senado publicado en mayo de 2019). En la misma se preveía la determinación de criterios para fijar las indemnizaciones a favor de las víctimas de la violencia de género. Pues bien, parece que el legislador se ha hecho eco de esta demanda, con la introducción, a través de la disposición final novena de la Ley del sí es sí, (Ley 10/2022 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual), de un nuevo capítulo V en la Ley Orgánica 1/2004 de la violencia de género que reza del siguiente modo:

CAPÍTULO V. Derecho a la reparación

Artículo 28 bis. Alcance y garantía del derecho.

Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

Artículo 28 ter. Medidas para garantizar el derecho a la reparación.

1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el apartado siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

2. Las administraciones públicas asegurarán que las víctimas tengan acceso efectivo a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios, que deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos:

- a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad.
- b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.
- d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.
- e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

3. La indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente.

4. Las administraciones públicas garantizarán la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas a través de la red de recursos de atención integral previstos en el Título II. Asimismo, con el objetivo de garantizar la recuperación simbólica, promoverán el restablecimiento de su dignidad y reputación, la superación de cualquier situación de estigmatización y el derecho de supresión aplicado a buscadores en internet y medios de difusión públicos.

Asimismo, las administraciones públicas podrán establecer ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por la especificidad o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención y recuperación. En particular, dichas víctimas podrán recibir ayudas adicionales para financiar los tratamientos sanitarios adecuados, incluyendo los tratamientos de reconstrucción genital femenina, si fueran necesarios.

5. Con el objetivo de cumplir las garantías de no repetición, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las medidas necesarias para que las víctimas cuenten con protección efectiva ante represalias o amenazas.

6. Las administraciones públicas promoverán, a través de homenajes y de acciones de difusión pública, el compromiso colectivo frente a la violencia contra las mujeres y el respeto por las víctimas.

4. Conclusión

Son más de los que parecen los aspectos en los que la perspectiva de género ha de tenerse en cuenta en el ámbito de los distintos sectores del ordenamiento, incluido el derecho civil. Los sesgos gobiernan nuestra vida y son los enemigos silenciosos de la igualdad. Es labor de los juristas detectar su presencia en el entorno legislativo y en las propias decisiones jurisprudenciales en los que estos operan, generando discriminaciones que parecemos normalizar y tener asumidas. Hemos dedicado las páginas anteriores a poner el foco en algunos aspectos en los que la virtualidad de dichos sesgos se ha detectado, en el ámbito del derecho civil, pero es mucha la tarea que queda por delante, siendo imprescindible que la sensibilidad de la sociedad entera evolucione, a fin de avanzar en la consecución de la deseada igualdad proclamada como derecho fundamental en nuestro artículo 14 CE.

Bibliografía

- Álvarez Olalla, P. (2020). *Violencia de género y responsabilidad civil*. Reus.
- Centro de Información Estadística del Notariado. (2007 a 2022). *Estadísticas al completo. Grupo 03 – Contratos por razón de matrimonio y actos relativos a uniones o separaciones de hecho. 301 – Capitulaciones matrimoniales prenupciales de separación de bienes*. <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>.
- Consejo de Europa. (6 de diciembre, 2022). Reglamento de Inteligencia Artificial: el Consejo pide que se promueva una IA segura que respete los derechos fundamentales. *Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea*. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights#:~:text=La%20propuesta%20de%20Reglamento%20presentada,que%20respete%20los%20derechos%20fundamentales>
- Espin Cánovas, D. (1969). *La capacidad jurídica de la mujer casada, discurso de apertura del curso académico*. Universidad de Salamanca.
- García Goldar, M. (2021). Sobre la necesidad de introducir la perspectiva de género en la jurisdicción civil española. *Feminismo/s*, 38, 307-329. <https://doi.org/10.14198/fem.2021.38.12>
- Garijo, M. (8 de marzo, 2021). Créditos más caros o con menor plazo de vencimiento: así penaliza el sesgo de género de los algoritmos financieros a las mujeres. *Business Insider*. <https://www.businessinsider.es/sesgo-genero-algoritmos-penaliza-mujeres-creditos-825281>.
- Instituto Nacional de Estadística. (2007 a 2022). *Estadísticas de matrimonios. Movimiento natural de la población. Series anuales. Matrimonios de diferente sexo por lugar de residencia. Total nacional y provincias*. <https://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=6528>.

El proceso in fieri de integración efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la cultura judicial conforme a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

The in fieri process of the effective integration of the principle of gender equality in the Court culture according 2030 Agenda for Sustainable Development

Ana Isabel Melado Lirola
Universidad de Almería
ORCID ID 0000-0003-3087-9047
amelado@ual.es

Cita recomendada:

Melado Lirola, A. I. (2023). El proceso in fieri de integración efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la cultura judicial conforme a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 386-397

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8009>

Recibido / received: 26/06/2023
Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

El camino hacia la igualdad de género es tortuoso. La claridad de los textos y la rotundidad de los argumentos, todavía y en más ocasiones de las esperadas, se desmontan a la velocidad de un simple chasquido cuando los y las juristas que conocen los casos reales no alcanzan a pulsar el verdadero significado de las normas jurídicas aplicables y oponen, de facto, resistencias al despliegue de los derechos e intereses legítimos de las mujeres debido a una cultura judicial errática que se resiste a la evolución jurídica social y económica conforme al Derecho objetivo. La cuestión por repensar entonces es, ¿a qué se debe este desfase entre la teoría y la realidad que, además, jurídicamente no se da en otros ámbitos?



Palabras clave

Igualdad de género; cultura judicial; derechos fundamentales; Índice ClosinGap, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, ONU.

Abstract

The trajectory towards gender equality is tortuous. The clarity of the rules and the forcefulness of the arguments, even more often than expected, are dismantled at the speed of a simple click when the jurists who know and work with real cases are unable to grasp the true meaning of legal norms and oppose resistance to the deployment of the legitimate rights and interests of women due to an erratic judicial culture that resists legal, economic and social evolution in accordance with the Law. The question to rethink then is, what is the reason for this gap between theory and reality that, moreover, legally does not occur in other legal fields?

Keywords

Gender equality; Court culture; fundamental rights; ClosinGap, 2030 Agenda for Sustainable Development, NU.

SUMARIO. 1. El desfase entre la teoría y la realidad. 2. La cultura judicial se debe adaptar a la evolución jurídica, social y económica. 3. El «Test de contraste» con la realidad y las estrategias *mainstreaming*. 4. Conclusiones.

1. El desfase entre la teoría y la realidad

El camino hacia la igualdad de género es tortuoso. La claridad de los textos y la rotundidad de los argumentos, todavía y en más ocasiones de las esperadas, se desmontan a la velocidad de un simple chasquido cuando los y las juristas que conocen y trabajan con los casos reales no alcanzan a pulsar el verdadero significado de las normas jurídicas aplicables y oponen, de facto, resistencias al despliegue de los derechos e intereses legítimos de las mujeres debido a una cultura judicial errática (Sánchez Yllera, 2013; López Medina, 2014; Sánchez Muñoz, 2019; Bernández-Rodal *et. al.*, 2021) que se resiste a la evolución jurídica, social y económica conforme al Derecho objetivo (Figueruelo Burrieza, 2015; Balaguer Callejón, 2019).

Las ciudadanas afectadas asistimos entre perplejas y atónitas a esta cara tan poco amable como machista de la realidad. Realidad que hace de cada mujer una Penélope que teje de día y destaje de noche a la espera de una igualdad efectiva retardada o que nunca llega y que convierte al Derecho objetivo relativo a la igualdad entre mujeres y hombres en una retórica tan esperanzadora como, en último término, ineficaz.

En este sentido es constatable y preocupante, de un lado, una limitada eficacia de las normas en favor de la igualdad entre mujeres y hombres y, de otro, la importancia de implementar las correspondientes estrategias de *mainstreaming* que contribuyan al fin último que persiguen las medidas de igualdad de género.

Los datos estadísticos hablan por sí mismos acerca de las dificultades sociales para erradicar la discriminación por razón de sexo. En este sentido y según consta en la Memoria del Observatorio contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2022 se produjo un incremento del 10,7% en el número de víctimas tanto de violencia de género como de violencia doméstica (Montalbán Huertas, 2007) y aumentó, también, un 11,8% las denuncias cursadas. Esto que

supone la terrible cifra de 500 víctimas al día durante el año analizado¹. Sin embargo y a pesar de las constantes y pequeñas derrotas el movimiento feminista no se abate². No es por fragilidad sino por certeza (Balaguer Callejón, 2013; Esquembre Cerdá, 2017) por lo que seguimos creyendo y luchando por la igualdad de género.

En este camino de sumar esfuerzos en el empeño de la igualdad de género tuve la maravillosa ocasión de participar, aportando mi granito de arena, en el Seminario «La formación del jurista en el siglo XXI con perspectiva de género» y compartir con juristas ideas e inquietudes sobre el tortuoso camino hacia la igualdad entre mujeres y hombres. Enorme es mi agradecimiento al Profesor José María Sauca por la organización e invitación al mismo.

La cuestión por repensar entonces es, como anunciamos en este epígrafe, ¿a qué se debe este desfase entre la teoría y la realidad que, además, jurídicamente no se da en otros ámbitos? Entendemos que las causas son variadas y en este paper intentaremos dar cuenta de algunas de ellas.

2. La cultura judicial se debe adaptar a la evolución jurídica, social y económica

Conocido es que las primeras medidas de acción positiva en favor de las mujeres adoptadas en España primero por las legislaciones autonómicas y, en segundo lugar, con la aprobación de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres generaron un extraordinario debate constitucional, académico y político acerca de la legitimidad y validez constitucional del especial entendimiento finalista del texto de la Constitución (arts. 14 y 9.2 CE) en relación con la igualdad de género.

El Tribunal Constitucional en la tarea de interpretar la Constitución señaló que el concepto de la igualdad entre mujeres y hombres implementado con las medidas de acción positiva respondía al principio universal de igualdad de género reconocido jurídicamente en textos internacionales sobre los derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), entre ellos:

- La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en diciembre de 1979 y ratificada por España, en diciembre de 1983.
- La IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Pekín en 1995, que puso de relieve de manera destacada y, por primera vez, que el principio de igualdad de mujeres y hombres nunca llegaría a hacerse efectivo si su aplicación continuaba realizándose de manera sectorial y aislada. El verdadero cambio en la situación de las mujeres tan sólo se lograría mediante la implicación de la sociedad en su conjunto a través de estrategias de mainstreaming, es decir, la integración de la perspectiva de género en todas

¹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos>

² Sin embargo, hay veces en que las que las derrotas, sobre todo si se analizan con la perspectiva del tiempo, se pueden llegar a percibir en realidad como éxitos, aunque en un primer instante parezcan lo primero. Véase el caso de Clara Campoamor que acometió el gran hito histórico de defender el voto femenino desde una tribuna parlamentaria por primera vez en la Historia y logró el consiguiente reconocimiento por ley del voto femenino en España, pero ello le produjo emociones encontradas descritas en el libro de Clara Campoamor (1936). *Mi pecado mortal, el voto femenino y yo*. Igualmente, ver Melado Lirola (2022).

las políticas y los programas y analizar las consecuencias de las mismas en su aplicación tanto para las mujeres y para los hombres, respectivamente.

- El Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra Las Mujeres y La Violencia Doméstica, firmado en mayo de 2011.
- En marzo de 2010, para conmemorar el 15º aniversario de la Declaración y de la Plataforma de Acción de Pekín y el 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Comisión Europea adoptó la Carta de la Mujer, en la que renueva su compromiso por la igualdad entre mujeres y hombres e insiste en la necesidad de incorporar la igualdad de trato y oportunidades, de forma transversal, en todas sus políticas.
- En marzo de 2015, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas, coincidiendo con la conmemoración de Beijing+20, aprobó la declaración política que, bajo el lema «50.50 en 2030», fija el plazo concreto de 15 años para alcanzar la meta de la igualdad de género.
- En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe las desigualdades por razón de sexo (Gil Ruiz, 2017) (art. 14 CEDH). Ámbito que ha sido ampliado por el Protocolo 14 que prohíbe las desigualdades por razón de sexo en relación con todos los derechos regulados en el Convenio.

Transcurridas ya casi dos décadas desde las primeras medidas de acción positiva, resueltos no pocos procedimientos constitucionales planteados contra las medidas de acción positiva y consolidada una jurisprudencia constitucional en favor de las mujeres por el Tribunal Constitucional bastaría recordar, a este respecto, que es el supremo interprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC) ya deberían haberse disuelto las resistencias jurídicas y sociales aludidas.

Afortunada y evidentemente, hay un sector de juristas firmemente comprometido con la igualdad de género, sin embargo, hay otro sector que no tanto. En nuestra opinión, para este último, el Derecho objetivo relativo a la igualdad de género debe estar fuera del campo de lo opinable en la loable labor de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Tanto las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, como la jurisprudencia constitucional que las avala tienen que ser interiorizadas ya, como prácticas autoconscientes, por abogados, abogadas, jueces y juezas, y, por qué no decirlo y por todos los sujetos públicos y privados, como señala el artículo 9.1 de la CE «Todos los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La jurisprudencia constitucional, la pertenencia de España a la Unión Europea y al ordenamiento internacional son razones bastante serias y contundentes como para asumir, de una vez, el principio de igualdad de género y las normas tendentes a ella y, por extensión, acometer interpretaciones jurídicas no prejuiciosas, ni basadas en estereotipos culturales machistas (Poyatos Matas, 2018; Torres Porras, 2019). Esto debería ser lo habitual en un Estado social y democrático de Derecho, sobre todo, teniendo en cuenta que operadores jurídicos, jueces y juezas son sujetos privilegiados para el mantenimiento del orden público (Esteve González, 2001; Melado Lirola, 2013b), esto es, sujetos privilegiados en la defensa y garantía de los derechos fundamentales de todos y, también y por supuesto, de todas.

Por otra parte, ni que decir tiene que la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad entre mujeres y hombres está en plena sintonía y armonía, como si de un

diálogo (Figueruelo Burrieza, 2014; Balaguer Callejón y Figueruelo Burrieza 2019; Ferrajoli, 2019; Ventura Franch y García Campa, 2021) se trataría con el ordenamiento de la Unión Europea e Internacional y con las normas comunitarias y compromisos asumidos internacionalmente por España, respectivamente. Nos encontramos, entonces, en un contexto normativo muy favorable para alcanzar la igualdad de género y en el que hay un consenso jurídico claro para acometer un proceso de mundialización de las estrategias para la igualdad entre mujeres y hombres (Tur Ausina, 2008) y, consiguientemente, lograr la garantía multinivel³ (Tur Ausina, 2020; Molina Navarrete, 2022) de los derechos de género.

Por otra parte, la literatura en Igualdad de género entre la Academia, no sin esfuerzos, ha alcanzado y cada vez más un alto grado de aceptación. Las instituciones públicas y científicas estatales, europeas e internacionales la refuerzan e impulsan⁴. La negación o el menosprecio hacia el Derecho objetivo relativo a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, salvo por la RAE respecto del uso del lenguaje jurídico (Sevilla Merino, 2018; Marrades, et. al., 2019), es hoy algo impropio y descabellado académicamente hablando. Las normas son claras, la justificación y legitimidad, también, y la aceptación por los *lupublicitas*, también.

En la doctrina, jurisprudencia constitucional y en las instituciones públicas la igualdad entre mujeres y hombres es un objetivo prioritario de primer nivel porque, entre otras razones, su consecución tiene un impacto directo en la calidad de la democracia (Balaguer Callejón, 2019; Gómez Fernández, 2019) y en el nuevo paradigma económico cifrado en el Índice ClosinGap⁵ (Rubio Castro, 2013).

El movimiento feminista no ha sido ajeno a la globalización, lo que ha determinado influencias mutuas en la evolución de su pensamiento y prácticas políticas. El Índice ClosinGap da cuenta de que cuánto más pobre sea la sociedad, mayores son las desigualdades de género y cuánto más rica e igualitaria mayor será la calidad de su democracia. Los logros en igualdad de género (Melado Lirola, 2022b) tienen un impacto directo en el cierre de las brechas de género y, por consiguiente, un impacto directo positivo en el PIB (Reche Tello, 2015; Balaguer Callejón, 2018; Marrades Puig, 2020).

Entonces, la igualdad de género, la calidad de la democracia y el crecimiento económico son hoy términos coextensos. La igualdad de género no sólo es un derecho humano y un derecho fundamental, sino que es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible conforme la Agenda 2030 de Naciones Unidas. La cultura judicial, por consiguiente y aunque vamos con un poco de retraso, se terminará por adaptar.

La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, también, constituye un valor fundamental de la Unión Europea consagrada y reconocida en los arts. 2 y 3 TUE, arts. 8, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE y arts. 21

³ No debemos obviar tampoco los riesgos que entraña la protección multinivel como ha señalado Tur Ausina (2018).

⁴ Por citar algunos: Los Institutos de las Mujeres estatal y autonómicos, con una larga Historia detrás; El Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) que es el centro de conocimiento de la UE sobre igualdad de género, ayuda a los responsables políticos y a todas las instituciones competentes a hacer realidad la igualdad entre mujeres y hombres para toda la ciudadanía europea, ofreciendo conocimientos específicos e información sobre la igualdad de género en Europa; ONU Mujeres que es la defensora mundial de la Igualdad de género de las Naciones Unidas y que desarrolla programas, políticas y normas con el fin de defender la plenitud los derechos de las mujeres y niñas.

⁵ Nuevo paradigma económico representado con el Índice Glosingap. *Midiendo la brecha de género en España y cuantificando su impacto económico.* <https://www.pwc.es/es/sala-prensa/notas-prensa/2023/indice-closingap-2023.pdf>

y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Desde su creación la Unión Europea ha adoptado un importante número de normas que, en su conjunto, constituyen un pilar fundamental económico en la construcción de las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. A este respecto recordamos las siguientes:

- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), completada con la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.
- Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.
- Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos.
- Directiva 2019/1158/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE.

3. El «Test de contraste» con la realidad y las estrategias *mainstreaming*

La cuestión a tener en cuenta para facilitar el tránsito hacia una cultura igualitaria en términos de género es comprender que con los procesos de codificación del Derecho y, más concretamente, desde el liberalismo político se ha afirmado, como si de un mantra se tratara, que la Ley contiene normas generales, abstractas y neutras.

Sin embargo, esta aparente neutralidad ha provocado que la mitad de la población se quedara fuera de la protección del Derecho (Pateman, 1995; Nuño Gómez, 2017; Valcárcel, 2019). Nuestra opinión difiere respecto de la aludida neutralidad mencionada de los textos jurídicos. Las normas desde el liberalismo⁶ han estado redactadas gramaticalmente en masculino, por lo tanto, no han integrado a las mujeres. Por ello, justamente, es tan importante el uso del lenguaje jurídico inclusivo para modificar las pautas culturales machistas a erradicar.

Comprender que el uso del lenguaje jurídico aparentemente neutro no es una regla de estilo del lenguaje jurídico ortodoxo. Que viene de muy lejos ya que la materialización de las ideas jurídicas con las que creció el liberalismo político que excluyó a las mujeres explica la dificultad de remover la cultura jurídica androcéntrica y excluyente hacia las mujeres. Esta cultura judicial involucionista y androcéntrica que se autodefine como clásica o tradicional es la que, justamente hace pervivir el viejo modus operandi contrario radicalmente al espíritu de las leyes igualitarias actuales.

⁶ Sobre el Liberalismo político y la influencia de Ronald Dworkin en la conformación del universo de los derechos individuales *vid.* Sauca Cano (2015a, 2015b).

Acabar con la quimera de la neutralidad del cientificismo jurídico, con la noción universalista del Derecho irá contra el nervio y principal causa de la merma en el despliegue de los derechos subjetivos de ellas.

Los análisis científicos que establezcan sólo principios generales basados en abstracciones neutras no serán útiles para comprender lo justificado de las medidas de acción positiva. Se debe analizar académica y científicamente la experiencia de los hombres y las mujeres a modo de variables o coordenadas para verificar la experiencia real y los efectos de la aplicación de las normas jurídicas.

Experiencia y análisis jurídico ha sido siempre el punto focal para el feminismo. Entendemos, por consiguiente, que es idóneo emplear el análisis empírico y la lógica inductiva en las investigaciones del campo epistemológico del género (Melado Lirola, 2013). Es el «test del contraste» con la realidad lo que conllevará a asumir, por ser de justicia, las razones de integrar a la mitad de la población en la forma de interpretar, asesorar, aplicar o crear las normas jurídicas.

La razón última de esta exclusión de las mujeres ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina (Balaguer Callejón, 1999). Se debe a que las mujeres no hemos sido consideradas sujetos de derechos desde el origen del constitucionalismo (Nuño Gómez, 2017; Gil Ruiz, 2023), ni nuestra capacidad de obrar ni actuar en la sociedad ha sido como la de los varones o ciudadanos. Dos ejemplos que ayudan a visualizar estas cuestiones son:

- La primera vez en la que las mujeres pudieron ejercer el derecho de sufragio pasivo en el constitucionalismo español fue en las elecciones Generales de 1933.
- La reforma del Código Civil de 1975 permitió a las mujeres casadas disponer de sus propios bienes o trabajar sin la autorización marital, conforme su propio deseo.

Por ello, justamente, por lo abigarrado que está el machismo, también, en la cultura judicial es la razón por la que las leyes que incorporan medidas de acción positiva, por sí solas, no transforman la realidad. Porque no son suficientes.

Una realidad tan enraizada en la cultura jurídica, social, económica etc... que se pretende modificar con las medidas de acción positiva deben ir acompañadas siempre de vías de intervención y observación auxiliares que eviten la merma tanto en la condición de sujetos de derechos como en los derechos reconocidos⁷. La transversalidad de género o el *mainstreaming* se convierte entonces en una estrategia eficaz por ser necesaria para el avance en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, porque contribuye a corregir los procedimientos y métodos de trabajo con los que abordar el cambio jurídico, social y económico en pro de la igualdad entre mujeres y hombres.

Es en la fase de aplicación y, sobre todo, de interpretación del Derecho donde los derechos e intereses legítimos de ellas se suelen ver frustrados por praxis antidemocráticas, por ser contrarias al espíritu de las leyes. Las normas jurídicas no deben proyectarse de manera diferente si se les aplican a ellas o a ellos (Collantes Sánchez y Sanchís Vidal, 2009; Lousada Arochena, 2014; Salazar Benítez, 2019). Interesante a este respecto donde las diferencias son muy palpables, por lo extraordinario de la situación, es la descripción que se relata en la Memoria del

⁷ En relación con la cultura de la legalidad *vid.* Balaguer Callejón (2000) y Sauca Cano (2010).

Ministerio Fiscal del 2020 en la que describe cómo la Pandemia ha tenido consecuencias específicas más gravosas para las víctimas de violencia de género⁸.

En este sentido, la Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa recoge entre sus recomendaciones la de adoptar metodologías para la implementación de la estrategia de transversalidad de género, incluyendo los presupuestos de género, el análisis de género, la evaluación del impacto de género⁹ y, como novedad entre sus seis objetivos estratégicos incorpora garantizar el acceso igualitario de las mujeres a la Justicia, al derecho a la tutela judicial efectiva (Objetivo Estratégico 3).

Porque son, precisamente, las normas jurídicas que implementan medidas de acción positiva, en favor de las mujeres, las que ven frustrado el despliegue de sus efectos. Derechos e intereses legítimos de ellas se ven frustrados por la forma en la que se interpreta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente, de ellas (art. 24 CE). Lo que pone de manifiesto que la aplicación e interpretación de las normas sigue encontrando graves resistencias y fallas cuando se trata de nosotras. La efectividad de las normas requiere de un esfuerzo más, más allá de la letra de la ley, de ahí que todos los planes de igualdad tengan un capítulo dedicado al diagnóstico, a partir de ítems como lenguaje no sexista, salud, retribuciones, conciliación y sensibilización en aras de mejorar la implementación y eficacia de las normas para la igualdad entre mujeres y hombres.

Ocurre que a veces los derechos e intereses legítimos de ellas se ven envueltos en una maraña incomprendible y ocurre, también, en todos los órdenes jurisdiccionales, laboral, mercantil, civil, pero que, en el orden penal, específicamente, ha adquirido condición de categoría propia y se ha venido a denominar «violencia institucional» (Bodelón, 2014).

La violencia institucional es el tratamiento judicial que se le aplica a las situaciones de violencia contra la mujer, cuando las normas de acción positiva no traspasan las dinámicas androcéntricas y los estereotipos culturales de género. La

⁸ La pandemia ha tenido consecuencias específicas para las mujeres víctimas de violencia de género que, con el confinamiento, vivieron un auténtico calvario al estar encerradas junto a sus maltratadores, sin poder salir de casa y sin tener las mismas posibilidades de acceder a determinados recursos o de comunicarse con otras personas que pudieran ayudarlas. Esa fue la razón por la que disminuyeron denuncias, pese a los esfuerzos de las FF. CC. de Seguridad del Estado y a que, tanto la Delegación del Gobierno para la violencia de género como las diferentes instituciones con competencias en la materia de las CC. AA., pusieron en marcha campañas o guías de actuación para facilitar la denuncia y el conocimiento de todos los recursos existentes. No obstante, esa disminución de las denuncias no significó que la violencia de género hubiera decrecido; en concreto la violencia psicológica y la cometida digitalmente sufrió un notable incremento como pone en evidencia el hecho de que las llamadas al 016 aumentaron un 37%, y por la importante utilización los dos números de WhatsApp que se pusieron a disposición de las víctimas. Esa preocupación se trasladó a la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género y, con posterioridad, se publicó el Real Decreto ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. No solo preocupaba entonces la situación de las víctimas de esta violencia durante la vigencia de esas medidas restrictivas, sino también lo que podía ocurrir cuando cesaran 600 esas restricciones de libertad, medidas que crearon las condiciones idóneas para el maltratador al aislar aún más a las mujeres, aumentando las posibilidades de control y facilitando la impunidad de los actos violentos –físicos, psicológicos, sexuales...– que intramuros pudieran cometerse sobre ellas. Memoria 2022, del Ministerio Fiscal en, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS22.pdf

⁹ En este sentido, creemos que se debe revitalizar la práctica de incorporar los informes preceptivos de impacto de género que deberían acompañar a todo proyecto de ley desde que se aprobara la Ley 30/2003 de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

violencia institucional son acciones u omisiones realizadas por el Estado, sus autoridades, jueces, juezas, abogados y abogadas, que puede tomar diferentes formas como son:

- La revictimización de las víctimas.
- Una atención revictimizante.
- La aplicación de estereotipos discriminatorios que las perjudican.
- La aplicación de estereotipos discriminantes en la conceptualización de la violencia de género¹⁰.

Interesante es el camino que se intenta abrir con la conceptualización de la violencia económica reconocida, por primera vez, recientemente una sentencia judicial en la que una jueza de la localidad de Mataró suspende el régimen de visitas del padre por violencia económica contra su exmujer (Paños Pérez, 2023).

4. Conclusiones

La cuestión por repensar entonces es, como anunciábamos al principio de este trabajo, ¿a qué se debe este desfase entre la teoría y la realidad que, además, jurídicamente no se da en otros ámbitos?

En la actualidad, todas las instituciones nacionales, europeas e internacionales dirigen sus esfuerzos hacia la obligatoriedad de implementar medidas para garantizar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. En esta línea trabaja el Anteproyecto de Ley orgánica para garantizar la representación paritaria en los órganos de decisión con el objetivo de la Agenda 2030. Anteproyecto que tiene la finalidad de evaluar el grado de implementación de las medidas incorporadas a los planes de igualdad y analizar el modo en que se viene aplicando la representación paritaria 50.50 entre mujeres y hombres en las instituciones representativas, administraciones públicas, empresas y sociedad civil.

En este sentido, la labor de operadores jurídicos, jueces y juezas debe ser lo más aséptica posible, entendiendo por aséptica no aplicar prejuicios y valores conectados justamente con la cultura machista que las medidas de acción positiva pretende erradicar. Es en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres donde el espíritu de la Ley debe actuar si de un Principio General del Derecho se tratara. En este sentido se debería dotar de procesos de reactualización con una sólida formación luspublicista y en Derecho comparado lo posibilitaría comprender mejor y visualizar a vista de pájaro el contexto jurídico comunitario, internacional e interno con el que proceder a interpretar caso por caso.

También, entendemos que se debe acometer un análisis de los distintos términos gramaticales utilizados en documentos internacionales y nacionales, valorando la idoneidad y los efectos de la utilización de unos u otros. Se considera necesario una unificación y generalización de los conceptos instrumentales utilizados por las distintas instancias públicas y privadas que trabajan en esta materia, con el fin de abordar el conocimiento de la realidad con criterios instrumentales uniformes que favorezcan estudios estadísticos más fiables con el fin de avanzar en la investigación de esta realidad, y así favorecer la promoción de medidas adecuadas en orden a la prevención de las discriminaciones que surgen, también en la fase de aplicación de las normas jurídicas, por razón de género.

¹⁰ Es preciso una rigurosa conceptualización jurídica como ha señalado Moltabán Huertas (2007).

Bibliografía

- Balaguer Callejón, M. L. (1999). La igualdad de derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico español, *Artículo 14, una perspectiva de género*. *Boletín de información y análisis jurídico*, 1, 3-6.
- Balaguer Callejón, M. L. (2000). Juez y Constitución, *Revista de Derecho Político*, (47), 69-90.
- Balaguer Callejón M. L. (2013). La fragilidad de la certeza. *Paradigma: Revista Universitaria de Cultura*, (15), 12-13.
- Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30 (2).
- Balaguer Callejón, M. L. (2019a). El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeas. *IgualdadES*, 1, 19-42. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.01>
- Balaguer Callejón, M. L. y Figueruelo Burrieza, A. (2019b). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, pp. 15-99.
- Bernández-Rodal, A. et.al. (2021). Cultura y movilización social contra la violencia sexual a través de Twitter. El caso del fallo judicial “La Manada” en España, *Revista Latina de Comunicación Social*, 79, 237-262. <https://doi.org/10.4185/RLCS-2021-1502>
- Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. Violencia institucional y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 1(48) pp. 131- 132. <https://doi.org/10.30827/acfs.v48i0.2783>
- Collantes Sánchez, B. y Sanchís Vidal, A. (2009). *La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*. Instituto de Estudios Jiennenses.
- Esquembre Cerdá, M. (2017). Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una “Reforma Constituyente” de la Constitución Española, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. Extra-5, 75-92.
- Esteve González, L. (2001). Las políticas de género en la Unión Europea como manifestación de la dimensión positiva del orden público, en Montesinos Sánchez, N. y Caporale Bizzini, S. *Reflexiones en torno al género. La mujer como sujeto de discurso*. Universidad de Alicante, 137-162.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid, Trotta.
- Figueruelo Burrieza, A. (2014). Diálogo entre Tribunales: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-X-2013 (Caso Sra. Del Río Prada contra el Reino de España). *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23, 107-125.
- Figueruelo Burrieza, A. (2015). La violencia de género: una cuestión de derechos humanos. En A. Gallardo Rodríguez y M. Del Pozo Pérez. (Ed.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: análisis, debate y propuestas* (57-68). Comares.
- Gil Ruiz, J. M. (2017). En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa. *Quaestio Iuris*, 10, 919-954.
- Gil Ruiz, J. M. (2023). Capacidad transformadora del discurso de los derechos humanos: nuevas narrativas. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. extra, 29, 612-634
- Gómez Fernández, I. (2019). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, (43), 15-99. <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24398>
- López Medina, R. del C. (2014). Cultura jurídica. *Eunomía. Revista En Cultura de la Legalidad*, (7), 229-235. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2245>
- Lousada Arochena, F. (2014). Aspectos dinámicos de los planes de Igualdad Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos. *Aequalitas: Revista jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (34), 11-14.

- Marrades Puig, A. et al. (2019). El lenguaje jurídico con perspectiva de género. *Revista de Derecho Político*, (105), 127–160. <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25270>
- Marrades Puig, A. (2020). Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas desde el derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis COVID-19. *IgualdadES*. 2 (3), 379-402. <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.3.04>
- Melado Lirola, A. I. (2013a). La integración de la perspectiva de género en la asignatura Derecho Constitucional: Una cuestión metodológica, *Docencia y Derecho*, (6).
- Melado Lirola, A. I. (2013b). La limitación del uso del velo islámico: un conflicto entre la libertad religiosa y la igualdad de género. En E. Raffiotta, et. al. (ed.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión* (263-274). Thomson Reuters Aranzadi.
- Melado Lirola, A. I. (2022a). Clara Campoamor, la mujer olvidada, la defensa del sufragio universal. En V. Bastante Granell, et. al. (ed.), *Cine, Derecho e Igualdad, Materiales docentes para el estudio del derecho a la igualdad a través del Séptimo Arte*, Aranzadi.
- Melado Lirola, A. I. (2022b). El derecho de propiedad con perspectiva de género. En M. Iglesias Bárez y A. Ventura Franch, A. (ed.), *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género*, vol. II (543- 551). Lección XXII.
- Molina Navarrete, C. (2022). Protección multinivel e igualdad de género en el Derecho de la Seguridad Social. Más allá del derecho al desempleo de las “Kelly de hogar”. *Diario La Ley*, (10028).
- Montalbán Huertas, I. (2007). Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico. *Circunstancia. Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, (12), 1/8-8/8.
- Nuño Gómez, L. (2017a). Androcentrismo académico. La ficción de un conocimiento neutral. *Feminismos*, 279-297. <http://dx.doi.org/10.14198/fem.2017.29.11>
- Nuño Gómez, L. (2017b). Libertad, Igualdad y fraternidad, Una revisión crítica del falso universalismo de la triada revolucionaria, *Revista General de Derecho Público Comparado*, (20).
- Paños Pérez, A. (2023). Conferencia impartida en el Seminario *La Igualdad entre mujeres y hombres en Italia y España*. Organizado por Pérez Vallejo, A. M., UAL, abril.
- Pateman, C. (1995 [1998]). *El contrato sexual*. Anthropos UAM-México.
- Poyatos Matas, G. (2018). Justicia con perspectiva de género, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de los Social de Juezas y Jueces para la democracia*, (128), 76-90.
- Reche Tello, N. (2015). Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (24), 221-261.
- Rubio Castro, A. (2013). *Las Innovaciones en la medición de la desigualdad*. Dykinson.
- Salazar Benítez, O. (2019). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 15-99.
- Sánchez Muñoz, C. (2019). Constitución y género o la inconclusa igualdad de las mujeres. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (17), 377-381. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5041>
- Sánchez Yllera, I. (2013). Maltrato y dominación. Paradojas judiciales sobre una cultura incívica. *Diario la Ley*, núm. 8159.
- Sauca Cano, J. M. (2010). Cultura de la Legalidad. Bosquejo de Exploraciones conceptuales y metodológicas, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (22), 11-26.

- Sauca Cano, J. M. (2015a). Tomando en serio el imperio del erizo (Presentación). En J. M. Sauca Cano (dir.), *El Legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo* (13-20). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sauca Cano, J. M. (2015b). Liberalismo e identidad cultural en Dworkin. En J. M. Sauca Cano (dir.), *El Legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo* (311-332). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sevilla Merino, J. (2018). Derechos, Constitución y lenguaje. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. extra, 31, 81-104.
- Torres Porras, F. (2019). Las mujeres sin miedo. *Paradigma: Revista Universitaria de Cultura*, (22), 82-86.
- Tur Ausina, R. (2008). Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (11), 247-292.
- Tur Ausina, R. (2018). La paradoja de la Unión Europea. Entre el Déficit y el Liderazgo en la gestión multinivel de la calidad de la democracia. En J. Tudela Aranda. (ed.), *El Libro Blanco sobre la calidad de la democracia en España* (85-102.). Marcial Pons.
- Tur Ausina, R. (2020). Constitucionalismo multinivel e igualdad efectiva de mujeres y hombres. En M. Iglesias Bárez y A. Ventura Franch. (ed.), *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género*, vol. I (21-76). Universidad de Salamanca
- Valcárcel, A. (2019). *Ahora Feminismo; cuestiones candentes y frentes abiertos, Feminismos*.
- Ventura Franch, A. y García Campa, S. (2021). El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad. *Revista Internacional Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, 9 (2), 141-178.

Tocqueville y Argelia, 1828-1849. Comentario a María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*

(2022) Guillermo Escolar
Madrid, 404 pp.

Jean-Louis Benoît
L'Université de Bretagne Sud
jean-louis.benoit@wanadoo.fr

Cita recomendada:

Benoît, J.-L. (2023). Tocqueville y Argelia, 1828-1849. Comentario a María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 398-414
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8010>

Recibido / received: 04/08/2023
Aceptado / accepted: 26/08/2023

María José Villaverde ha realizado un estudio importante, bien documentado y preciso, de gran parte de la obra de Tocqueville, en particular de sus escritos y discursos sobre Argelia que desde los años sesenta han suscitado numerosas y severas críticas tanto en Estados Unidos como en Francia.

Es en este enfoque en el que me centraré aquí y presentaré un análisis personal sobre la cuestión de Tocqueville y Argelia, una cuestión que ocupará a los investigadores y a los tocquevileanos durante años. El problema con Tocqueville y Argelia es que, a menudo, los comentarios se han formulado a expensas del texto de Tocqueville que, con demasiada frecuencia, es ignorado, distorsionado o traicionado. Por esta razón, le daré aquí un lugar muy preferente. Es ante todo el texto el que tiene autoridad. En cuanto a las críticas americanas, no añadiré nada al notable trabajo de María José Villaverde; sólo haré un comentario marginal sobre el carácter reactivo de los americanos, que tan importante papel desempeña aquí.

Tocqueville señalaba en su primera *Democracia*:

El americano, al tomar parte en todo lo que se hace en su país, se cree interesado en defender todo lo que se le critica, porque no es solamente su país al que entonces se ataca,

* Traducción de José María Sauca Cano.

es a él mismo. Por eso ve que su orgullo nacional recurre a todos los artificios y desciende a todas las puerilidades de la vanidad individual Y añade:

No hay nada más incómodo en la vida diaria que ese patriotismo irritable de los americanos. El extranjero consentiría con agrado en alabar muchas cosas del país, pero quisieras que se le permitiese criticar algo, y eso es lo que se le impide absolutamente (...). América es un país de libertad donde, para no herir a nadie, el extranjero no debe hablar libremente de (...) nada, en fin, de lo que encuentra por allí...

Aunque *La Democracia en América* haya podido considerarse como un elogio del país contiene, sin embargo –sobre todo en el último capítulo relativo al «probable porvenir de las tres razas que habitan el territorio de los Estados Unidos»–, una crítica virulenta al genocidio de los indios, a la esclavitud y, más allá de ella, a la condición de los negros en la época y en el futuro, ya que incluso los negros «libres» siempre tendrán que sufrir a causa de su raza.

Beaumont y Tocqueville habían admirado muchas cosas durante su periplo americano, pero tanto el uno como el otro denunciaron que esta gran democracia se fundaba sobre un doble crimen contra la humanidad. En 1835, Beaumont publicó *Marie ou de l'esclavage aux États-Unis* (*María o la esclavitud en los Estados Unidos*) y Tocqueville el capítulo X que es un alegato en favor de los indios y una viva denuncia del genocidio que se había decidido y que –para Tocqueville– se llevaría hasta el final, así como del destino reservado a los negros. Que yo sepa, fue el primero en utilizar la expresión exacta «crimen contra la humanidad» cuando el presidente Buchanan decidió aplicar la esclavitud a los nuevos Estados de la Unión.

Cuando analizó la situación de la colonización francesa en Argelia, repitió como un *leitmotiv*: «No repitamos, en pleno siglo XIX, la historia de la conquista de América. No imitemos ejemplos sangrientos que la opinión del género humano ha desaprobado»; esta afirmación sigue siendo intolerable para Estados Unidos, al igual que su denuncia de los periódicos de Argel que admitían el exterminio de «una raza condenada a la destrucción por decreto de la Providencia» (Tocqueville, 1962, p. 294)¹, que sigue a su denuncia del genocidio de los indios cuya desgracia fue «entrar en contacto con el pueblo más civilizado, y yo añadiría el más codicioso, del globo»².

Naturalmente, la ocasión era demasiado buena para utilizar elementos de los escritos de Tocqueville para poner de relieve la contradicción entre este moralista, quisquilloso con la suerte de los indios y los negros en América, y su defensa de la colonización y de las acciones militares, naturalmente bárbaras y crueles, que tenían lugar en Argelia, y no dudaron en borrar las críticas de Tocqueville (Pitts, 2008, pp. 215-216) contra las atrocidades, su virulenta oposición a la conquista de la Cabilia y su denuncia del expolio de los fondos de las fundaciones piadosas y de la miseria de los argelinos³.

En Francia, la crítica más dura vino de Olivier La Cour Grandmaison, tras los análisis de Melvin Richter y *De la colonisation de l'Algérie*, de Tzvetan Todorov. He mostrado cómo estos textos son muy discutibles. El deseo ideológico de denunciar a

¹ La naturaleza del propósito es simple. Como los indios en América, los árabes deben desaparecer en Argelia; es una llamada al genocidio. La edición de las Obras Completas en Gallimard ha representado una aventura editorial extraordinaria, comenzada en 1951, ha sido culminada en 2021. Comprende 32 volúmenes distribuidos en 18 tomos. [N.T. Hay versión española de la cita del primer texto en Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, vol. I, Madrid: Aguilar, 1988, p. 233].

² *De la démocratie en Amérique*, I, 2, ch. X: "État actuel et à venir probable des tribus indiennes qui habitent le territoire possédé par l'Union".

³ Tocqueville, *Intervention à la Chambre à l'occasion du vote du budget général de l'Algérie pour 1848*, 9 juillet 1847.

Tocqueville lleva a estos autores a presentar las palabras de Tocqueville de forma sesgada, distorsionada y descontextualizada, lo que resulta inexacto, caricaturesco y, en cierto modo, engañoso. Desde entonces, varios autores han seguido el mismo camino, refiriéndose a la lectura de Grandmaison y no a la de Tocqueville⁴. En su momento, analicé el texto de Olivier Le Cour Grandmaison publicado en *Le Monde Diplomatique* en junio de 2001 y destaque los procedimientos empleados (Benoît, 2001a, 2001b). Las otras críticas son más moderadas y cercanas a las posiciones de los estadounidenses Richter, Cheryl Welch e incluso Jennifer Pitts; dejo al lector la consulta del artículo de María José Villaverde, que hace balance de la cuestión. Sin embargo, me gustaría rendir homenaje al libro de Seloua Luste Boulbina, *Sur l'Algérie* (2003), que es un trabajo muy interesante, aunque no comparta muchos de sus puntos de vista.

Quisiera insistir en dos puntos esenciales para mí, relativos al enfoque de la cuestión de Tocqueville y Argelia, que distorsionan el juicio y merecen ser retomados: el primero consiste en juzgar esta cuestión negándose a considerar a Tocqueville en su época y el segundo, en olvidar la dimensión sincrónica de los textos y de las posiciones de Tocqueville sobre este tema.

1. Tocqueville en su época

María José Villaverde considera que, en los últimos años, la teoría decolonial y la llamada ideología «woke» han sometido a una dura crítica a la tradición ilustrada de la sociedad occidental. Este enfoque se remonta a los trabajos de Derrida sobre la Deconstrucción, movimiento que engloba los trabajos de Foucault, Deleuze y los filósofos de la Teoría Francesa, pero no sólo a ellos.

María José Villaverde concluye que las acusaciones anteriores son desproporcionadas y ahistoricas. Subraya repetidamente no sólo la importancia de explicar a Tocqueville a la luz de su contexto histórico e intelectual, sino también de comprender el significado de términos como «colonialismo» e «imperialismo» en su época.

El conjunto de críticas actuales es un fenómeno de moda que tiende a ocupar, si no todo el espacio crítico, al menos una parte importante y ofrece un enfoque distorsionado de la realidad histórica. Es imposible comprender o juzgar a un personaje histórico o a un autor sin tener en cuenta la época, el entorno y la situación histórica en que vivió. El tiempo del análisis crítico tiende naturalmente a imponer sus hechos y sus valores sobre los del momento.

2. Enfoque sincrónico

El segundo gran error de la mayoría de los juicios y análisis relativos a Tocqueville y Argelia procede del olvido casi sistemático de los hechos históricos y de las sucesivas tomas de posición sobre esta cuestión. Los analistas consideran siempre que se trata de presentar la posición de Tocqueville sobre Argelia y la cuestión de la colonización como si no hubiera evolucionado entre 1837 y 1849.

⁴ Entre los autores que han seguido la senda trazada por Grandmaison se puede citar a Noureddine Saadi, curiosamente retomado por la *Tocqueville Review / La Revue Tocqueville*, 2004, vol. 35, n° 2, p. 123, «*l'Algérie: le libéral et le colonial*», Michel Onfray e incluso por Pierre-Henri Tavoillot que no duda en afirmar que en su Informe de 1847, Tocqueville escribió cosas «abominables» ya que «incitó al ejército a masacrar a la población indígena», pero ¡Que cite el texto! <https://www.franceinter.fr/emissions/l-invite-de-8h20-le-grand-entretien/l-invite-de-8h20-le-grand-entretien-du-vendredi-18-juin-2021>

En este caso, los franceses deberían ser más prudentes, recordando el ejemplo histórico y significativo del papel de De Gaulle en relación con Argelia. Habría que ser muy ingenuo para pretender presentar la posición de De Gaulle sobre Argelia. ¿Cuál era su posición? ¿En qué momento de su vida? ¿Antes de la Segunda Guerra Mundial? ¿En el momento del discurso de Brazzaville en el que mencionó siete veces África y su necesaria evolución, pero ni una sola vez Argelia, que tenía un estatuto diferente con sus tres departamentos franceses? ¿Durante la revuelta de Sétif del 8 de mayo de 1945, tan duramente reprimida? De Gaulle era entonces jefe del gobierno provisional y lo siguió siendo hasta el 2 de noviembre de 1945. ¿El 23 de octubre de 1958, cuando convocó la *Paz de los Valientes*? ¿En el momento de la Operación *Gemelos*, del 22 de julio de 1959 a marzo de 1960, que se saldó con una victoria militar sin futuro? ¿O entre 1960 y 1962, cuando su posición seguía evolucionando como consecuencia de las negociaciones en curso con el FLN?

Lo mismo puede decirse de Tocqueville. Sus posiciones sobre Argelia no son las mismas en 1827-1830, desde el incidente del *matamoscas* hasta la toma de Argel; en 1837, durante el Tratado de Tafna; en 1840-41, durante la conquista y las operaciones militares de Bugeaud; en 1845, durante las *enfumades* de Péliſſier; en 1846, durante su segundo viaje a Argelia; en 1847, cuando redacta sus dos informes; y en 1848-1849. Son estas etapas las que me propongo recorrer brevemente aquí.

3. Las posiciones de Tocqueville de 1828 a 1837

En los documentos disponibles en las *Obras Completas*, hay pocas tomas de posición u observaciones de Tocqueville sobre la cuestión argelina hasta 1836. La primera mención se encuentra en la correspondencia con su amigo y primo Louis de Kergorlay, en una carta fechada en octubre de 1828, en la que escribe: «Es muy posible que se lleve la guerra a Argel, ya que este ridículo asunto debe llegar a su fin» (Tocqueville, 1977, p. 155). Obviamente se refiere aquí a los tres golpes dados con un *matamoscas* por Hussein, el Dey de Argel, a Daval, el cónsul francés, que condujeron al bloqueo de Argel y a la posterior toma de la ciudad en 1830.

El 24 de marzo de 1839 escribe a su hermano Édouard y a su cuñada Alexandrine: «El Ministerio no ha hecho coincidir involuntariamente el asunto de Argel con las nuevas elecciones. Espera hacer valer todo el ascendiente de la victoria» (Tocqueville, 1998, p. 60). El 6 de abril escribió a las mismas personas: «ahora que la guerra se ha resuelto, los periódicos liberales han dejado, en general, de criticar el objetivo y los preparativos. Hay un verdadero espíritu nacional en la forma en que esta cuestión ha unido las opiniones» (Tocqueville, 1998, p. 64). El 6 de mayo, habla de sus preocupaciones sobre el futuro de este compromiso militar:

la expedición de Argel debería haber zarpado ayer; de este lado se necesitan resultados grandiosos porque los preparativos son prodigiosos y, si el fin no está a la altura de los medios, el ministerio está perdido y puede correr el riesgo de ser severamente criticado (Tocqueville, 1998, p. 68).

La expedición fue un éxito y Argel fue tomada, aunque sin éxito para el gobierno en el poder que vio la abdicación de Carlos X tras los acontecimientos revolucionarios desencadenados por las regulaciones sobre la prensa.

Entre el 20 de septiembre y el 18 de noviembre de 1833, un intercambio de cartas –tres de Kergorlay y una de Alexis– hace referencia a una posible compra de tierras en la Mitidja, ya sea para su cultivo o como inversión. Concluir, como se ha hecho demasiado precipitadamente, que los dos amigos pensaban realmente instalarse como colonos en Argelia es sin duda ir demasiado rápido. Muchos años

más tarde, retirado de la vida política y poniendo en orden su correspondencia, Alexis escribió sobre una de estas cartas: «Curiosa carta de Louis manifestando nuestra intención de ir a África» (Benoît, 2013, pp. 290-292). No olvidemos que en aquella época los dos amigos no tenían fortuna y que Alexis estaba embarcado en la redacción de la primera *Démocratie* con el objetivo último de emprender su carrera política en Francia, ¡Todo ello era incompatible con instalarse en la Mitidja!

4. Las dos cartas sobre Argelia, 1837

En 1837 Tocqueville decide emprender una carrera política. Durante un tiempo pensó en presentarse por Versalles porque su padre había sido prefecto allí, pero al final desistió porque sabía que los legitimistas no le perdonarían que escribiera su libro sobre la democracia. Antes, sin embargo, escribió dos cartas a posibles electores en *La Presse de Seine-et-Oise*, el 23 de junio y el 22 de agosto de 1837. Su intención era demostrar su capacidad para afrontar los problemas políticos del momento. La cuestión planteada desde la toma de Argel era qué hacer con Argelia y/o qué hacer en Argelia. En su opinión, deberían haberse establecido dos bases militares y comerciales en la costa para controlar el mar, desarrollar el comercio con el interior y atenerse a una ocupación militar parcial de la costa llegando a un acuerdo político con los jefes indígenas. El gobierno francés debería haberse inspirado en el sistema establecido por los turcos, que:

se habían establecido en la costa africana como extranjeros, pero habían resuelto el difícil problema de vivir durante casi trescientos años en un país en el que siempre fueron extranjeros y en el que parecían permanentemente recién llegados que venían a hacer sus propios negocios y no a administrar al pueblo conquistado (Tocqueville, 1962, p. 138).

Pero el curso de los acontecimientos había cambiado y Francia no podía pensar en abandonar Argelia, lo que habría significado una humillación y renunciar a ser una gran potencia. Al contrario, había que permanecer en el país para hacer frente a Inglaterra, que hacía trizas a los franceses y los había expulsado de la India y Canadá, y para controlar el Mediterráneo occidental.

En Argelia, Bugeaud había firmado el 30 de mayo el Tratado de Tafna con Abd el-Kader, reconociendo de facto la autoridad de este último sobre dos tercios de Argelia. Este acuerdo era a la vez ambiguo y cargado de amenazas para el futuro. Los turcos habían establecido una administración mínima que jugaba con la división de las tribus árabes, favoreciendo a unas frente a otras, y los tres Beys de Constantina, de Tittery y de Orán, así como el Dey de Argel, recaudaban impuestos con bastante facilidad. Los franceses, en cambio, cometieron muchos errores graves, destruyendo los registros públicos, dispersando las administraciones existentes y deportando a todos los antiguos funcionarios. De este modo, crearon el desorden y la anarquía, antes de introducir la arbitrariedad, la violencia indiscriminada del ejército y el expolio bajo el doble patrocinio de una administración francesa trasladada tal cual al extranjero. Por lo tanto, debemos cambiar de práctica y de política, debemos «recrear un gobierno entre estos pueblos [...] [pero] tenemos un interés mucho más visible en no permitir que se establezca allí un gobierno único porque entonces el peligro sería mucho mayor que la ventaja» (Tocqueville, 1962, p. 148).

En este punto, Tocqueville considera que todavía es posible prever el éxito de la colonización con la condición expresa de no comprometerse «a someter a nuestros nuevos súbditos de Argelia a las formas de la administración francesa» (1962, p. 149). Si se lee atentamente el texto, esta última observación se refiere tanto a los nativos como a los colonos. A los nativos, porque hay que respetar su identidad y sus leyes y

costumbres, y a los colonos, porque las leyes y prácticas de la Francia metropolitana no tienen por qué ser aplicadas estúpidamente y al pie de la letra por la administración, a menos que se decida condenar la colonización al fracaso.

Una vez satisfechas estas condiciones sería posible, añade Tocqueville, respetar los derechos de todos, no expoliar a los nativos, sino comprarles tierras a un precio adecuado, y

establecer un vínculo duradero y formar finalmente un solo pueblo a partir de las dos razas [...] Por lo tanto, no hay razón para creer que el tiempo no logrará amalgamar las dos razas. Dios no lo impide; sólo las carencias del hombre podrían interponerse (Tocqueville, 1962, pp. 151* y 153**).

Una esperanza quimérica, un espejismo debido a la distancia y a la ignorancia de la situación real. El Tratado de Tafna fue, desde el principio, un acuerdo absurdo cuyos dos textos, en árabe y francés, no eran idénticos y cuyos firmantes no pretendían respetarlo sino aprovecharse de él.

Como muchos otros, Tocqueville denunció el Tratado de Tafna que veía, con razón, como una fuente de futuros peligros, pero siguió creyendo y deseando que Francia permaneciera en Argelia, que se instalara allí ahora que se había establecido una nueva situación. Así que siguió muy de cerca la situación de Argelia y en Argelia. Lee el Corán para comprender la religión y su papel en el país, toma notas sobre los inicios de la colonización y decide viajar por primera vez a Argelia con su amigo Beaumont.

5. Notas sobre Argelia, 1838-1842 y primer viaje a Argelia, 1841

Tras escribir las dos *Cartas sobre Argelia*, Tocqueville quiso profundizar en su conocimiento del pueblo argelino y emprendió una lectura atenta del Corán, pluma en mano (Tocqueville, 2007). Escribe entonces las *Notes journalières* [el diario] y un *Travail sur l'Algérie* [Trabajo sobre Argelia], en 1841, en el momento de su primer viaje al país; también escribe las *Notes prises à la commission royale sur la colonisation de l'Algérie* [Anotaciones de la Comisión Real sobre la Colonización de Argelia] (Tocqueville, 1990, pp. 209-288). En estos textos hace balance de la situación de la época y del estado de la colonización.

Con la firma del Tratado de Tafna, los franceses prosiguen sus acciones militares y Abd el-Kader considera que la marcha de Constantina a Argel y el paso por de las Puertas de Hierro de la columna del ejército del duque de Orleans, en octubre de 1839, es un desafío temerario que constituye de hecho la ruptura del mismo, y relanza las hostilidades al mes siguiente. En estas condiciones, la elección era sencilla para Francia: renunciar a colonizar Argelia o emprender la conquista del país para poder dominarlo con el fin de colonizarlo.

El abandono (de Argelia) sería, a los ojos del mundo, un signo claro de la decadencia (de Francia) (...) Todo pueblo que renuncia fácilmente a lo que ha tomado y se retira él mismo, dócilmente, a sus antiguos límites (...) entra visiblemente en el periodo de su decadencia (Tocqueville, 1990, pp. 213-214).

El 29 de diciembre de 1840, el ministerio de Thiers nombra a Bugeaud Gobernador General de Argelia, a pesar de su oposición inicial a la conquista del país. Este llega a Árgel el 19 de febrero de 1841.

6. La situación militar

Tras el Tratado de Tafna, la situación militar cambió tal y como temía Tocqueville. Abd el-Kader reanudó la acción militar en noviembre de 1839, con la esperanza de renegociar el Tratado.

En 1840, la alternativa era simple: o poner fin a la presencia francesa o emprender una guerra total para derrotar a Abd el-Kader conquistando todo el país. Tocqueville reconoció que, desde el punto de vista militar, Bugeaud había sabido desarrollar una estrategia adecuada a la situación y a las circunstancias del momento y del lugar en respuesta a las acciones de Abd el-Kader. Así lo recordó en su discurso en el debate sobre los créditos extraordinarios de 1846:

El mariscal Bugeaud ha prestado un gran servicio al país en África y éste es ese servicio: es el primero que ha sabido aplicar en todas partes y al mismo tiempo el tipo de guerra que es, tanto a mis ojos como a los suyos, el único tipo de guerra practicable en África (Tocqueville, 1990, p. 299).

El ejército francés libró una guerra de movimientos, golpes de mano e incursiones, con su parte de destrucción de aldeas, rebaños y cosechas. Las acciones revelan así la estrategia de tierra quemada ya que el gobierno, al igual que Tocqueville, estaba convencido de que la necesidad de colonizar requería librarse una guerra total y dotarse de los medios para ganarla. Naturalmente, tal enfrentamiento será cruel para ambas partes: se mataría a civiles, se quemarían pueblos y se destruirían cosechas, y habría que llevar a cabo estas operaciones militares; era el precio de la victoria.

En 1841, en su *Travail sur l'Algérie*, Tocqueville escribía:

He oído a menudo en Francia a hombres a los que respeto, pero no apruebo, considerar malo quemar cosechas, vaciar silos y, en fin, apresar a hombres, mujeres y niños desarmados. En mi opinión, son necesidades desafortunadas, pero cualquier pueblo que desee hacer la guerra contra los árabes se verá obligado a someterse a ellas. El poder de Abd el-Kader sólo puede destruirse haciendo que la posición de las tribus que le apoyan sea tan insoportable que le abandonen. (...) Hay que aceptarlo o abandonar el proyecto. En lo que a mí respecta, creo que hay que utilizar todos los medios para desolar a las tribus. Sólo excluiré aquellos que la humanidad y el derecho de gentes rechacen (Tocqueville, 1990, p. 227).

Tales observaciones suscitan naturalmente desaprobación, sobre todo cuando vienen del hombre que denunció el genocidio de los indios y el destino reservado a los negros, esclavos o libres, en los Estados Unidos y son retomadas, una y otra vez, por quienes, siguiendo los pasos de Le Cour Grandmaison, denuncian estas observaciones de Tocqueville. Sin embargo, hay que situarlas en su contexto histórico, ¡que no desvirtúa en absoluto la残酷和inhumanidad de la guerra y de todas las guerras!

En aras de la pertinencia y de la verdad, es especialmente importante situar este pasaje en el contexto del conjunto del texto. La honestidad intelectual y la objetividad histórica exigen que, contrariamente a la práctica reciente de tergiversar las posiciones de Tocqueville para criticarlas más eficazmente, no olvidemos citar el párrafo inmediatamente anterior:

Por mi parte, me traje de África la angustiosa noción de que en estos momentos estamos haciendo la guerra de una manera mucho más bárbara que los propios árabes. La civilización está ahora de su parte. Esta forma de hacer la guerra me parece

tan poco inteligente como cruel. Sólo puede encajar en la mente tosca y brutal de un soldado (Tocqueville, 1962, p. 226).

Ya en su primer viaje en 1841, en compañía de Beaumont, Tocqueville vio de primera mano los numerosos abusos cometidos por el ejército tanto contra los colonos como contra los nativos, ¡y los propios soldados se jactaban de estos hechos bélicos! Véanse, por ejemplo, las cartas del mariscal de Saint-Arnaud a su hermano, en las que se jacta de todos los horrores que él y sus hombres infligieron a los árabes, hombres, mujeres y niños, ¡como las asfixias del 15 de agosto de 1845, que causaron quinientos muertos!⁵.

¡Cómo no oponerse a «la insolencia francesa con un sable en el culo»! (Tocqueville, 1958, p. 204). Tocqueville denuncia el frenesí estúpido y cruel de una parte del ejército que cuestiona la posibilidad de la colonización en aquel momento y en el futuro. En Philippeville, el 30 de mayo de 1841, él y Beaumont se encuentran con el coronel d'Alphonse que, tras haber hecho cortar la cabeza a un árabe sospechoso de asesinato, la exhibe en la puerta de la ciudad. Les dijo: «Señores, sólo la fuerza y el terror pueden tener éxito con esta gente». Maltrató a los colonos, les requisó los carros y los caballos y les amenazó con enviarlos a un fuerte abrasado por el sol si se negaban. A continuación, detalló algunos de los horrores cometidos bajo su mando y Tocqueville concluyó:

Mientras escuchaba con tristeza todas estas cosas, me preguntaba cuál podía ser el futuro de un país entregado a tales hombres, y adónde conduciría finalmente esta cascada de violencia e injusticia, si no a la rebelión de los nativos y a la ruina de los europeos (Tocqueville, 1958, pp. 216-217).

Al final de su primer viaje a Argelia, Tocqueville estaba convencido de que el ejército era incapaz de llevar a cabo una auténtica colonización.

7. ¿Cómo colonizar? ¿Qué tipo de colonización habría que poner en marcha?

La situación de Francia en Argelia, desde el Tratado de Tafna en adelante, y más aún en los años 1840, cuando se relanzó la conquista del país, dio lugar a un florecimiento de los imaginarios coloniales y dio rienda suelta a las fórmulas utópicas y/o ideológicas de unos y otros: Saint-Simonianos, fourieristas, partidarios de colonias religiosas y/o militares que Tocqueville evoca sin complacencia en su obra sobre Argelia en 1841:

He aquí por fin el gobierno, dueño de una gran parte de la tierra por derecho de conquista, por compra voluntaria o por expropiación forzosa. ¿Qué va a hacer con ella y cómo va a poblarla? Nada mejor que la mayoría de ellas [de dichas doctrinas] prueba el tipo de atracción irresistible que en nuestro tiempo y en nuestro país está llevando gradualmente a la mente humana a destruir la vida individual, a hacer de cada sociedad un ser unitario. En Francia, esta tendencia produjo el fourierismo y el saint-simonismo. Incluso atrajo involuntariamente al abate Landmann y al general Bugeaud y a tantos otros que escribieron o hablaron de colonización. Todos ellos querían cubrir Argelia con verdaderos falansterios, ya fueran teocráticos, militares o comerciales; en otras palabras, todos ellos querían fundar pequeñas comunidades donde hubiera poca o ninguna propiedad o vida individual, y donde cada ciudadano trabajara como una abeja según el mismo plan y el mismo objetivo, no en su propio interés sino en el de la colmena. [...]

⁵ Las cartas de Saint-Arnaud conforman el volumen 1 de *L'Algérie heureuse*, (sic) reproducidas en la edición Tchou, Tours, 1978. El pasaje citado se encuentra en las pp. 250-251.

Todos estos planes pueden tener éxito en un punto, en un caso particular y durante un cierto período de tiempo; hemos visto cosas similares en América. El abate Landmann persuadirá quizá a cierto número de familias alemanas para que se agrupen en torno a él y las mantendrá unidas por su celo. Es posible que el general Bugeaud encuentre en su ejército un número suficiente de antiguos soldados dispuestos a formar una o dos colonias y oficiales lo bastante hábiles para dirigirlas. Todo esto es posible. Pero es pura ensoñación imaginar que con la ayuda de uno de estos métodos excepcionales conseguiremos poblar el país. Todos estos bellos proyectos de sociedades carecen de la primera condición para el éxito: hombres que los pongan a prueba (Tocqueville, 1962, pp. 215-252).

8. La colonización según Tocqueville: fomentar el éxito de los colonos por todos los medios. «Hay que construir un puente de oro para los que van a África».

Para Tocqueville, la colonización sólo puede tener éxito si se basa en que los individuos disfruten de plena libertad política y económica. Antes de ello, el Estado debe darles los medios mínimos para instalarse libremente y hacer prosperar sus negocios. También debe permitirles comprar a bajo precio los bienes y herramientas que necesitan para su desarrollo y, después, para que la empresa y la colonización tengan éxito, debe permitirles vender sus productos agrícolas, aunque sea a un precio más elevado que el mismo producto en Francia, aunque el libre comercio se resienta temporalmente; pero a largo plazo, todos saldrán beneficiados, tanto en Argelia como en Francia.

Como se ve, se trata de liberalismo bien temperado. Se trata también de hacer lo contrario de lo que la colonización militar y la administración inflexible de Bugeaud pusieron en marcha:

Cuando examino el papel que las circunstancias particulares en las que se encuentra nuestra colonia obligan a desempeñar a la administración, encuentro que este papel es el siguiente: la administración debe registrar cuidadosamente las tierras a colonizar y, en la medida de lo posible, adquirirlas para venderlas a bajo precio a los colonos, libres de todo gravamen. Debe determinar el emplazamiento de los pueblos, fortificarlos, armarlos, delimitarlos, construir una fuente, una iglesia, una escuela, una casa comunal y atender las necesidades del cura y del maestro. Debe obligar a cada habitante a alojarse, a sí mismo y a su rebaño, dentro del recinto y a cercar sus campos. Debe someterlos a todos a las reglas de vigilancia y defensa que exige la seguridad; y poner al frente de su milicia a un oficial que mantenga algunos hábitos militares en la población y pueda comandarla en el exterior. También debe, por sí misma o por mediación de las compañías colonizadoras, proporcionar a los colonos animales, herramientas y alimentos, con el fin de facilitar y asegurar el nacimiento del asentamiento. Sobre todo, y esto es crucial, las obligaciones que impone deben estar bien definidas y ser conocidas de antemano. Lo que más disgusta a los habitantes de un nuevo país es no saber exactamente con qué pueden contar. Imponga obligaciones muy estrechas si quiere, pero no deje que varíen según sus caprichos. Ésa es la tarea de la administración.

Una vez hecho esto, hay que dejar que los colonos vayan donde quieran y cultiven como les parezca. (...) Se devanan los sesos tratando de encontrar la manera de atraer a los agricultores a Argelia y mantenerlos allí. Hay uno en el que no piensan esos grandes utópicos, y que es mejor que todas las colonias militares o eclesiásticas del mundo, y es hacer que la gente se enriquezca cultivando; y para que la gente se enriquezca allí, tiene que vivir barato y vender sus productos fácil y caro. Bajar los aranceles para que la mayoría de las cosas útiles o agradables para la vida puedan obtenerse a bajo precio, incluso de los extranjeros. Permitir que todos los productos argelinos entren libremente en Francia, especialmente los producidos no por la industria autóctona sino por la industria colonial. Por ejemplo, en lugar de comprar el tabaco que se necesita en América, cómprelo preferentemente en Argel, donde crece

maravillosamente y es excelente. El atractivo del beneficio y de la facilidad atraerá pronto al Macizo y a la Mitidja a cuantos colonos pueda desear (Tocqueville, 1962, pp. 215-253).

9. La cuadratura del círculo: ¿cómo colonizar? ¿Con quién?

El ejército no era apto para la colonización, sobre todo el ejército de Argelia, donde Tocqueville consideraba que muchos de los generales se habían envilecido con la guerra que libraban. Habían adquirido

el hábito y el gusto de un gobierno duro, violento, arbitrario y grosero (...) Temo que algún día aparezcan en el teatro de nuestros asuntos internos con la fuerza del estilo así adquirido y que sorprenderá fuera. ¡Dios quiera que Francia nunca sea dirigida por uno de los oficiales del Ejército de África! (Tocqueville, 1962, p. 236).

«Mientras la dirección general esté confiada a un militar, la obra de colonización (...) no se hará o se hará mal». Pero el problema era casi insoluble porque la administración también era totalmente inadecuada para promover el desarrollo de la colonización; hacía un uso abusivo de sus exorbitantes poderes porque no tenía ningún control real: «en Argel, el poder más opresivo y malvado es el poder civil» (Tocqueville, 1962, p. 261). Por último, «querer dar a una administración civil el lugar que le corresponde bajo un jefe militar me parece una tarea casi imposible» (Tocqueville, 1962, p. 271).

10. 1845-1846: el punto de inflexión

La prosecución de la guerra por parte de Bugeaud agravó cada vez más la situación. Es cierto que había desarrollado una ciencia de la guerra «con una energía y un vigor sin igual» (Tocqueville, 1962, p. 299). Pero esta energía y esta ciencia son perversas ya que su objetivo es ganar –y continuar– la guerra y no dar prioridad a lograr la paz. Bugeaud no quería la paz. A partir de entonces, la destrucción de las cosechas ya no bastó para satisfacer la furia de los jefes militares que procedieron a cometer verdaderos crímenes de guerra, en particular las *enfumades*. María José Villaverde señala que el gasear con humo comenzó en 1844, quizás incluso antes, y fue llevada a cabo por numerosos oficiales, entre ellos Cavaignac, Pélissier y, como hemos visto, Saint-Arnaud. Estas prácticas odiosas y criminales consistían en hacerlos morir de asfixia. El periódico fourierista *La Démocratie pacifique* protestó contra las *enfumades* de Pélissier en dos editoriales del 22 y 24 de julio de 1845, escritos por Victor Considérant, pero Bugeaud, obviamente y como siempre había hecho, defendió las acciones de sus oficiales.

Contrariamente a lo que sugieren los críticos, Tocqueville nunca defendió estas prácticas vergonzosas; al contrario, en 1846 se le pidió que participara en una comisión de investigación sobre los ataques de Pélissier. Permaneció en el país desde finales de octubre hasta finales de diciembre, pero el 9 de junio anterior había intervenido en el hemiciclo durante el debate sobre los créditos extraordinarios para 1846, donde atacó muy enérgicamente la actuación de Bugeaud:

El mariscal Bugeaud no ha hecho nada, nada; ha obstaculizado (...) ha impedido (el establecimiento de una sociedad europea en África) ... Por tanto, no ha hecho nada, y a menudo ha impedido hacer (...) Durante los cinco años que el mariscal Bugeaud ha pasado en África, ¿saben cuánto tiempo permaneció en Argel? Apenas dos años (Tocqueville, 1962, pp. 299-300).

Bugeaud jugaba su carta política con la conquista de Argelia que debía servirle de trampolín hacia el poder en Francia. Ya era potencialmente un general sedicioso

—como muchos otros después de él— enfrentado a un gobierno débil. El gobierno ya había optado por «la dimisión, [...] el mariscal Bugeaud no fue ni desautorizado ni destituido» (Tocqueville, 1962, p. 303) ...

Cuando oigo que el mariscal Bugeaud ofreció su dimisión y no ha sido aceptada, no puedo dejar de suponer que lo que mantiene al mariscal Bugeaud en África es mucho menos el bien que para Francia se espera de él allí, que el daño que se puede temer de él aquí en París (Tocqueville, 1962, p. 306).

11. El segundo viaje a Argelia

Tras su energética toma de posición en la Cámara, Tocqueville realiza un segundo viaje a Argelia, de finales de octubre a finales de diciembre de 1846. Su objetivo era comprobar la situación exacta del país, la actuación del ejército (tras las *enfumades*) y la colonización. Se le permitió formar parte de una delegación oficial que incluía a otros diputados que reencuentra en Argel: Lanjuinais y Lavergne, pero también Béchameil y Plichon. Se había unido al grupo un periodista, Bussière, que se quedaría con Tocqueville cuando el grupo se separó y daría cuenta del viaje varios años más tarde⁶.

Bugeaud invitó a los visitantes a acompañarle hasta Orléansville (Chief). Quería demostrar a sus huéspedes los resultados militares que se habían conseguido. El viaje también les permitió ver asentamientos militares y civiles de diferentes tipos, como Boufarik, Beni-Mered, y los establecidos por el coronel Marengo: Saint-Ferdinand, Sainte-Amélie y Marabout d'Aumale. Bugeaud había querido desarrollar la colonia de Beni-Mered, pero, desgraciadamente para él, en el mismo día de su llegada, los «futuros» ciudadanos, a los que les quedaban seis meses de servicio, exigieron la supresión de esta comunidad de organización militar. En Miliana, los colonos vinieron a pedir un comisario civil para la administración municipal y un juez de paz para la administración de justicia. Irritado, «les explicó su teoría sobre las ventajas de una administración libre y expeditiva» (Luste, 2003, p. 330).

Tocqueville deja la compañía del mariscal que quería «arrojar polvo a los ojos de los visitantes». Él quería conocer a la «gente real», a los colonos y sus trabajadores árabes, y aprender de ellos las condiciones reales de la colonización agrícola civil que en un 80% se encontraba allí, a pocos kilómetros de Argel. Preparó así el informe que presentaría a la Cámara en 1847. Este informe se basaba en gran parte en las notas que había redactado en 1841 y que no publicó, a pesar de que las cosas habían empeorado desde entonces⁷.

12. 1847, año crucial, los dos informes sobre la Cabilia y el testamento político de Tocqueville sobre Argelia

El primer informe versaba sobre el «Proyecto de ley relativo a los créditos extraordinarios solicitados para Argelia», el segundo sobre la «Solicitud de un crédito de 3 millones para los campos agrícolas de Argelia para 1848».

En estos dos informes, Tocqueville plantea la cuestión de la tierra y de su utilización. En su discurso de 1846, ya había expuesto sus dos principios: «No quiero que se haga retroceder a los nativos, y sobre todo no quiero que se les extermine, como se ha propuesto» (Tocqueville, 1962, p. 293).

⁶ En la *Revue des deux Mondes*, en 1853.

⁷ Citaré sucintamente el Informe de 1847 ya que retoma los hechos del *Travail sur l'Algérie*.

Consideraba que el país a colonizar debía dividirse en cuatro partes bien diferenciadas: el pequeño desierto, la Cabilia, la llanura de Mitidja y el resto de la Argelia utilizable, donde había lugar para los colonos cerca de la población indígena.

En cuanto al pequeño desierto al sur del Atlas debe dejarse su control a la población que vive allí: «Gobernamos a la gente que vive allí a través de jefes nativos a los que sólo supervisamos desde la distancia. Nos obedecen sin conocernos; de hecho, son nuestros tributarios más que nuestros súbditos» (Tocqueville, 1962, p. 293).

Por lo que respecta a la Cabilia, en todos sus escritos sobre Argelia Tocqueville reitera como un leitmotiv que la Cabilia no debe tocarse. ¿Y la Mitidja? María José Villaverde recuerda el texto de Tocqueville:

Las tierras de las tribus árabes de la llanura de la Mitidja, favorables a Abd-el-Kader, podían ser confiscadas según la ley musulmana, aunque Tocqueville, que era “enemigo de las medidas violentas” que le parecían “tan ineficaces como injustas”, consideraba que, en este caso, debían utilizarse. En cuanto al resto de las tierras de la Mitidja o del Macizo que no pertenecían a los árabes, Tocqueville proponía que el gobierno las adquiriera por acuerdo o por expropiación, pagando generosamente por ellas (Villaverde, 2022, p. 158).

Por lo tanto, había que establecer títulos de propiedad fiables.

Quedaba la mayor parte del país, la parte útil del país, ocupada por los árabes en la que había que establecer una colonia de asentamiento. Tocqueville recuerda que:

La cuestión vital para nuestro Gobierno es la de la tierra. ¿Cuál es nuestro derecho, nuestro interés y nuestro deber en este asunto? Al conquistar Argelia, no pretendíamos, como los bárbaros que invadieron el Imperio Romano, tomar posesión de la tierra de los vencidos (...) ¿Se deduce de ello que no podemos tomar posesión de la tierra necesaria para la colonización europea? No, indudablemente no; pero si nos obliga, por una cuestión de justicia y de buena política, a compensar a quienes las poseen o disfrutan de ellas. La experiencia ha demostrado que esto puede hacerse fácilmente, ya sea concediendo derechos o intercambiando tierras sin coste alguno o a bajo precio. Lo explicaremos con más detalle en otro lugar; todo lo que queremos decir aquí es que es importante tanto para nuestra propia seguridad, como para nuestro honor, mostrar un respeto genuino por la propiedad nativa y persuadir a nuestros súbditos musulmanes de que no pretendemos arrebatarles sin compensación ninguna parte de su patrimonio, o, lo que sería peor aún, obtenerlo mediante transacciones falsas e irrisorias en las que la violencia se escondería bajo la apariencia de compra, y el miedo bajo la apariencia de venta. Hay que conservar a las tribus en su territorio en lugar de llevarlas a otro lugar (Tocqueville, 1962, pp. 326-327).

13. La conquista de la Cabilia

Las cabilas son un pueblo orgulloso, peligroso si sus libertades o su espacio geográfico se ven amenazados, pero es un pueblo abierto con el que es posible establecer vínculos comerciales. Desde 1845, Bugeaud quería lanzar operaciones en la Cabilia, a pesar de los deseos de los diputados y de la Comisión, y repitió su intención en 1846. Tocqueville le criticó duramente cuando intervino en la Cámara el 9 de junio de 1846, durante el debate sobre los créditos extraordinarios:

¿Tengo que recordar [a la Cámara] que esta expedición a la Cabilia que creo que todo el mundo ahora está de acuerdo en que se puede llamar insensata, no se llevó a cabo

a pesar del Gobierno; se habría llevado a cabo a pesar del Gobierno si la Cámara no lo hubiera impedido? (Tocqueville, 1962, p. 302).

En 1847, Tocqueville retomó esta crítica cuando presentó a la Cámara su informe sobre Argelia. Denunció la actitud del Mariscal que, como un verdadero «matamoros», en el sentido etimológico del término⁸, había lanzado, en el *Moniteur algérien* del 10 de mayo, un desafío a las cabilas y al mismo tiempo a la representación nacional:

El Gobernador General anuncia [a las poblaciones de la Cabilia] que el ejército va a entrar en su territorio para expulsar a los aventureros que predicen la guerra contra Francia. Les declara que no tiene ningún deseo de luchar, pero que si entre ellos hay hombres que quieren la guerra, le encontrarán dispuesto a aceptarla (Tocqueville, 1962, p. 359).

Aprovechando un incidente que acababa de confrontar Luis Felipe a la Comisión, Dufaure envió a Soult, el ministro de la Guerra, una notificación en la que afirmaba que la comisión se oponía a la intención reiterada de Bugeaud de invadir la Cabilia. En una disputa sobre competencias, el rey recordó tajantemente a la Comisión que, en virtud del artículo 12 de la Carta, ¡el poder de ejecución sólo le pertenecía a él! Esto reforzó la posición de Bugeaud, que intervino al mismo tiempo, en mayo de 1847, en la región en torno a las tres ciudades de Bougie, Hamza y Sétif.

La decisión de Bugeaud fue un grave error. ¿No había acordado ante la Cámara: «las poblaciones de Cabilia no son ni invasoras ni hostiles; se defienden energicamente cuando vamos a ellas, pero no atacan»? Tocqueville lanza entonces una advertencia que constituye una de sus notables anticipaciones: «vamos a derrotar a las cabilas; pero ¿cómo las gobernaremos después de haberlas derrotado?» (Tocqueville, 1962, p. 360). Recuerda cómo la intervención de Bugeaud había roto deliberadamente una paz que estaba en ciernes:

El año pasado, la Comisión de Créditos Extraordinarios declaró: "creemos que las relaciones pacíficas son la mejor manera, y quizás la más rápida, de garantizar la sumisión de las cabilas". Un gran número de tribus de la Cabilia, atraídas por nuestra industria, establecían ya relaciones con nosotros y se ofrecían a reconocer nuestra supremacía. Este movimiento pacífico animaba incluso a los que aún no habían cedido a él. ¿No nos era permitido creer, señores, que en un momento en que la paz tenía tanto éxito, no tomaríamos las armas? Por lo tanto, no encontrarán nada raro en el hecho de que su comité se convolviera, como ustedes mismos, cuando se enteró de la expedición que se estaba llevando a cabo (Tocqueville, 1962, p. 361).

Una vez más, Tocqueville demuestra su notable capacidad de analista capaz de comprender desde el principio las consecuencias de sus actos. Hoy conocemos el papel clave desempeñado por la Cabilia para sacudirse el yugo de la colonización. Bugeaud desarrolló una ciencia de la guerra: «con una energía y un vigor sin igual» (Tocqueville, 1962, p. 299), pero el único objetivo de esta energía y de esta ciencia era proseguir la guerra y no por encima todo, la paz. Bugeaud no quería la paz. Fiel a su lema: «*Ense et aratro*» (a hierro y arado), quería mantener un ejército de soldados coloniales armados hasta los dientes, porque el soldado de un ejército de una democracia sólo ganaba estima y consideración en tiempos de guerra.

14. 1847: Testamento político de Tocqueville sobre Argelia.

En 1847, Tocqueville alcanza un punto de inflexión crucial en su análisis político y su papel con respecto a Argelia. Bugeaud había abandonado

⁸ Esta palabra de origen español significa «matar a los moros».

definitivamente el país en junio y fue sustituido por el duque de Aumale el 11 de septiembre de 1847. Hervé de Tocqueville, padre de Alexis, escribe a Marie, la esposa de su hijo:

gente que frecuenta a príncipes y a generales, me ha dicho que les habían asegurado que el duque de Aumale había inicialmente designado a Alexis para Intendente General de Argelia, pero a los ministros no les gustan los hombres de la oposición, por moderados que sean (Benoît, 2013, pp. 445-446; Villaverde, 2022, pp. 174-175).

15. El futuro de la colonización, una alternativa de grandes consecuencias

Lo que podemos esperar no es suprimir los sentimientos hostiles que inspira nuestro Gobierno, sino amortiguarlos; no hacer que nuestro yugo sea amado, sino hacerlo parecer cada vez más soportable [...] Sería imprudente creer que conseguiremos vincularnos a los nativos mediante una comunidad de ideas y costumbres, pero podemos esperar hacerlo mediante una comunidad de intereses. [...] Si nuestras armas han diezmado a ciertas tribus, hay otras a las que nuestro comercio ha enriquecido y fortalecido singularmente, y son conscientes de ello. En todas partes, el precio que los nativos pueden esperar por sus productos y su trabajo se ha incrementado enormemente gracias a nuestra proximidad. Por otra parte, nuestros agricultores están encantados de utilizar mano de obra local. El europeo necesita al árabe para trabajar su tierra; el árabe necesita al europeo para ganar un salario elevado. Así es como el interés reúne naturalmente en un mismo campo, y une necesariamente en un mismo pensamiento a dos hombres cuya educación y orígenes los colocaron tan lejos el uno del otro. Es en esta dirección en la que debemos avanzar, señores, es hacia este objetivo al que debemos esforzarnos. La Comisión está convencida de que el futuro de nuestra dominación en África, la fuerza de nuestro ejército y el destino de nuestras finanzas dependen sobre todo de la forma en que tratemos a los nativos; ya que, en este asunto, las cuestiones de humanidad y negocio se tocan y se funden. [La Comisión] cree que, a largo plazo, un buen gobierno puede conseguir la pacificación real del país y una reducción muy notable de nuestro ejército. Que si, por el contrario, sin decirlo, pues estas cosas se han hecho a veces, pero nunca se han admitido, actuáramos de tal manera que demostráramos que a nuestros ojos los antiguos habitantes de Argelia no son más que un obstáculo que hay que eliminar o pisotear; si envolvíramos a sus poblaciones, no para alzarlas en nuestros brazos hacia el bienestar y la luz, sino para agarrarlas y asfixiarlas, se plantearía entre las dos razas la cuestión de la vida o la muerte. Argelia se convertiría, tarde o temprano, créanlo, en una encerrona, en un coso amurallado, donde los dos pueblos tendrían que luchar sin piedad y donde uno de los dos tendría que morir. Señores: ¡Dios nos libre de semejante destino! No repitamos, en el siglo XIX, la historia de la conquista de América. No imitemos ejemplos sangrientos que la opinión de la humanidad ha despreciado (Tocqueville, 1962, p. 329).

Cuando Tocqueville pronunció este discurso, el 24 de mayo de 1847, quizá aún esperaba que fuera posible cambiar los métodos de colonización y evitar los excesos que, de otro modo, conducirían al desastre. ¿Pensaba que podría ser nombrado para un puesto de responsabilidad en Argelia? No lo sabemos, pero en aquel momento anunció lo que había que hacer para rectificar la situación. Era necesario, contrariamente a lo que se había hecho, devolver a las fundaciones piadosas de los musulmanes lo que se les había quitado; era necesario ayudarles a reconstruir sus escuelas y a formar a sus religiosos; de lo contrario, expoliándoles y manteniéndoles en la miseria y la ignorancia, abriríamos el camino a las sociedades secretas y a la violencia:

La sociedad musulmana en África no era incivilizada; sólo tenía una civilización atrasada e imperfecta. Había un gran número de fundaciones piadosas cuya finalidad era atender a las necesidades de la caridad o la educación pública. En todas partes hemos puesto nuestras manos sobre estos ingresos, desviándolos en parte de sus

antiguos usos; hemos reducido los establecimientos de caridad, abandonado las escuelas⁹ y dispersado los seminarios. A nuestro alrededor se han apagado las luces, ha cesado el reclutamiento de hombres de fe y de hombres de leyes; en otras palabras, hemos hecho a la sociedad musulmana mucho más miserable, más desordenada, más ignorante y más bárbara de lo que era antes de conocernos. Es indudablemente bueno emplear a nativos como agentes de gobierno, pero a condición de que sean conducidos de acuerdo con los sentimientos de los hombres civilizados y con las máximas francesas. Este no ha sido siempre ni en todas partes el caso, y a veces se nos ha acusado de haber hecho mucho menos por civilizar la administración nativa que por haber prestado a su barbarie las formas y la inteligencia de Europa.

Los actos han ido a veces acompañados de teorías. En diversos escritos se ha profesado la doctrina de que la población nativa, habiendo llegado al último grado de depravación y vicio, es para siempre incapaz de toda enmienda o progreso; que, lejos de ilustrarla, es necesario más bien privarla de la ilustración que posee; que, lejos de arraigarla en el suelo, debemos empujarla gradualmente fuera de su territorio para establecernos en su lugar; que, mientras tanto, no tenemos nada que pedirle sino que permanezca sumisa, y que sólo hay una manera de obtener su sumisión que es comprimirla por la fuerza.

Creemos, señores, que tales doctrinas son muy merecedoras no sólo de la desaprobación pública, sino de la censura oficial del Gobierno y de las Cámaras; ya que son, en definitiva, ideas que, a la larga, producen los hechos (Tocqueville, 1962, p. 329).

Una vez más, Tocqueville recurre al ejemplo americano para reclamar la prohibición de las transacciones inmobiliarias entre europeos y nativos con el fin de evitar que estos últimos sean desposeídos, como ocurrió con los indios en Estados Unidos: «Si no queremos que se produzca tal efecto, las transacciones de este tipo no deben ser totalmente libres en ninguna parte. Veremos en otro lugar que esto no es menos necesario para el europeo que para el árabe» (Tocqueville, 1962, p. 328).

16. La convivencia

La experiencia vivida por Tocqueville en Argelia desde 1828 y, sobre todo, de 1837 a 1847, había modificado sensiblemente su pensamiento y su acción en relación con la colonización y los problemas a los que se enfrentaba Francia en este territorio. Por razones geopolíticas y geoestratégicas, deseaba que la colonización se desarrollara y tuviera éxito, para mantener la grandeza de Francia y hacer frente a Inglaterra. Comprendió que sólo podría tener éxito garantizando los derechos de los colonos y reconociendo igualmente a los de los nativos.

17. ¿Qué podía ser del país? ¿Qué podía ser de estos dos pueblos? Una comunidad de intereses

Desde su primer viaje, Tocqueville se dio cuenta de que la fusión de los dos pueblos era una quimera. Es imposible que formen una sola nación, un solo pueblo. Por el contrario, la única manera de que la colonización tenga éxito es que los dos pueblos vivan juntos, cerca el uno del otro, beneficiándose cada uno de esta cohabitación, que

⁹ El general Bedeau, en un excelente memorándum que el ministro de la Guerra ha tenido a bien enviar a la Comisión, afirma que en la época de la conquista, en 1837, había en la ciudad de Constantina, escuelas de enseñanza secundaria y superior, en las que de 600 a 700 alumnos estudiaban los diferentes comentarios del Corán, aprendían todas las tradiciones relacionadas con el Profeta y, además, asistían a cursos en los que se enseñaba aritmética, astronomía, retórica y filosofía. Por la misma época, Constantina contaba también con 90 escuelas primarias, a las que asistían 1.300 ó 1.400 niños. En la actualidad, el número de jóvenes que siguen estudios superiores se ha reducido a 60, el de escuelas primarias a 30 y el de niños que asisten a ellas a 350 (Nota de Tocqueville).

presupone una colaboración beneficiosa para todos. El europeo se beneficiaría de una mano de obra a la que tendría que pagar un salario decente, mientras que el árabe encontraría un empleo y unos ingresos que completarían sus modestos recursos anteriores:

No hay gobierno tan sabio, tan benévolos y tan justo, que pueda reunir de repente y unir íntimamente a poblaciones que su historia, su religión, sus leyes y sus costumbres han dividido tan profundamente. Sería peligroso y casi infantil hacernos ilusiones. Incluso sería imprudente, en nuestra opinión, creer que podemos destruir fácilmente y en poco tiempo en el corazón de las poblaciones nativas el odio sordo que la dominación extranjera siempre suscita y mantiene. Así pues, hagamos lo que hagamos, debemos mantenernos fuertes. Esa debe ser siempre nuestra primera regla.

Lo que podemos esperar no es eliminar los sentimientos hostiles que inspira nuestro Gobierno, sino amortiguarlos; no hacer amar nuestro yugo, sino hacerlo parecer cada vez más soportable; no aniquilar la repugnancia que los musulmanes han mostrado siempre por un poder extranjero y cristiano, sino hacerles descubrir que este poder, a pesar de su origen censurable, puede serles útil. Sería imprudente creer que lograremos vincularnos a los nativos mediante una comunidad de ideas y costumbres, pero podemos esperar hacerlo mediante una comunidad de intereses.

Ya estamos viendo cómo se forma este tipo de vínculo en varios lugares. Si nuestras armas han diezmado a ciertas tribus, hay otras a las que nuestro comercio ha enriquecido y fortalecido singularmente, y son conscientes de ello. En todas partes, el precio que los nativos pueden esperar por sus productos y su trabajo se ha incrementado enormemente gracias a nuestra proximidad. Por otra parte, nuestros agricultores están encantados de utilizar mano de obra local. El europeo necesita al árabe para trabajar su tierra; el árabe necesita al europeo para ganar un salario elevado. Así es como el interés reúne naturalmente en un mismo campo, y une necesariamente en un mismo pensamiento a dos hombres cuya educación y orígenes los colocaron tan lejos el uno del otro. Es en esta dirección en la que debemos avanzar, señores, es hacia este objetivo hacia al que debemos esforzarnos (Tocqueville, 1962, pp. 328-329).

18. Una tragedia griega

¡No se puede decir todo en unas pocas páginas! Solamente se puede, y lo hacemos ya, remitir al lector al texto mismo, tan alejado de todas las degradaciones de que ha sido objeto y que deseo, junto con María José Villaverde, denunciar.

Escribí que los informes de 1847 constituyen el testamento político de Tocqueville, pero como a muchos testamentos se le ha añadido un codicilo. Merece la pena (re)leer el discurso de Tocqueville en la Cámara el 9 de julio de 1847, cuando se votó el presupuesto general de Argelia de 1848:

Afirmo que los ingresos corrientes de las fundaciones para el socorro de los pobres, para el culto y para las escuelas ascienden aproximadamente a 400.000 francos. Afirmo que de estos 400.000 francos más de 200.000 francos han sido desviados de su uso original y han caído en el tesoro de la colonia. ¿Cuál fue el resultado? El resultado fue que la población de Argel, a la que la sola presencia de los franceses ya había contribuido a arruinar, cayó en un estado de miseria imposible de describir por falta de los medios con los que debería haber contado y que sus padres les habían preparado. Asustaría y entristecería a la Cámara si pusiera ante sus ojos el espantoso cuadro de la miseria que presenta este pobre pueblo; los males de todo género que lo abrumán, el hambre, la enfermedad, la muerte y la indigencia que se apoderan de él en medio mismo del país que habitaron sus padres. Este es el espectáculo que presenta la población de Argel por falta de la ayuda a la que tiene derecho. En cuanto al culto, volveré a decir con certeza, y sin temor a que se me contradiga, que el culto

musulmán ha caído, como consecuencia de esta injusta y políticamente injustificada supresión, en un estado de miseria que no sólo nos avergüenza a nosotros, sino a toda la civilización. Sé muy bien que los principales representantes de la religión han recibido sueldos suficientes, pero la religión musulmana, como la cristiana, se compone de un número muy grande de funcionarios diferentes, todos los cuales son necesarios para su culto y sus ceremonias. Ahora bien, digo que, aparte de las personas de rango privilegiado que están a la cabeza de la religión musulmana, la inmensa masa de los imanes y sacerdotes musulmanes se encuentra en un vergonzoso estado de indigencia; que la mayoría de ellos cobra menos de lo que cobraría la mayoría de los porteadores de Argel (Tocqueville, 1962, pp. 421-422).

La historia que une a Francia y Argelia recuerda a una tragedia griega, por la crueldad y la ferocidad de los actos cometidos y, sobre todo, por el modo inexorable en que se desarrollaron los acontecimientos.

Cuando observamos el desarrollo histórico de los acontecimientos y consideramos cuándo y cómo habría sido posible apaciguar la cólera, la injusticia y la crueldad, lamentamos profundamente que, una vez más en su vida, Tocqueville se viera reducido al papel de Casandra. Los textos citados anteriormente muestran claramente que presentó un camino posible que hubiera permitido cambiar el destino de Argelia y poner fin a la masacre. Por lo tanto, debemos comprender que la colonización de Argelia no fue diferente de cualquier otra colonización. Es una colonización en sí misma inaceptable e indefendible. Lo que nos commueve especialmente es la persistencia de esta tragedia aún hoy en las dos poblaciones que conservan lazos tan especiales.

Bibliografía

- Benoît, J. L. (2001a). Tocqueville aurait-il enfin trouvé ses juges ? Ôter son masque au parangon de la vertu démocratique ! *ResPublica*, 27.
- Benoît, J. L. (2001b). Relectures de Tocqueville. *Le Banquet*, 16.
- Benoît, J. L. (2013). *Tocqueville*. Perrin.
- Luste, S. (2003). *Sur l'Algérie*. Éditions Flammarion.
- Saadi, N. (2004). *The Tocqueville Review*, 25 (2). 111-125.
- Tocqueville, A. (1958). *Œuvres Complètes. Tome V. Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1962). *Œuvres Complètes. Tome III, vol. 1. Ecrits et discours politiques*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1977a). *Œuvres Complètes. Tome XIII, vol. 1. Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1977b). *Œuvres Complètes. Tome XIV. Correspondance familiale*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1990). *Œuvres Complètes. Tome III, vol. 3. Ecrits et discours politiques*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (2007). *Notes sur le Coran et autres textes sur les religions*. Les Éditions Bayard.
- Villaverde, M. J. (2022). *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. Guillermo Escolar.

La ley y el morabito. Elogios y leves puntualizaciones al último libro de María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo

(2022) Guillermo Escolar
Madrid, 404 pp.

Julián Sauquillo González
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-4289-3770
julian.sauquillo@uam.es

Cita recomendada:

Sauquillo González, J. (2023). La ley y el morabito. Elogios y leves puntualizaciones al último libro de María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 415-430

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8011>

Recibido / received: 31/07/2023
Aceptado / accepted: 26/08/2023

1. Un Dios colonial en el «*Theatrum Mundi*» de Tocqueville

Es una fortuna contar con una prestigiosa revista de la Universidad Carlos III – *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*– para establecer un diálogo con un excelente libro de la profesora María José Villaverde Rico, *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. Al recibir la invitación de mi colega y amigo José María Sauca –director de este medio académico de calidad– para participar en la sección «Rincón de lecturas», contaba con una certeza antes de leer el libro: venía de un antiguo tocquevilliano, autor, a su vez, de otro excelente libro, *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social* (1995), que conozco bien pues, en su día, lo reseñé (Sauquillo, 1996). Al venir de su mano, sabía, sin haber leído el libro de la catedrática de la UCM, que se trataría de un singular trabajo, no sólo por su brillante trayectoria. Además, María Luisa Sánchez-Mejía, mi antigua amiga del Ateneo de Madrid, me regaló su edición de los *Escritos sobre la esclavitud y el colonialismo* (2009) de Alexis de Tocqueville a comienzos de octubre de 2019, que he releído ahora. Las posiciones de Tocqueville sobre la esclavitud y el colonialismo pueden observarse, con todos sus matices y modificaciones, en su evolución a través de estos textos reunidos y prologados con pleno rigor por la profesora Sánchez-Mejía.



Lejos de ser una curiosidad histórica, las posiciones de Tocqueville sobre este asunto han levantado todo un debate político sobre el papel de Francia en Argelia. El periódico *Le Monde* dedicó a Tocqueville una editorial en abril de 2005 donde exageraba al punto de atribuirle ser «el inventor de la colonización en Francia». Además, las leyes Tabira de 21 de mayo de 2001 y de reconocimiento de los franceses repatriados (*harkis*) de 23 de febrero de 2005 reabrieron un debate con Tocqueville presente. Los más críticos señalaron que Francia estaba atravesada por la «fractura colonial», otros que el «inconsciente colonial» había construido unos nuevos «Indígenas de la República». Los más complacientes pretendieron una memoria más positiva: la colonización argelina no habría sido sólo una empresa de dominación y explotación, sino de desarrollo y civilización. Incluso, la ley dedicada a los *harkis* prescribía a los historiadores enseñar «el rol positivo de la presencia francesa en ultra-mar». Se abrió una guerra de memorias con un replanteamiento del papel de la historia y los historiadores en el centro (Legros, 2007, pp. 115-133, 116-120). Y la figura de Tocqueville queda en el eje fundamental del debate. Para algunos, Tocqueville aportó razonabilidad, entendimiento, el «interés bien entendido» para colonizados y colonos. Además, señalan estos, Tocqueville previno de la guerra que llevó a ciento treinta y dos años de presencia trágica de Francia en territorio argelino (Boukerche, 2018). Para otros, es el fundador de la colonización. Tocqueville ha sido objeto de admiraciones, animadversiones, adhesiones, cuando no, también, de alianzas ajenas y espurias (Gouirand, 2013).

El contexto de los escritos sobre la esclavitud y el colonialismo es minuciosamente analizado por la historiadora de las ideas María José Villaverde con una precisión y un rigor extremos. Al punto de salir ella absolutamente airosa en su debate con los numerosos críticos de Alexis de Tocqueville por su atribuida y supuesta posición imperialista, militarista, autoritaria respecto de la ocupación de Argelia por Francia del 5 de julio de 1830 y su anexión en 1848. Me parece que *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* ataña a la historia de Francia y el legado liberador de la revolución del 1789, a las posibles contradicciones del liberalismo revolucionario con los imponderables y déficits democráticos del imperialismo del siglo XIX y, por lo menos, también, a las posibles contradicciones de Tocqueville entre su defensa de la libertad en la «igualdad de condiciones» y su responsabilidad colonial. El fantástico libro de la profesora Villaverde tiene el valor de responder a múltiples críticos anticoloniales –Todorov, Hereth, Héricord, Cesaire, Kahan, Duong, Pitts, Le Cour Grandmaison, Boulbina, Welch, Lawler, Pitkin, Wolin, ...– que, grosso modo, incluyen a Tocqueville en una visión eurocentrista. La profesora conoce a todos muy bien. Tocqueville suele aparecer, entre los críticos, como un limitado abolicionista que pretende conciliar lo inconciliable: el respeto a los filantrópicos principios revolucionarios con los intereses de las colonias, el trabajo libre con la rentabilidad de los ingenios azucareros, los intereses políticos y estratégicos de Francia con el fin de la esclavitud. Son intereses enfrentados y no armonizables para los críticos de Tocqueville (Villaverde Rico, 2022, p. 67). El francés se habría limitado a analizar el sistema esclavista norteamericano desde una perspectiva pragmática –económica y política–, habría llegado a justificar la esclavitud por el color de la piel y la desaconsejó, estrictamente, por la desintegración que occasionaría en el naciente país. No habría formulado una crítica por razón de principios (Villaverde Rico, 2022, pp. 43-44).

Los autores favorables a Tocqueville –Benoit, Frederickson, Kohn, Janara–, en este punto, han asociado el antirracismo de Gustave de Beaumont –su amigo y compañero en el viaje de 1831 a América, autor de *Marie ou l'esclavage aux Etats-Unis* (1835)– con el autor de *La democracia en América* (1835, 1840). Toda una corriente de sociólogos –Delgado, Derrick, Bell, ...– siguen a Tocqueville al señalarle como pionero de la visión del racismo como una construcción social, ratificada por el

sistema legal norteamericano, favorecedor de una democracia de blancos en detrimento de negros e indios (Villaverde Rico, 2022, p. 44). Mélonio y Attanassow destacan entre los partidarios del Tocqueville embajador de las ideas civilizadas francesas –modernización, democratización y extensión de liberalismo– en los países atrasados (Villaverde Rico, 2022, p. 221). Francia tenía que postular el ideario de 1789, a sabiendas de que el vacío colonial que dejara sería inmediatamente ocupado por Inglaterra (Villaverde Rico, 2022, pp. 189-210, 222). Para propiciar estas ideas entre los imperialistas que se sentaban en la Cámara de Diputados francesa había que ser prudente y no abandonar nunca el realismo político.

La tesis de María José Villaverde en estos puntos es diáfana: Tocqueville fue cauto. Restringió el derecho de igualdad a los esclavos al negarles, provisionalmente, el derecho de propiedad. Sabía que el derecho de propiedad del colono colisionaba con el derecho de libertad del esclavo. El Estado debía conciliar «en la medida de lo posible» (subrayado en el libro) ambos derechos. Son criticables su consideración del derecho de propiedad del colono sobre el esclavo y su defensa de las indemnizaciones del Estado a los colonos caso de practicar la liberación de «sus» esclavos. Pero se trata de afirmaciones de Tocqueville, señala la profesora Villaverde, en la Cámara de Diputados para sacar adelante un proyecto de ley a favor de la abolición de la esclavitud. Tocqueville trataba de solucionar un problema real con soluciones reales pues las ideales hubieran fracasado. Los moralistas hubieran sido derrotados sin atraer adhesiones y no hubieran neutralizado a los políticos esclavistas (Villaverde Rico, 2022, p. 70). «Que su proyecto abolicionista era insuficiente, Tocqueville era el primero en reconocerlo, pero era eso o nada», señala Villaverde Rico (2022, p. 70). Tocqueville encara un problema humano, ajeno a los políticos pusilánimes, sin abandonar criterios estratégicos favorables a Francia que impedían abandonar las colonias en un contexto internacional imperialista marcado por la competencia con Inglaterra (Villaverde Rico, 2022, p. 71). Villaverde señala:

¿Se le puede reprochar que no fuera más radical? Tocqueville era un político muy consciente de que el ámbito de la política requiere negociación y concesiones. Era un liberal laico, ni de derechas ni de izquierdas, alérgico a las organizaciones partidistas, no racista y tendente al pesimismo político (pp. 271-277). Y era de esos hombres que prefieren un mal acuerdo a ningún acuerdo y, en el caso de la abolición, votó a favor de proyectos claramente insuficientes pero que consideraba pasos adelante. (...) (Villaverde Rico, 2022, p. 72).

Indudablemente, Tocqueville estuvo en la tormenta del imperialismo de su época, que se revistió de los valores liberales de su tiempo hasta que los arrinconó para repeler las revueltas en las colonias y adoptó teorías racistas más violentas y rudas con los inferiores. La tesis de la profesora Villaverde es clara:

Mi tesis es que la colonización y el imperio suscitaron entre los ilustrados y liberales de los siglos XVIII y XIX posturas enfrentadas. Ambos bandos apelaron a razones económicas (los beneficios que aportaban las colonias compensaban (o no) los costes) y morales (la conquista y sometimiento de otros pueblos era injusta e inmoral porque ninguna nación estaba revestida con la autoridad moral para dominar a otras sociedades y porque iba acompañada de una violencia inadmisible, o bien aportaba la civilización y el progreso a los pueblos colonizados) (Villaverde Rico, 2022, p. 264).

Y prosigue más adelante:

Lo que, a mi juicio, demuestran estas contradicciones es, por un lado, que la igualdad y la libertad eran principios revolucionarios que, como todo nuevo paradigma, se abrieron paso con muchas dificultades entre la maraña de intereses y de ideas establecidas en la época (Villaverde Rico, 2022, p. 265).

Tocqueville navegó dentro de estas corrientes sinuosas. El libro presenta a Alexis de Tocqueville como vertiente humana y civilizatoria del colonialismo. Apoyó al colonialismo por razones de emergencia sobrevenida por una invasión (embridió a la bestia desbocada) y en cuanto defendió la libertad y la igualdad (Villaverde Rico, 2022, p. 267). Ahí quedan sus abiertas críticas al gobierno colonial militar francés.

Quizás, Tocqueville sea un ejemplo *avant la lettre*, creo, de los dilemas entre las weberianas, ética de la responsabilidad y ética de la convicción. No cabe duda de que, ya en su época, la política plutocrática del siglo XIX le insatisfacía y confiaba en que la preparación de un nuevo político barrería a los indolentes, espurios y diletantes de las Cámaras. La propedéutica política de Tocqueville se sitúa sustancialmente, en mi opinión, entre Maquiavelo y Weber. No sólo en el tiempo, sino en el acopio de responsabilidad política. Tocqueville se asemeja a un hombre político, que dispone los medios para sostener la grandeza y los intereses de Francia (Villaverde Rico, 2022, p. 115). María José Villaverde observa esta dimensión política de Tocqueville en los términos más positivos. La actividad colonial razonable puede ser para Tocqueville, según la autora del libro, un revulsivo contra la pasividad política, un acicate a la acción pública. Pero no se trata de cualquier patriotismo, señala Villaverde, sino de uno liberal, en favor de la libertad individual inalienable, y no tanto de alguna forma de republicanismo (Villaverde Rico, 2022, pp. 216-217). Desde luego, este tipo de político excelente, liberador y responsable subyace, en mi opinión, a la narración seguida por la profesora Villaverde acerca de las decisiones de Tocqueville en su época. Los dos laboratorios sociales donde Tocqueville experimenta son Estados Unidos con la esclavitud y el racismo como trasfondo; y Argelia con los bastidores de la cooperación, la dominación y la construcción de una sociedad beneficiosa para dos culturas extrañas la una de la otra (Villaverde Rico, 2022, p. 20).

Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo subraya la capacidad empática de Tocqueville de «ponerse en lugar de los vencidos», en las propias palabras del francés, inadvertida intencionadamente por los historiadores críticos. Ningún nacionalista o imperialista mostraría semejante empatía. Tal aproximación era consciente de las barreras culturales existentes entre árabes y franceses y era partidaria de conocerlas para acercarse con alguna probabilidad de superarlas. Prudencia, flexibilidad, tolerancia, no imposición de las ideas europeas, aún sin olvidar un ideal civilizatorio, debían regir una legislación diversa para diferentes (Villaverde Rico, 2022, pp. 146-147). James Mill escribió los diez volúmenes de *The History of British India* (Londres, 1858), en colaboración con el mucho más explorador Horace Hayman Wilson, sin pisar la India; y Émile Durkheim compendió la antropología de su época en *Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totémico en Australia* (1912), mucho después, sin realizar estudio de campo en isla alguna, grande o pequeña. Alexis de Tocqueville demostró, en cambio, una pionera preocupación por la objetivación de las experiencias del viaje, tan alejada de los civilizados ensimismados con su alta cultura como de los orientalistas que huían de su civilización en busca de lo exótico. Coincidí con la profesora Villaverde en destacar una empatía intercultural genuina en Tocqueville. En mi opinión, Tocqueville estaba en el camino de las ciencias sociales por acercar culturas, en la medida de lo posible –establecer invariables culturales en tiempos y lugares, y diferencias insalvables– cuando los senderos de estas investigaciones estaban sin abrir todavía.

La profesora Villaverde sostiene que Tocqueville no defendió abiertamente la conquista de Argelia por Carlos X en 1830, ni compartió el fervor colonialista que se propagó entre los franceses (Villaverde Rico, 2022, p. 208). Se vio ante un problema internacional que encaró como eje de su carrera política hasta ser nombrado ministro de Asuntos Exteriores (Villaverde Rico, 2022, pp. 175, 209). Tocqueville no tuvo un sentimiento hostil con los colonizados a sabiendas de que podía desatar violencia y

de que más valía propiciar las sinergias económicas y sociales entre ambas poblaciones (Villaverde Rico, 2022, p. 172). Aunque aspiró a corregir la política exterior nefasta mediante un cargo que le permitiera decidir lo correcto, no lo logró. Ni lo consiguió ni vio triunfar sus ideas. Su detestado Segundo Imperio plasmó la protección de los derechos de los nativos y él no pudo (Villaverde Rico, 2022, p. 174). Calló ante las *enfumades* –el ejército francés prendía fuego en las cavernas donde se escondían hombres, mujeres y niños argelinos y luego taponaba las salidas para que el humo tuviera su efecto más letal–, según la profesora Villaverde, con el fin práctico de ser elegido y mirar hacia adelante con otra política colonial (Villaverde Rico, 2022, pp. 174, 175). Tras diez años de activismo sobre la cuestión colonial que incluyeron dos viajes sobre el terreno (1841, 1846), intervenciones en la Cámara de Representantes y actividad prolífica en comisiones legislativas, ..., Tocqueville dejó la política externa relativa a Argelia para centrarse en la política interior de Francia desde 1850. Entonces, entre la decepción y el convencimiento del desastre final de la política francesa en Argelia, inicia un extraño silencio sobre el que la profesora Villaverde ofrece algunas hipótesis (Villaverde Rico, 2022, pp. 174, 175).

Como muchos de los críticos de Tocqueville están más ocupados hoy de sus promociones universitarias, de su número de seguidores en las redes, de las experiencias viajeras con los colegas en tierras ignotas o en capitales culturales del mundo, o del nivel de impacto entre sus conocidos que de arreglar los problemas de su país, no puede ser comparable la sensibilidad del normando con la de un universitario del siglo XXI. Tocqueville no sólo es un elemento de su época, desafió, también, las costumbres de su tiempo matrimonioando con una inglesa, se permitió licencias extraconyugales, admitió una estrecha correspondencia de su desanimada mujer con uno de sus dos mejores amigos con detalles cálidos, aprovechó un permiso de trabajo de juez para hacer el viaje más eficaz que nunca un pensador social hizo a Estados Unidos, se pasó media vida intentando cuadrar las cuentas de la producción agropecuaria de su gélido castillo con su costosa y necesaria rehabilitación, y tuvo una horda de pocos amigos entre los que se encontraban como capitanes Louis de Kergolay y Gustave de Beaumont. Sin duda, la profesora Villaverde admira a Tocqueville –como yo– y conoce su centralidad en la historia del pensamiento político. Por ello, le logra sacar adelante de la malla de absurdas retroproyecciones de sus críticos. Este normando con fuerte querencia de Luciano de Somósata no se permitía contemplaciones con su época, en mi opinión. Decía lo que pensaba alto y claro como el «parresiastes». Si bien era consciente de que las convicciones debían conjugarse con las responsabilidades.

Uno de los aciertos de *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* es encontrar un *dramatis personae* de semejanzas y diferencias con personajes de su época, con quienes contrastarle, en vez de concepciones políticas actuales. Solo se da la excepción de Jürgen Habermas que sale innecesariamente a relucir (Villaverde Rico, 2022, p. 270). Entre estos, y algunos otros actores más secundarios, hay una tensión dramática marcada por unas coordenadas políticas y sociales determinantes. Todos actúan en un *Theatrum Mundi* barroco cuyos hilos mueven decisivamente el imperialismo y las relaciones coloniales (Andrés, 2004). Bugeaud, Abd-el-Kader, Gobineau, Desjobert, Blanc y J.S. Mill son, en el libro de la profesora Villaverde, un juego de espejos a través del cual se pueden ver no sólo las posiciones políticas de Tocqueville sino una serie de contrapuntos para observar al personaje que se desenvuelve moralmente en su época. El «Gran Teatro del Mundo» en el que todos vivimos va cambiando indefectiblemente en el tiempo, de forma que nadie puede ser juzgado fuera de la escena y el escenario que le tocó vivir. En las tablas de la representación, Thomas Robert Bugeaud interpreta al militar ambicioso que alimenta innecesariamente la guerra y no pone límites ni a sus medios ni a la extensión de la conquista. A Tocqueville le parece más apropiada la conquista comercial –facilitar en

vez de obstaculizar el establecimiento de los colonos— que cualquier guerra de exterminio. El normando tenía muy claro que «el que siembra vientos recoge tempestades» como ocurrió con los indios en Norteamérica (Villaverde Rico, 2022, p. 159). Había que ser prudente sin ser idealista. Pretender una convivencia pacífica e integrada de todos era, por otra parte, un sueño (Villaverde Rico, 2022, pp. 163, 166, 167). Abd-el-Kader era el jefe tribal en que equivocadamente Francia había confiado. Reúne ser jefe militar y procede de familia religiosa. Tanto es jefe guerrero como morabito. Traicionará al país colonizador para asegurarse su jefatura dentro de la fragmentación tribal del poder militar autóctono. Hombre hábil que fracasa en su intento de aliarse con Marruecos, es el enemigo a abatir (Villaverde Rico, 2022, pp. 142, 143, 165). Amédée Desjober representaba al diputado de izquierdas miembro de la *Société française pour l'abolition de l'esclavage*. Se opone a la colonización de Argelia. Es el antiimperialista empero etnocentrista, que pretende recibir a los argelinos de buena familia en Francia para que estudien y se conviertan en élites europeas para su país. Cabeza visible de opositores a la guerra parcial o total, encabeza a los idealistas que no habían pisado Argelia, a los bienintencionados ciegos a la realidad. Tocqueville no era tan soñador como ellos (Villaverde Rico, 2022, pp. 149, 156). Louis Blanc encarna al grupo declaradamente progresista –liberales, republicanos y socialistas– y abiertamente colonialista. Le sirve a la profesora Villaverde para demostrar plausiblemente que el espíritu de conquista y colonización era el espíritu de la época sin distinción de ideologías (Gutiérrez, 2023). La «misión civilizadora» a la que Francia estaba llamada para el mundo requería una armada robusta y un nacionalismo extenso en su época, al que Proudhon no era, ni mucho menos, ajeno. Querían fomentar una fraternidad universal sobre bayonetas (Villaverde Rico, 2022, pp. 135, 137-141). El espíritu de civilización contaba con el brazo armado del espíritu de conquista, si recordamos a Benjamin Constant (2008). John Stuart Mill materializa al amigo y confidente de Tocqueville frente a un poder social y político ilimitado ya en el siglo XIX. Pero también es el amigo al que se sacrifica si es necesario sobreponer el orgullo y el nacionalismo a cualquier relación personal con competidores políticos ingleses (Villaverde Rico, 2022, pp. 189-197). Pero el personaje de contraste al que la profesora Villaverde tiene que dedicar más espacio y dar más importancia es Joseph Arthur de Gobineau. Así es por la estrecha relación que tuvo con Tocqueville este auspiciador de las teorías racistas que llegan en línea franco-germana directamente hasta Adolf Hitler (Capítulo 3, «Encuentros y desencuentros con Gobineau», pp. 73-118). La profesora Villaverde sitúa a Gobineau en la historia del racialismo entre sus inicios en el francés François Bernier en 1684, con la primera clasificación de las razas, y sus secuelas en el pasado siglo XX. Deslinda a Tocqueville de cualquier adscripción racial o biológica de raza y ello a pesar de utilizar un lenguaje impregnado de la cultura del siglo XIX. Muy al contrario, Tocqueville fue un defensor del mestizaje, subraya el libro, entre árabes y franceses en los primeros años de la colonización. El encuentro y colaboración entre ambos comenzó en los años 1842 y 1843. Las diferencias entre el racismo de uno y el antirracismo del otro fueron claras; en 1848, la colaboración se rompió, aunque serían amigos hasta la muerte de Tocqueville. Entre ellos queda una correspondencia de ochenta y dos cartas, entre 1843 y 1859, marcada por las diferencias teóricas (el determinismo racial chocaba con el libre desarrollo liberal) y la admiración de Tocqueville por la capacidad de trabajo de su amigo y su dominio directo de las fuentes filosóficas alemanas. Gobineau era un nostálgico del pasado y Tocqueville un moderno, en cualquier caso. Tocqueville mostró un vivo e irónico rechazo a las tesis de su amigo en *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* (Villaverde Rico, 2022, p. 102). Las diferencias entre Gobineau y Tocqueville en materia religiosa fueron muchas. *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* diferencia, en cualquier caso, las tesis de Gobineau de la «higiene racial», de la «solución racial». A pesar de subrayar la superioridad de la raza aria y la inferioridad judía, los nazis tuvieron que expurgar su defensa de un declive civilizatorio de la cultura aria y su desprecio

por los alemanes del siglo XIX. Las asociaciones alemanas partidarias de Gobineau se encargaron de realizar inicuos usos del escritor con justificada base racialista del *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*. Todos estos contrastes de Tocqueville con esta panoplia de personajes relevantes de su contexto decimonónico sirven para delimitar eficazmente los perfiles morales y políticos del autor en materia de esclavitud y colonialismo en *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*.

En mi opinión, Tocqueville es una figura de tránsito entre el discurso político centrado en la Nación y el ideario universal de los derechos humanos. Del lado de la Nación imperante, todos los personajes relevantes justificaban encaminarse a la grandeza nacional y la civilización burguesa. Incluso Marx, desde el argumentario emancipador, justifica una colonización que extiende la dominación capitalista con la misma rapidez que se fragua su crisis definitiva. Pero, el problema de fondo es que, pronto, los derechos humanos irrumpen, en mi opinión, con un discurso tanto legitimador del Estado como articulador de la liberación. Se produce un deslizamiento del discurso nacional al discurso de los derechos (Legros, 2007, pp. 117, 119). ¿Qué papel juega Tocqueville en este desplazamiento? Como figura de tránsito entre el Antiguo Régimen y la Revolución, su papel es ambivalente. Tocqueville alega que Francia tiene un compromiso con la difusión del ideario de 1789 por el mundo. Antes que Inglaterra. Pero ¿de qué derechos se trata y hasta donde y a quienes se extienden los derechos? Creo que no se extienden a tantos sujetos ni a tierras tan lejanas como supone *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. Pienso que Tocqueville suscribe un discurso limitado de los derechos. No puede sobreponerse a su tiempo como tampoco puede saltar sobre su propia sombra. Se demanda libertad de opinión, de prensa, de imprenta, de reunión, de religión, para los excelentes o, cuando menos, para los que saben leer y tienen el estómago satisfecho. Todavía no se gobierna para el pueblo que no sabe o no puede leer, que no se reúne, ni se asocia, que no imprime, no vota, no viaja, ni le hostiga la duda religiosa. Todavía no le había llegado el «turno al Pueblo» (Costa, 2003)¹. Los colonizados, los pobres, los penados, los trabajadores, las mujeres estaban exentos de esos derechos... Tocqueville no es ajeno a esta encrucijada y su defensa de los derechos civiles tiene un destinatario, necesariamente, muy limitado.

2. La ciudadanía liberal y sus externalidades: colonos, pobres y delincuentes

El diálogo entre el historiador y el filósofo es tan difícil, al menos, como el aireado por Isaiah Berlin entre «el castor y el erizo». La historia está abonada a las circunstancias y los hechos del contexto. La autolimitación del historiador es interpretar poco y atenerse al contorno temporal que rodea a los individuos. En cambio, el filósofo puede suscribir con gusto la tesis de un novelista, Juan Carlos Onetti, manifestador de que «los hechos son siempre vacíos, son como recipientes que tomarán la forma del sentimiento que los llene». La cooperación sobre el mismo tema no puede asegurarse entre el historiador y el filósofo. De una parte, Arnold Toynbee puede llenar enciclopedias para explicar la «Europa de Hitler» y, de otra parte, Vilfredo Pareto puede especular brevemente para establecer «el fin del ciclo plutocrático». Ambos dan en la diana sobre la crisis del liberalismo y el surgimiento del populismo de uno y otro signo. Si bien Pareto lo hace con menos páginas y, en mi opinión, con mayor capacidad de comprensión de la época. Ninguno es ajeno a una concepción cíclica de la historia y, por ello, avisan a los ciudadanos de las reposiciones venideras de la misma representación conflictiva. Como si de un tiovivo, cine o teatro clásicos se tratase para todos los públicos de cualquier tiempo: los

¹ También en *Revista Socialista*, nº 9, 16 de mayo de 1903, págs. 360, 361; y en «Oligarquía-Caciquismo. 100 años de la Información del Ateneo de 1901», *Boletín de la Biblioteca del Ateneo Científico, Literario y Artístico*, nº 9, Segunda época, Año II, abril de 2001, p. 1.

fantasmas volverán. El historiador y el sociólogo son contemporáneos algo refractarios y, sin embargo, se refieren a tema parejo y concluyen en lo mismo para explicar la crisis del liberalismo de los siglos XIX y XX. Sin embargo, su contraposición metodológica daría centellas. Cuando se trata de un excelente libro de historia de las ideas políticas –si me siguen, tendrán claro que me refiero a *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*– y se debiera polemizar algo, el filósofo no puede ser sino un «tábano» y una «partera» que alumbe alguna idea polémica. Una idea que al historiador le parecerá elevada, no por su calidad, sino por liberarse de la constrección de los hechos y planear entre generalidades. Vayamos a ello, como si estuviéramos en Atenas.

Mi tesis va a hombros de gigantes. Participo de las hipótesis de Marcel Gauchet y de T. H. Marshall sobre las limitaciones palmarias de los derechos humanos que configuran la ciudadanía en el siglo XIX. Me malicio como ellos que gran parte de los derechos civiles, políticos y sociales que definen la ciudadanía no fueron sino derechos de la burguesía y se extendieron a la población en extenso, muy lentamente, con un sin número de limitaciones. Los derechos llegaron muy tarde a colonos, pobres y presos. De los trabajadores y las mujeres, ya saben. Esta tesis no es nueva. Lo novedoso de sus postulados, cuando fue declarada, es la manera en que Gauchet y Marshall, desde muy diferentes campos de trabajo, la formularon. Dejemos de lado, por el momento, a los derechos sociales que Hirschman (1992) señala nunca fueron decididamente reconocidos por los conservadores. El Estado social sería un caballo de batalla de los progresistas y los conservadores durante todo el siglo XX, con muy desigual fortuna y serios altibajos en su efectividad (Hirschman, 1992). Centrémonos en los derechos civiles y políticos. Aunque Tocqueville se refiera a la necesidad de hacer valer el legado liberal revolucionario de 1789, aunque declare el compromiso de Francia en extender la libertad de la Revolución en el mundo, sabemos que los derechos no fueron para toda la población. ¿Cabía un entendimiento por Tocqueville de estos derechos civiles y políticos para toda la población? Posiblemente, no de forma efectiva. Tocqueville defiende la elevación de los que están en las posiciones más bajas de la escala social. De acuerdo. Pero su mayor temor es que sea mediante un descenso de la excelencia social. Defiende posiciones de poder a caballo entre la aristocracia y la burguesía más elevada. Los caracteres más fuertes, los mejores espiritualmente, no debieran ser dañados por esa igualdad de condiciones –nivelación social– que atribuye a la Iglesia haber iniciado ya en el siglo XIII, si atendemos a la introducción de *La democracia en América* (Tocqueville, 1980, p. 10). La nivelación o igualación social que se abre está rodeada de espantos. Se ha producido con un temor al pueblo por la burguesía de tamaño sólo comparable a la energía puesta por la clase trabajadora en reivindicar sus derechos durante las sucesivas revoluciones sociales que se dan en los siglos XIX y XX. Cuando se produce la crisis final del liberalismo ultimado el siglo XIX, el reformismo social de personajes como Max Weber, con vértigo al ascenso social del proletariado y pánico a la conflictividad social, tendrá querencia de los medios empleados por sus antepasados liberales, métodos expeditivos, para aplacar las protestas. Tocqueville descalifica, en los *Souvenirs*, a «la pura canalla de la insurrección» que irrumpió en el Parlamento durante la revolución del 48 (Tocqueville, 1986, p. 758). No olvidemos que las barricadas revolucionarias en París llegaron, décadas después, hasta la altura del primer piso de la rue de Rivoli. El París de las avenidas trazadas por el arquitecto Haussmann, bien mediado el siglo XIX, tenía tanto la intención de embellecer y sanear la ciudad como de facilitar la movilidad de la tropa y los aparatos de choque y combate de las fuerzas contrarrevolucionarias (Berman, 2013). Hubo una genuina intención declarativa de derechos. Tocqueville postula el compromiso de Francia en extender la liberación revolucionaria, repetidas veces. Si bien se llevó a cabo *ma non troppo*. Y creo, por lo que diré, que el liberalismo político de Tocqueville puede significar ejemplarmente esos titubeos propios de la

época respecto de los derechos en tres figuras marginales socialmente, a las que se refiere *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*: el colono, el preso y el pobre.

La declaración de derechos para el ciudadano coexistió necesariamente con las leyes de pobreza para los desclásados sociales. La propia declaración paulatina de derechos civiles y políticos fueron una válvula de escape a un calentamiento conflictual que hubiera finalizado en la explosión social. El avance de las generaciones de derechos fue necesario para evitar el estallido social. Los derechos humanos son conquistas históricas, trofeos populares en vez de papel mojado. Los pobres debieron consolarse con unas Leyes de Pobreza que representaban un orden de dominación para los no propietarios –ni de fuerza de trabajo alguna– en Inglaterra. T.H. Marshall aboga por que hubo una inclusión gradual de los derechos civiles de los varones adultos de la comunidad. La ciudadanía en forma de derechos civiles -supone- era universal en el siglo XIX. Aunque, creo yo, fueran de efectividad muy dudosa para muchos sectores desfallecidos. Pero, los derechos políticos durante el siglo XVIII, según T.H. Marshall, eran defectuosos en su distribución si los juzgamos desde la ciudadanía democrática. En el siglo XIX, el número de votantes no superaba la quinta parte de la población masculina. El voto tuvo que ir pasando de monopolio cerrado a monopolio abierto paulatinamente. ¿Qué virtualidad hubieran tenido las nuevas instituciones democráticas, more francés, en Argelia? Me pregunto yo. Por lo que se refiera a la semilla de los derechos sociales, la *Poor Law* pretendía algo más que aliviar la pobreza, buscaba planificar la sociedad para preservar el orden social isabelino con una dosis mínima de cambios sociales. La *Poor Law* apartaba los derechos sociales de la ciudadanía. Favorecer a los enfermos, a los viejos, a los débiles y perdedores era cuestión de compasión y no del reconocimiento de derechos sociales ligado al sistema salarial y las fuerzas del mercado. Los indigentes perdían, por ley, la libertad personal en la práctica y cualquier derecho político que tuvieran al internarse en el asilo. Hasta 1918, en Inglaterra, ser objeto de beneficencia y compasión «separaba a la comunidad de los ciudadanos de la compañía de los pobres y proscritos» (Marshall y Bottomore, 2007, p. 33). Y esta línea fronteriza era una convicción propia de todo un pueblo (Marshall y Bottomore, 2007, pp. 28-33). El modelo inglés de restricciones a la justicia para todos no le era ajeno a Tocqueville, ya que tenía su mirada constantemente orientada hacia Inglaterra, adonde también viajó. Observó errores y aciertos manifiestos en una Inglaterra que vivía los procesos históricos con cierta anticipación sobre Francia.

Más allá de las afirmaciones de los autores está el encuadre político en el que actúan y se pronuncian. Los autores son síntomas, más o menos geniales, más o menos mezquinos, de su época. Y el contexto declarativo de los derechos humanos de 1789 tiene un enclave político fuerte. Marcel Gauchet afirma que estos derechos fueron principios legitimadores del Estado más que garantías de los individuos. Si se proclamó la inviolabilidad del domicilio y el *habeas corpus*, muy bien para el Estado. Habían predominado las *lettres de cachet* –órdenes discretionales de detención emitidas por el ejecutivo a petición del particular interesado en alguna custodia para el que resultara molesto (Foucault y Farge, 1982) – y el Estado salía muy reforzado con estos nuevos derechos. El Estado revolucionario tenía que diferenciarse del pasado Antiguo Régimen: «miren cuan legítimos somos comparados los revolucionarios con la monarquía francesa», repetiría el «tercer estado». Si comienzan a repartirse recursos públicos a los más necesitados socialmente ya en la Revolución, puede señalarse la emergencia de la «cuestión social», si bien toda atribución de asistencia social no sólo pretende la mejora de vida de los menos pudientes sino la obediencia de los beneficiados. El Estado da medios y exige acatamiento en 1789 (Gauchet, 1989).

Toda esta descripción argumental sobre la limitación de derechos de facto durante el siglo XIX me parece viene al caso porque Tocqueville guarda un equilibrio entre liberalismo cívico, de una parte, y gestión de las figuras periféricas al ciudadano, de otra. Tiene presente siempre esta balanza política de actuación. Aunque sea tangencialmente, la profesora Villaverde se refiere a los estudios sobre las prisiones realizados por Tocqueville y Beaumont en la América de 1831, con mucha benevolencia académica hacia la profilaxis social practicada sobre el cuerpo social herido por el delito. De similar manera, la profesora Villaverde elogia la sensibilidad social de Tocqueville hacia los miserables en su *Memoria sobre el pauperismo*, I y II. La profesora Villaverde observa «sensibilidad social» en Tocqueville en sus «informes sobre las prisiones, sobre la pobreza, sobre el abandono de los niños», aunque «no estuviera de acuerdo con las ideas de Proudhon o Blanqui» (Villaverde Rico, 2022, p. 272). Menciona todos los trabajos que representan una concepción intervencionista del normando: «*Mémoire sur le Paupérisme*» (1835), «*Deuxième Article sur le Paupérisme*» (1837) y sus notas para el programa de la «*Jeune Gauche*». Deslinda estos trabajos de cualquier conexión con asociaciones obreras y les atribuye una sensibilidad imperiosa contra la miseria social característica de todo el espectro político de la época: de Friedrich Engels a Luis Napoleón. No cabe duda de que las medidas que destaca la profesora Villaverde iban destinadas a «mejorar las condiciones de las clases trabajadoras» (Villaverde Rico, 2022, p. 272): de la disminución de impuestos y la instrucción a las cajas de ahorro y de socorros mutuos, pasando por los asilos, hospicios y centros de beneficencia, sin olvidar la legislación laboral que disminuyera la jornada obrera (Villaverde Rico, 2022, p. 272). *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* destaca el informe de Tocqueville el 20 de junio de 1840 en la Cámara de Diputados para reformar las prisiones: «proponía dotar de celdas individuales a los reclusos para evitar agresiones y violaciones, así como escolarizarles, enseñarles un oficio y pagarles un sueldo. Perseguía con ello prevenir reincidencias y reintegrarles en la sociedad» (Villaverde Rico, 2022, pp. 272, 273). Tanto su sensibilidad pauperista como penitencial no son en el argumentario de la profesora Villaverde muestras del problema socialista de la «cuestión social» y, tampoco, veía en el colonialismo la salida plausible para elevar a estos infortunados como colonos en las Antillas o en Argelia (Villaverde Rico, 2022, p. 212). Pero ¿hay tanta filantropía social en Tocqueville? Pienso que no tanta hay.

Efectivamente, Tocqueville era tan sobrio y austero que no podía suscribir el lema «enriqueceos» de Guizot (Villaverde Rico, 2022, p. 212). Sin embargo, más allá de la filantropía, estas medidas son auspiciadas por una sensibilidad menos filantrópica que resolutiva. Son los tiempos de los equipamientos sociales nuevos – cementerios, hospitales, escuelas, mercados, prisiones, asilos, ...– adaptados el empuje industrial que favorecieron los éxodos del campo a la ciudad hasta desbordar las urbes. Había que vigorizar una fuerza de trabajo extenuada y famélica. Ningún pensador social podía sustraerse a estos problemas. El socialismo verá menos filantropía en estas medidas de higiene pública y gestión de la pobreza que atención urgente a la demanda de mano de obra de la industria. Había que sanar y emplear al cuerpo social. Sólo un cuerpo sano es industrial. Tocqueville comparte con los pensadores sociales fundadores de la sociología clásica un organicismo social típico. A su compartida visión de la sociedad como un cuerpo con órganos le correspondió una visión de la sociología como medicina social. Esta concepción natural de la sociología debiera ser capaz de sanar las peores enfermedades sociales con la contundencia del cirujano. Las dos *Memorias sobre el pauperismo* (1835, 1837) y la «Carta sobre el pauperismo en Normandía» de Tocqueville trataron de encajar las figuras del trabajador indigente y del miserable dentro de un sistema de control político. Asegurar la «ciudadanía» a ciertos sectores pudientes de la población fue compatible con la existencia de pobreza social. La estrategia política burguesa de Tocqueville no menoscaba, por ello, su grandeza con la que concluire.

Tocqueville acudió a la benthamista Inglaterra para adquirir una valiosa experiencia económica acerca de cómo resolver el problema de los pobres. Quería cortar la epidemia social que traían los paupérrimos. Se encontró con dos figuras sociales menesterosas: el necesitado y el miserable o indigente. El primero se vio compelido a trabajar duramente pues no contaba con reservas económicas. El segundo quedó como un rédito necesario y molesto que carecía del mínimo para vivir modestamente. Exento de derechos, cae bajo la caridad pública o privada. La caridad privada, más que la caridad pública, y los montepíos y las cajas de ahorro, en vez del Tesoro público, que invertiera correctamente los ahorros de los más menesterosos, debían paliar un mal endógeno del capitalismo del Estado liberal. El problema era antiguo, pero la noción de «pauperismo» había abierto una reflexión nueva sobre el creciente aumento de la pobreza con la industrialización. El *Cours complet d'économie politique pratique* (1803, 1840) de Say dejó claro un principio compartido por Tocqueville: «el hombre no debe nada a los otros, se debe a sí mismo el perfeccionamiento de su ser». No hay ningún título que avale el sostenimiento de los indigentes por los propietarios. Tocqueville pudo partir del principio de Say: los seguros públicos jamás descienden el número de indigentes, más bien lo aumentan. No había beneficencia pública suficiente para atajar la pobreza (Say, 1840, pp. 478-479). Si se atiende a la segunda *Memoria sobre el pauperismo*, la unión de cajas de ahorro y montes de piedad forma el adecuado circuito de crédito y deuda entre los propios derrotados del capitalismo. La población indigente es el paciente y la propia terapia en cuanto enmiende sus hábitos letales –pereza, picardía, ociosidad, ...–. Debían salir de la pobreza, causada por sus equivocadas decisiones, como el barón Munchausen quería salir del río que le anegaba tirándose de sus propias barbas. Supuso que la legalización de la caridad pública favorecería la existencia de más pobres. Queriendo lo mejor –evitar la pobreza– se logra lo peor, incrementarla con ayudas sociales, según el «argumento perverso» que Albert Hirschman critica y en el que incurre Tocqueville (Hirschman, 1992). Su más respetable interlocutor en Inglaterra es un gran propietario del sur, juez de paz, con quien se aloja en Longford Castle: la picardía de los miserables estaba, según su anfitrión, a la orden del día. Y el método científico, le falta decir a Tocqueville, está salvado del contagio de la miseria. El estudio de campo para el «miserabilismo» es muy reducido, si se le compara con el informe *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación a Francia* (1832) (Tocqueville, 2005). Por momentos, el nacionalismo y el carácter nobiliario enturbian su visión social. Cuando más desarrollo industrial se da en Inglaterra, más miseria se produce. Francia podría atajar la miseria pues, más atrasada, emplearía a los pobres en el campo (Tocqueville, 2003). Supone que la miseria no deja de ser una lacra social proveniente del capitalismo emergente. La pobreza es un campo de pruebas privilegiado para su carácter aristocrático. Su objetivo es inocular el cálculo económico del propietario a los desposeídos y evitar la miseria pues, si no, el resentimiento popular de los pobres se convertirá en reivindicación proletaria. El *lumpen* indolente pasará a ser contestario. Si el colonizado no podía ser violentado en grado extremo, según Tocqueville, el pobre tampoco podía ser humillado. Ambos se vengarían de ser vejados en extremo. Aquí la filantropía es menor que la prudencia política que el propio Maquiavelo aconsejaba en *El Príncipe*, bajo la admonición de nunca dar lugar a ser odiado. Había que ocuparles y hacerles sentir productivos en un sistema social en el que, recién llegados, se beneficiaran del esfuerzo. El «resentimiento» es uno de los motores psicológicos negativos empleado por Tocqueville para entender la dinámica social (Elster, 1995). Sus remedios sociales para la pobreza son prudentes actuaciones para un problema surgido con el capitalismo industrial de gran expansión en la primera mitad del siglo XIX (Esser dos Reis, 2020). Claro está que no atisba derechos para los pobres. La ciudadanía industrial necesita evitar las gravosas externalidades del sistema.

El aislamiento celular para los presos tenía un fondo más profundo que evitar las riñas tremendas entre reclusos, como señala *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. Tocqueville y Beaumont vieron todas las prisiones y hablaron con todos los directores de instituciones penitenciarios habidos y por haber. A mitad de su estancia en aquel país en 1831, se sintieron perturbados por la repetición de testimonios y ambientes carcelarios. Fueron de una probidad extrema con el encargo que justificó el permiso de trabajo de juez en Versalles de Tocqueville. Sin embargo, necesitaban respirar con un asunto de mayor trascendencia y calado. Al final, Tocqueville ideó *La democracia en América* en solitario y Beaumont se ocupó de «la situación de los negros en la sociedad angloamericana» en *María o la esclavitud en Estados Unidos*, con un reparto escrupuloso de tareas descrito en la primera nota de aquel libro en su primer lance (1835) (Tocqueville, 1980, p. 387). Sin embargo, Tocqueville escribió «Posición que ocupa la raza negra en los Estados Unidos; peligros que su presencia hace correr a los blancos» en su obra magna (Tocqueville, 1980, pp. 317-339). Allí maldice a los que restablecieron la desigualdad tras mil años de igualdad y la observa perclitada por ser declarada injusta por el cristianismo y funesta por la economía política (Tocqueville, 1980, p. 339). Queda clara, allí, su vocación antiesclavista y su compromiso con el moderno trabajo libre. Cara a las prisiones, ofrecieron, sobre todo, el debate carcelario más enjundioso: había dos posibilidades de organización de las prisiones, sistema de Auburn o sistema de Pensilvania. El modo Auburn permitía la vida en común de los presos durante el día y su aislamiento durante la noche; la manera Pensilvania aseguraba el aislamiento completo del preso durante el día y la noche. Este debate recorrió las direcciones penitenciarias y los parlamentos del siglo XIX. La discusión no era tanto sobre la mejor rehabilitación del delincuente, sino sobre su retribución al delito cometido. Las construcciones de aislamiento completo eran más caras, pero se podían abaratar gastos si el preso enmendaba su comportamiento delictivo más rápidamente y se evitaban costes de alimentación y custodia del preso prologados. Se pretendía que el preso no viera ninguna representación humana en la celda, apenas observaría la mano que le acercaba la escudilla con la comida. Debiera dialogar solamente con la Biblia. Pueden imaginarse los costes humanos de tal aislamiento: locuras y suicidios. De otra parte, Auburn permitía la convivencia diurna y el trabajo colectivo carcelario. Era más benigno sistema y podía ser rentable al permitir la fábrica en su interior. Tocqueville y Beaumont comprendieron que había controles más blandos y eficaces que las vergonzantes cadenas. Sintetizaron sus ideas penales en cinco principios: silencio absoluto de los prisioneros, severidad en la aplicación de los castigos penitenciarios, justo soterramiento de la rebeldía, aislamiento de los reclusos beneficioso de la fortaleza de los pocos guardianes, repetición de un ritual religioso (Beaumont y Tocqueville, 1973)². Optaron por el modelo de Pensilvania, capital de Filadelfia, el más severo. Pero no fueron fieles especialistas penitenciarios. Cumplieron prolja y celosamente el encargo para viajar en un permiso de trabajo. Si bien su cometido fundamental era más amplio y de mayor calado (Beaumont y Tocqueville, 2005). A pesar de no embeberse en las cárceles, Tocqueville tuvo claro que las sociedades modernas poseen una doble racionalidad: racionalidad contractual (declaraciones de derechos y libertades) y racionalidad extracontractual (operatividad de controles y disciplinas) (Merosi y Pavarini, 1980). Él mismo es ejemplo de este doble rostro de Jano de la política contemporánea.

Las consideraciones sobre sus puntos de vista en materia de miserabilismo y prisiones son necesarias. Escasean en *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* para hacer balance aquilatado de lo que su título anuncia. Es más bien un libro dedicado a la esclavitud y el colonialismo en el gran Tocqueville, con una elogiable

² Carta de Tocqueville al Ministro de 10 de noviembre de 1831 desde Filadelfia y Carta de Beaumont de 7 de junio de 1831 desde Nueva York.

finalidad polémica con sus críticos. Ambos aspectos, miserabilismo y presidios, se han incorporado decididamente en el paradigma contemporáneo de estudio del pensamiento de Tocqueville (Benoit, 2004, pp. 149-201, 203-261). Más aún cuando se trata de identificar las luces y las sobras del liberalismo como pretende *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. En materia de esclavitud y colonialismo, el contexto político adverso en que el normando emite sus declaraciones requiere leerle entrelíneas (Strauss, 1996). Los críticos de Tocqueville le leen literalmente y desde claves actuales. Es insensato hacerlo así. El autor de los escritos sobre colonialismo quiere sortear a los más reaccionarios, copiosos en su entorno. Quiere salir vivo de los más retrógrados. La profesora Villaverde intenta esclarecer, con toda eficacia, el subtexto dándonos el contexto complejo de las afirmaciones sobre esclavitud y colonialismo del autor de *La democracia en América*. Y soslaya, en cierta forma, otros aspectos que iluminan los límites morales y políticos de su autor.

Respecto a los asuntos centrales de su libro, su tarea es ardua pues no existe una voz, una posición unívoca sobre el colonialismo en Tocqueville. Por lo menos, se suele distinguir entre dos etapas. Antes de 1840, Tocqueville supone una «civilización paternalista» que confía en la evolución de los indígenas hacia su propia civilización. La sedentarización posibilitaría que avanzara el gusto por la riqueza y el bienestar propio de las democracias. Desde la «Segunda carta sobre Argelia» (1837), desconfía de la unión pues muchos factores separan a los pueblos autóctonos de los que llegaron. La propia política de conquista acució las diferencias y llevó a la guerra (Boukerche, 2018, pp. 233-235). Sí es abiertamente antiesclavista. Pero no obvia buenos y malos resultados de la emancipación: el avance de la población negra hacia la instrucción y las buenas costumbres y, por contrapartida, el aumento de los salarios y la dificultad y la ruina de los colonos (Tocqueville, 2009, p. 21). Siempre prevé medidas indemnizatorias para los propietarios de esclavos y, de esta forma, amortiguar los daños de la abolición (Tocqueville, 2009, p. 35). En materia de colonialismo, es más ambivalente que en materia de esclavitud. Las circunstancias por las que atraviesa Francia en el mapa de los imperios mandan para Tocqueville. Tocqueville busca siempre las mejores soluciones con el mayor estudio y la máxima responsabilidad para una circunstancia indisponible y sobrevenida en su época: el imperialismo y la Argelia colonizada. Siempre considera lo que se hizo en Argelia y lo que debiera haberse hecho para no cometer los errores habidos (Tocqueville, 2009, pp. 56-57). Le parece claro que Francia puede vencer, pero no dominar mediante la ley y el bienestar de las diversas poblaciones a medida que avanza y madura su experiencia (Tocqueville, 2009, pp. 58-59). Los árabes son más indómitos y los cabilieños son más gobernables. Así que la «dominación total» sobre unos y otros debiera ser un medio para la «colonización parcial» (Tocqueville, 2009, p. 78). Su conocimiento de la situación argelina le sitúa en el realismo político: «(...) si queremos lograr una colonización de cierta extensión, no habrá más remedio que tomar medidas no sólo violentas, sino manifiestamente inicuas. (...)», y prosigue

Soy en general muy contrario a las medias violentas, que suelen parecerme tan ineficaces como injustas. Pero, en este caso, hay que reconocer que no llegaremos a sacar partido de las tierras que circundan Argel sin la ayuda de una serie de medidas de este tipo, a las que por consiguiente debemos decidirnos (Tocqueville, 2009, pp. 99).

Tocqueville tenía muy claro que en África no existía una «sociedad» en el sentido europeo: «existen los hombres, pero no el cuerpo social» (Tocqueville, 2009, p. 127). De forma que se debiera construir este cuerpo social facilitando la llegada de colonos que extendieran el bienestar y las sinergias colaboradoras entre las poblaciones diferentes. Gentes autóctonas muy diversas, que conocía muy bien, y poblaciones llegadas de la metrópoli debían cooperar. Hacía falta una organización

institucional, con cierto grado de adaptación a las circunstancias e inspiración occidental. También, se requería la guerra total, llegados al extremo inevitable, aunque sus críticas a la soldadesca y sus medios fueron aceradas. Tocqueville no es sombrío. Es iluminador, a pesar de las limitaciones de justicia propias de su época. La colonización argelina nos proyecta –como señala la profesora María Luisa Sánchez-Mejía en su estupendo estudio «Los intereses de Francia: Tocqueville y la cuestión colonial»– el «Tocqueville político», el «diputado en la Asamblea», el «defensor de los intereses de Francia» (Tocqueville, 2009, p. XI). ¿Resta un ápice de interés este Tocqueville político al Tocqueville teórico liberal? De ninguna manera.

No voy a esperar a tener más de ochenta años para decir –como Alain Badiou– «tengo cierta edad» (2022). Bastante más joven que él, yo ya «tengo cierta edad» y muchos recuerdos. Cuando había empezado a realizar mi tesis doctoral –ya había leído los pasajes de Michel Foucault sobre «Monstruos y fósiles» en *Les mots et les choses* (1966) y la modificación del suplicio por la prisión, en un intervalo de pocos años, en *Surveiller et punir* (1975)–, me encontré con un texto asombroso, que cito ahora por una edición para mi juvenil, una selección de textos de *La democracia en América*. Tocqueville se había anticipado, para mi sorpresa, a los diagnósticos de Foucault más de siglo y medio. Dice así:

Cadenas y verdugos eran los instrumentos que la tiranía usaba antaño; pero, en nuestros días, la civilización ha perfeccionado incluso el despotismo, del que, sin embargo, parecía no tener nada que aprender.

Los príncipes, por decirlo así, habían materializado la violencia, las repúblicas democráticas de nuestros días la han hecho tan intelectual como la voluntad humana a la que quiere reducir. Bajo el gobierno absoluto de uno solo, el despotismo, para alcanzar al alma, golpeaba groseramente al cuerpo, y el alma, escapando a esos golpes, se elevaba gloriosa por encima de él; pero en las repúblicas democráticas, no es así como procede la tiranía; abandona al cuerpo y va derecha al alma. El amo ya no dice: Pensareis como yo o moriréis, dice: Sois libres para no pensar igual que yo; vuestra vida, vuestros bienes, todo lo conservaréis; pero a partir de ese día seréis unos extraños entre nosotros. Conservaréis vuestros privilegios en la ciudad, pero os resultarán inútiles: porque si buscáis la elección (el voto) de vuestros conciudadanos, no os la concederán en absoluto, y si no pedís más que su estima, fingirán incluso negárosla. Permaneceréis entre los hombres, pero perderéis vuestros derechos a la humanidad. Cuando os aproximéis a vuestros semejantes, huirán de vosotros como seres impuros, y los que creen en vuestra inocencia, incluso égos, os abandonarán, porque se huiría de ellos, a su vez. Id en paz, os dejo la vida, pero os la dejo peor que la muerte (Tocqueville, 1969, pp. 163-164).

Tocqueville nos advertía, apenas superado el primer tercio del siglo XIX, con sólo treinta años, de qué riesgos corremos en las democracias occidentales. ¿Qué nos importan algunas declaraciones sombrías de Tocqueville? Nada. A mí me admira, sobre todo, su luminosidad. Aquel asombro juvenil se mantiene en mí, tantos años después, inalterado.

Bibliografía

- Andrés, C. (2004). La metáfora del 'theatrum mundi' en Pierre Boaistau y Calderón (en La vida es sueño y El gran teatro del mundo). *Criticón*, 91, pp. 67-78.
- Badiou, A. (2022). Las situaciones de gran desorientación terminan en guerra mundial (entrevista con Marc Bassets). *El País, Ideas*. <https://elpais.com/ideas/2022-05-21/alain-badiou-las-situaciones-de-gran-desorientacion>

- [tacion-terminan-en-guerra-mundial.html](#)
- Beaumont, G. y Tocqueville, A. (1973). *Lettres d'Amerique (1831-1832)*. Presses Universitaires de France.
- Beaumont, G. y Tocqueville, A. (2005). *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*. Tecnos.
- Benoit, J. L. (2004). *Tocqueville moraliste*, Honoré Champion Éditeur.
- Berman, M. (2013). *Todo lo sólido se desvanece en aire*. Siglo XXI.
- Boukerche, A. (2018). *L'Algérie de Tocqueville, chronique d'une colonisation ratée*. Éditions Apogée.
- Constant, B. (2008). *Del espíritu de conquista y de la usurpación*. Tecnos.
- Costa, J. (1903). El turno del pueblo. *El Evangelio, marzo-abril de 1903*.
- Elster, J. (1995). *Psicología política*. Gedisa.
- Esser dos Reis, H. (2020). *Democracia e miseria*. Discurso editorial.
- Foucault, M. y Farge, A. (1982). *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*. Gallimard.
- Gauchet, M. (1989). *La Révolution des droits de l'homme*. Gallimard.
- Gouirand, P. (2013). *Tocqueville et l'Action française*. Editions Apopsis.
- Gutiérrez, R. (2023). Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 12 (2), 311-312. <https://doi.org/10.5209/ndl.87259>
- Hirschman, A. (1992). *Retóricas de la intransigencia*. Fondo de Cultura Económica.
- Legros, M. (2007). Tocqueville face à l'esclavage et au colonialisme. *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 44, 115-133.
- Marshall, T. H. y Bottomore, T. (2007). *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (1980). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Siglo XXI.
- Sánchez-Mejía, M. L. (2009). Los intereses de Francia: Tocqueville y la cuestión colonial, en A. de Tocqueville, *Escritos sobre la esclavitud y el colonialismo (XIII-XLVI)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sauca, J. M. (1995). *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sauquillo, J. (1996). Nota a *La Ciencia de la Asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social* de José María Sauca Cano. *Revista informática del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Say, J. B. (1840). *Cours complet d'économie politique*. Société Belga de Librairie Haum et Cie.
- Strauss, L. (1996). *Persecución y arte de escribir*. Edicions Alfons El Magnànim.
- Tocqueville, A. (1959). *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et d'Arthur de Gobineau*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1969). *La democracia en América*. Ediciones Guadarrama.
- Tocqueville, A. (1980). *La democracia en América I*. Alianza Editorial.
- Tocqueville, A. (1986). *Souvenir, De la democratie en Amerique, L'Ancien Régime et la Revolution*. Robert Laffont.
- Tocqueville, A. (2003). *Memoria sobre el pauperismo*. Tecnos.

- Tocqueville, A. (2005). *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*. Tecnos.
- Tocqueville, A. (2009). *Escritos sobre la esclavitud y el colonialismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ser liberal en la era de los Imperios. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo

(2022) Guillermo Escolar
Madrid, 404 pp.

Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0003-2714-4533
paloma.delanuez@urjc.es

Cita recomendada:

de la Nuez Sánchez-Cascado, P. (2023). Ser liberal en la era de los Imperios. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 431-435

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8012>

Recibido / received: 14/07/2023

Aceptado / accepted: 26/08/2023

La lectura de este interesantísimo libro de la profesora María José Villaverde resulta, cuanto menos, inquietante. Sobre todo, para aquellos que tenían una visión del autor de *La democracia en América* mucho menos amplia, profunda y compleja de la que se ofrece en esta obra. Sin embargo, ya nada volverá a ser lo mismo, porque para cualquiera que desee conocer a fondo y sin prejuicios el pensamiento de Tocqueville (1805-1859), este libro es imprescindible.

Seguramente cada época tiene la historiografía que le interesa y que se merece. Y en el momento actual, en consonancia con las transformaciones del mundo contemporáneo, existen nuevas tendencias que insisten más en la pluralidad, la heterogeneidad y las perspectivas no eurocéntricas (fundamentalmente las llamadas «postcoloniales» y «decoloniales») que investigan las relaciones entre el liberalismo, el colonialismo y el imperialismo europeo del siglo XIX con el objeto –en la inmensa mayoría de los casos– de sacar a la luz y denunciar lo que consideran una alianza falaz y peligrosa. Y, precisamente, las ideas de Tocqueville sobre la conquista de Argelia (aunque también escribió sobre Canadá, Irlanda y la India) ofrecen la posibilidad de indagar sobre las consecuencias que aquella alianza tuvo en nuestro pasado reciente y tiene aún en nuestro presente, cuestionando seriamente la imagen que hasta entonces teníamos de un Tocqueville liberal, defensor de los indios americanos (la denuncia de su situación en *La democracia en América* es



demoledora), partidario de abolir la esclavitud y a favor de la igualdad democrática (en la que veía traslucirse los designios de la Providencia), aunque con matices.

Pues bien, María José Villaverde no rehúye el debate. Todo lo contrario; explica ese cuestionamiento por parte de ciertas interpretaciones críticas de los últimos años (como las de Mary Lawlor, Melvin Richter, Jennifer Pitts, Hélène Thomas, Kevin Duong, etc.), señala sus méritos y sus fallos y ofrece su propia interpretación. Porque si una cosa queda clara tras la lectura de su libro, es que la autora está al corriente de estas nuevas interpretaciones, y que prácticamente ha leído todo lo que humanamente es posible leer hoy en día sobre un clásico del pensamiento político como es Tocqueville, como queda reflejado, además, en la amplísima bibliografía final y las innumerables notas que inundan un texto muy bien escrito.

Y no nos referimos solamente a libros y artículos, sino a toda clase de documentos: cartas personales, intervenciones en el Parlamento, discursos, informes etc., que ofrecen una visión mucho más completa, no exenta de contradicciones y ambigüedades, no sólo del autor francés, sino de muchos de sus coetáneos, amigos, políticos e intelectuales de diferentes ideologías porque –como recuerda nuestra autora– favorables a las colonias fueron casi todos: conservadores, liberales, socialistas y marxistas (algunos de ellos, también bastante racistas). Y es que, como buena historiadora de las ideas políticas, Villaverde las coloca en su contexto histórico e intelectual y demuestra conocer muy bien la historia política de la Francia en la que Tocqueville vivió y desarrolló su vocación y carrera política como diputado y ministro, aunque en este último caso por poco tiempo.

Y he aquí el *quid* de la cuestión. ¿Puede un político, enfrentado a la realidad histórica de su tiempo, ser plenamente fiel a sus principios? ¿Hay que asumir que todo aquel que se dedica a la política práctica, tarde o temprano tiene que renunciar a sus creencias más profundas? ¿Son las contradicciones de un político fruto de sus intereses y estrategias políticas? ¿Triunfa, entonces siempre, la *Realpolitik*? ¿Es cierto –como sostenía Lord Acton– que la cercanía al poder puede confundir el intelecto y corromper la conciencia?

Si hiciésemos caso a las advertencias de este insigne historiador liberal no deberíamos disculpar jamás el abandono de nuestros principios morales, menos aún el hombre de Estado. La política es precisamente una cuestión de principios, pero ya en su época y precisamente por eso, se le consideraba un pensador e historiador inflexible que no perdonaba ni justificaba nada: ni por la categoría de los protagonistas de la historia, ni por el contexto de la época en cuestión, ni por el espíritu de los tiempos ni por necesidad o utilidad. Lord Acton, más que tratar de entender a los actores históricos que estudiaba, los juzgaba sin piedad ni posibilidad de perdón, y si el lector comulga con esos preceptos seguramente tampoco absolverá a Tocqueville al que, por cierto, el católico inglés leía con mucho interés (Lord Acton, 2010).

Sin embargo, María José Villaverde no se arroga el papel de juez; ella confiesa que lo que pretende es entender el porqué de esas contradicciones que encontramos en el pensador normando. Se trata de comprender, no de acusar ni de justificar. Y es que la realidad política es mucho más prosaica y exige compromisos y obligaciones a las que no se tienen que enfrentar el teórico político que vive en el mundo de las ideas, como bien pudo comprobar más de una vez el propio Tocqueville, sobre todo en relación a la conquista francesa de Argelia que es el tema nuclear de este libro.

Por todo esto, María José Villaverde trata de explicar (y lo hace muy bien) el origen y el desarrollo de la colonización de Argelia desde 1830. Un asunto al que

Tocqueville dedicó mucho tiempo y esfuerzo, viajando incluso dos veces en los años cuarenta a la colonia para conocer *in situ* la realidad del país.

Y es precisamente la cuestión de Argelia la que ha suscitado todo ese gran debate al que aludíamos al principio sobre la relación entre el liberalismo en general y el liberalismo de Tocqueville en particular, con el imperialismo, el nacionalismo e incluso el racismo de entonces y ahora. Porque muchos autores creen que no es que se impusiera la *Realpolitik* sobre las profundas creencias liberales de Tocqueville, o que su liberalismo fuera hipócrita, incoherente e inconsistente, sino que la cuestión de fondo es que –como afirman T. Todorov, J. Saada o S. Luste Boulbina– es el mismo liberalismo el que conduce al imperialismo. De hecho, el pensador búlgaro nacionalizado francés, considera que el nacionalismo amoral de Tocqueville sería el corolario lógico de su liberalismo. Por lo tanto, no existe ninguna contradicción que salvar (Todorov, 1988, pp. 9-34).

No es esta la opinión de Villaverde. Ella reconoce que el aristócrata francés, aunque denuncia y critica a menudo la administración francesa en Argelia, por sus errores y cruidades, asume con realismo que Francia necesita de la colonia precisamente porque en el contexto geopolítico del momento había que desafiar la hegemonía de Inglaterra y recuperar la grandeza de una Francia humillada, así como su protagonismo en la esfera internacional. Es decir, de alguna manera el sentimiento nacional francés (que no el nacionalismo) se habría impuesto a sus principios liberales.

No obstante, jamás defendió Tocqueville la conquista de Argelia apoyándose en argumentos racistas ni mucho menos. A pesar de que fue muy amigo de Gobineau (y el capítulo que dedica nuestra autora a esa amistad es interesantísimo), nunca pensó que hubiese razas superiores e inferiores. De hecho, Tocqueville hubiese deseado una colonización pacífica de Argelia, y propuso la fusión de árabes y franceses en un único pueblo, aunque luego comprendería que ese proyecto de integración no iba a producirse nunca e incluso percibió claramente el odio y la humillación que la conquista provocaba entre los árabes, y profetizó que las colonias se perderían en el futuro sin remedio. Quizás por todo ello, acabará justificando el uso de la violencia y medidas políticas muy poco liberales, que es lo que resulta más difícil de digerir para aquellos que siempre admiraron a Tocqueville por su liberalismo humanitario que había abogado por el fin de la esclavitud y la defensa de los negros y nativos americanos, como ya indicamos con anterioridad.

Pero Villaverde no elude ninguna de estas incómodas cuestiones y ofrece su propia interpretación: es básicamente el contexto histórico y las razones políticas lo que explica esas contradicciones. De hecho, el autor francés entendía la colonización como un proyecto ético y civilizatorio (creía, eso sí, en la superioridad de la civilización occidental como tantos otros europeos de aquella época) que sería, además, beneficioso para la ciudadanía francesa que, como ocurre en las sociedades cada vez más democráticas e igualitarias, necesita ir más allá de sus preocupaciones particulares, a menudo mediocres, y salir de su aletargada existencia y revivir su espíritu cívico. De alguna manera, tener un imperio también «civilizaría» a la población de la metrópoli.

Es decir, habría un tipo de expansionismo europeo que atentaría contra la libertad e igualdad de los pueblos colonizados (por ejemplo, el imperialismo económico de los ingleses en la India, lo que lo enfrentaría a su amigo J. Stuart Mill, otro liberal), pero también podría darse otro tipo de expansionismo europeo que promoviese la libertad –la idea más querida para el autor francés– la civilización y la integración de las culturas. Una especie de «colonialismo altruista y humanitario», un

«imperialismo liberal bueno», si algo así es posible. Porque, en realidad, según Villaverde, para Tocqueville la grandeza de Francia consistía en difundir por el mundo los principios liberales de la revolución de 1789 impulsando la libertad dentro y fuera de su país. En última instancia, como ya señalamos, las razones de su apoyo a la conquista de Argelia, a pesar de todas sus reticencias, fueron políticas.

Sin embargo, puede que esta respuesta no acabe de satisfacer plenamente al lector. Entre otras cosas porque –como recoge y explica con rigor la autora del libro– todos los ilustrados y liberales defendieron el colonialismo. Más bien, todo lo contrario (tanto por razones políticas y morales como económicas). Y por eso desfilan por las páginas del libro los nombres de Diderot, Adam Smith, J. Bentham o Constant, entre otros, en un repaso de las relaciones entre la Ilustración (de la que la autora es también especialista), el liberalismo y el colonialismo. Pero es cierto que algunas de las ideas que circulaban por Europa en el siglo XVIII podrían interpretarse en un sentido favorable al expansionismo y al colonialismo. Nos referimos, fundamentalmente, a los conceptos, casi siempre unidos, de civilización y progreso.

Como explica la profesora M^a Luisa Sánchez-Mejía (a la que la autora de este libro se refiere en más de una ocasión), la dicotomía «bárbaro-civilizado» atraviesa todo el pensamiento europeo desde la Antigüedad (G. López Sastre, F. Martínez Mesa, M. Rodríguez García y M. L. Sánchez-Mejía, 2022). Y es, precisamente, durante la Ilustración, que el concepto de civilización se relaciona con el progreso desde la barbarie hasta una meta final (el estadio civilizado) que se caracteriza, en líneas generales, por el advenimiento de una sociedad comercial, el uso de la moneda, la existencia de la propiedad privada, el imperio de la ley, un gobierno y una administración racional, además de unas maneras suaves y «costumbres dulces» en gran parte consecuencia de la influencia de las mujeres. Es decir, ser civilizado es ser como los europeos: compartir sus costumbres y valores que, ciertamente, se consideran superiores a los de otros pueblos.

De acuerdo con la narrativa de las Luces, todos los pueblos de la tierra estaban llamados a alcanzar esa dichosa meta y a algunos ilustrados y liberales, esa idea los condujo a intentar acelerar el proceso defendiendo la expansión de la civilización europea por todo el planeta, aunque no todos lo hicieron, porque algunos como Mirabeau, Mercier o Raynal tenían serias dudas y eran conscientes de los efectos negativos que dicha expansión podría provocar. Pero es cierto que –como sostiene Villaverde– lo que ocurrió fue que, a partir de los años treinta del siglo XIX, aquel colonialismo de siglos anteriores fue convirtiéndose en un imperialismo racista y agresivo que abandonó los principios liberales heredados en gran medida de la Ilustración.

Por otra parte, esas y otras contradicciones fueron denunciadas ya en su época, fuera y dentro del mundo liberal. Entre otras cosas, porque muchos de los primeros pasos para la liberación de los esclavos o la igualdad de las mujeres los dieron los propios liberales, al señalar la dignidad de todos los individuos. Y al hacerlos libres e iguales en derechos y deberes, la idea liberal de autogobierno tuvo un alcance revolucionario real que también estimuló ideas como la de la independencia nacional. Es decir, el que existan contradicciones o incluso traiciones al intentar llevar a la práctica el ideario que uno defiende (sea este liberal o no), no invalida la pertinencia, valor o necesidad de ese mismo ideario.

En definitiva, la autora cree que lo que no se puede afirmar de ninguna manera es que la Ilustración o el liberalismo lleven inexorablemente al imperialismo, como tampoco lo cree Helene Rosenblatt, autora de *The Lost History of Liberalism* (2018), libro que ha tenido mucha repercusión, y en el que señala que, a pesar de muchas

obras recientes empeñadas en desenmascarar al liberalismo por su elitismo, sexismo, racismo o imperialismo, ella cree que, sin negar ese lado oscuro, al colocar las ideas liberales en el contexto de su época, se obtiene una visión más compleja y menos sesgada del asunto (Rosenblatt, 2018), en lo que coincide con la profesora Villaverde que, precisamente por escribir desde una perspectiva liberal, entiende que de lo que se trata no es de juzgar ni de disculpar, sino de comprender y aprender.

Con todo, probablemente no haya respuesta alguna que pueda satisfacer completamente a un lector con simpatías liberales. Quizá –como pensaba Judith Shklar– el liberal tiene que asumir esa complejidad del liberalismo; sus contradicciones y diversidad (Shklar, 2022). O asumir la difícil, sino imposible, relación entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad cuando uno se dedica a la política. Y, quizás también por todo ello, la emoción liberal por excelencia, y que tanto identificamos con el propio Tocqueville, sea la melancolía.

Precisamente, el gran historiador español de las ideas políticas, Luis Díez del Corral, describe muy bien esa amargura y decepción que la política práctica produjo en Tocqueville haciendo que deseara fervientemente abandonarla (Díez del Corral, 1965). Probablemente su sensibilidad moral que, tras la lectura de este libro y a pesar de los críticos, es difícil negar, lo condujo a buscar consuelo en aquella actividad intelectual que casi nunca lo decepcionó: el estudio y la lectura de sus libros.

Bibliografía

- Acton, L. (2010). *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Unión Editorial.
- Díez del Corral, L. (1965). *La mentalidad política de Tocqueville con especial referencia a Pascal*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Losurdo, D. (2007). *Contrahistoria del liberalismo*. El viejo topo.
- Rosenblatt, H. (2018). *The Lost History of Liberalism. From Ancient Rome to the Twenty-First Century*. Princeton University Press.
- Sánchez-Mejía, M. L. (2022). Civilización, progreso y colonización. En G. López Sastre, F. Martínez Mesa, M. Rodríguez García y M. L. Sánchez-Mejía (eds.), *Las luces del progreso y la conciencia de la Modernidad* (334-359). Tecnos.
- Shklar, J. (2022). *Vicios Ordinarios*. Página Indómita.
- Todorov, T. (1988). Tocqueville et la doctrine colonial. En A. Tocqueville, *De la colonie en Algérie* (9-34). Complexex.

Alexis de Tocqueville, luces y sombras de un autor ambivalente. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*

(2022) Guillermo Escolar
Madrid, 404 pp.

Elisa Usategui Basozabal
Universidad del País Vasco
ORCID ID 0000-0003-2714-4533
elisa.usategui@ehu.eus

Cita recomendada:

Usategui Basozabal, E. (2023). Alexis de Tocqueville, luces y sombras de un autor ambivalente. A propósito del libro de la profesora María José Villaverde Rico, *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 436-466

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8013>

Recibido / received: 02/07/2023

Aceptado / accepted: 26/08/2023

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad entablar un diálogo con la profesora María José Villaverde Rico sobre el pensamiento de Alexis de Tocqueville a través del análisis de las ideas principales de su libro *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*. Así, por un lado, se indaga la posición de Tocqueville frente al liberalismo, esto es, su noción de ciudadanía, el papel del Estado en la economía y la educación y sus planteamientos sociales. Al propio tiempo, se cuestiona el lugar que concede a las mujeres en las sociedades democráticas y sus posicionamientos políticos marcadamente colonialista en torno a la cuestión de Argelia y la abolición de la esclavitud. Sin embargo, a pesar de la existencia de un lado oscuro en nuestro autor, sus reflexiones en torno a la democracia son a día de hoy indispensables para trabajar la democracia como problema a pensar.

Palabras clave

Liberalismo, colonialismo, mujeres.

Abstract

The purpose of this work is to establish a dialogue with Professor María José Villaverde Rico about the thought of Alexis de Tocqueville through the analysis of the main ideas of his book Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. Thus, on the one hand, Tocqueville's position regarding liberalism is investigated, that is, his notion of citizenship, the role of the State in the economy and education and his social approaches. At the same time, the place given to women



in democratic societies and its markedly colonialist political positions on the question of Algeria and the abolition of slavery are questioned. However, despite the existence of a dark side in our author, his reflections on democracy are essential today to work on democracy as a problem to think about.

Keywords

Liberalism, colonialism, women.

SUMARIO. 1. Alexis de Tocqueville más allá de un liberalismo estrecho. 2. Individualismo versus ciudadanía, transcendiendo el liberalismo. 3. El papel del Estado en Educación y en la Economía. 3.1. Papel del Estado en la educación. 3.2. La cuestión social. 4. El lado oscuro de Alexis de Tocqueville. 4.1 Tocqueville ante las jornadas revolucionarias de 1848. 4.2. La cuestión de la mujer. 4.3. Tocqueville y el colonialismo. 4.3.1. Tocqueville y la abolición de la esclavitud. 4.3.2. La conquista de Argelia. 5. A modo de conclusión.

1. Alexis de Tocqueville más allá de un liberalismo estrecho

Basta una mirada a las diferentes interpretaciones que se han dado entre los expertos de la obra tocquevilliana, para darnos cuenta de su carácter abierto y complejo¹. Nos encontramos con una pluralidad de exégesis que nos van delimitando su pensamiento desde ámbitos claramente diferenciados, muchas veces en franca oposición. Esta diversidad de paradigmas interpretativos explica en buena medida el destino paradójico de su acogida en el panorama político e intelectual². Así transcurridos unos pocos años de su muerte, la obra de Tocqueville en la Europa continental conoció un largo olvido, imputable en cierto sentido al dominio de los paradigmas positivistas y marxistas en el campo de las ideas. Por el contrario, en el mundo anglosajón, sin un peso importante de ambos modelos teóricos y epistemológicos, *La Democracia en América* ha sido considerada desde su publicación hasta nuestra época, sin apenas eclipses, como una de las contribuciones más importantes a la Ciencia política³.

Sin embargo, en su país de nacimiento⁴ y en el resto de Europa⁵, nuestro autor estuvo poco después de su muerte casi marginado. El mundo académico juzgaba el pensamiento político de este autor como el fruto de la reacción de un aristócrata triste, taciturno, melancólico, con frecuentes cambios de humor, añorante de un mundo

¹ «À la lecture de toutes ces recherches, un constat paraît ainsi inévitable: les écrits des multiples analystes, contemporains ou non de l'auteur étudié ici, soulignent la complexité de cet homme, de ce penseur, de cet acteur également qu'était Alexis de Tocqueville. Quel que soit le champ choisi pour l'étude, quelle que soit la discipline, la réflexion tocquevillienne conserve des zones d'ombre, des silences, si ce n'est des contradictions. L'Histoire des idées et la philosophie politique en fournissent une preuve évidente. Ainsi, même si certains faits semblent patents, dresser un portrait précis et univoque de l'auteur de la Démocratie en Amérique s'avère particulièrement complexe» (Coutant, 2007, p. 18).

² Las dispares acogidas y relecturas de la obra tocquevilliana están recogidas por Audier (2004 ; 2008) y Mélonio (1993).

³ Esta mayor aceptación de la obra tocquevilliana en el mundo anglosajón se prolonga hasta bien entrados los años 80 del siglo pasado, hasta el punto que Lamberti en 1983 se preguntaba alarmado si Tocqueville no pasaría definitivamente a la historia del pensamiento político como un autor «americano», dado los numerosos trabajos publicados sobre él en esa área lingüística, en contraste con las escasas investigaciones en su país de origen (Lamberti, 1983, p. 9).

⁴ «Je n'ai jamais entendu le nom de Tocqueville lorsque j'étais à la Sorbonne ou à l'École Normale!» (Aron, 1983, p. 27).

⁵ Habría que hablar de una excepción: el estudio de la obra de nuestro autor ha tenido una clara continuidad en Italia y, además, aunque pocas veces se reconozca explícitamente en la Academia, es importante la contribución de autores italianos a la comprensión del pensamiento tocquevilliano. Así, entre otros, Chichiarelli (1941); Caboara (1946); Cofrancesco (1969, 1971); Poggi (1973); Battista (1976); Cipolla (1978); Coldagelli (2005); D'Arienzo (2008).

imaginado, que no quiso ni supo ver los componentes esenciales de la modernidad ni las semillas de progreso y racionalidad que latían en su interior (Mélonio, 1993, 2007).

Hubo que esperar a mediados de siglo pasado, para que su obra empezara a llamar la atención, y a tener una influencia notable, en primer lugar, entre los historiadores y los filósofos políticos y sociales (Lefort, 1986)⁶, siendo, en el campo de la sociología, el sociólogo francés Aron (1979) el iniciador de este *Tocqueville retrouvé*⁷. A pesar de que posiblemente fue Mayer (1965) el primero que se percató del carácter innovador de los análisis teóricos y metodológicos de Tocqueville, sin duda alguna debemos a Aron, en su afán de reconciliarle con los franceses y de presentarle como uno de los padres fundadores de la sociología, el intento más serio de sintetizar y ofrecer una visión global de su teoría y de su metodología, hasta el punto de que, como recuerda Sauca Cano (1995, p. 105), todavía hoy día en muchas de las obras generales sobre nuestro autor se despacha su metodología con una referencia expresa a Aron y a su libro *Las etapas del pensamiento sociológico*.

En nuestro país, será Diez del Corral (1965, p. 11)⁸, en los años sesenta, quien considerará a «Alexis de Tocqueville, junto con Carlos Marx, el pensador del siglo XIX que mayor atención despierta en nuestros días entre los historiadores de las ideas políticas», y no podía ser de otra manera ya que, como también afirmaba Aron (1960, p. 511), en aquel tiempo, entre los intelectuales del momento, la antinomia entre libertad e igualdad se consideraba el tema estrella de la teoría política, resumen y síntesis de las preocupaciones que embargaban al hombre de la modernidad; de su resolución se hacía la puerta de entrada hacia la futura organización política y social. Así pues, el acercamiento y la vuelta a Tocqueville no se produjo desde la mera curiosidad y erudición académica, sino enraizada en las inquietudes y en los problemas más sentidos del hombre del siglo XX.

Ahora bien, este contexto favoreció también que el regreso a Tocqueville tuviera en algunos autores un carácter marcadamente reduccionista, se viviera como una empresa eminentemente ideológica, con tintes sumamente propagandísticos y con afán de instrumentalizar su figura y sus aportaciones teóricas, en el deseo de convertirle en adalid de las democracias liberales frente a las llamadas entonces democracias populares (Mélonio, 2007, p. 169).

Y así, la paradoja sobrevuela la figura de nuestro autor (Lavau, 1986). Pues al Tocqueville crítico acérreo del materialismo moral que coloca la felicidad en el enriquecimiento, en el bienestar material y en el consumo desenfrenado e irracional, se le convierte por arte de magia en el estandarte de un liberalismo extremo que, desafiante e irreductible frente al Estado, ponía todo el poder y la legitimidad en el mercado y en la iniciativa privada (Bourricaud, 1983, 1986; Manent, 1993).

Indudablemente, en la actualidad, se ha atenuado el afán de los politólogos liberales del siglo pasado por interpretar el pensamiento de Tocqueville desde un enfrentamiento con el socialismo en general, y con el marxismo en particular. En este sentido, no han faltado autores que desde diferentes posiciones políticas han

⁶ Indudablemente no nos tenemos que olvidar en el campo de la historiografía la obra de Furet *Penser la Révolution Française*, publicada por Gallimard en 1978.

⁷ Haberle sacado a la luz y darle un puesto de honor en el campo de la Sociología, no implica que tuviera una exacta concordancia con sus planteamientos teóricos, como por ejemplo su rechazo a la noción tocquevilliana de nuevo despotismo como un poder tutelar, previsor y dulce: «quand des régimes ont instauré un despotisme, celui ci n'était que secondairement tutélaire, il était violent et idéocratique» (Aron, 1955, p. 67).

⁸ Sin embargo, no hay que olvidar las pinceladas en torno a la obra de Tocqueville de Ortega, quien, a pesar de su cercanía intelectual, no le valoró en toda su medida (Ortega y Gasset, 1960).

denunciado esta manipulación del pensamiento tocquevilliano. Y así se nos aparece un Tocqueville más social (Keslassy, 2000), partidario de la extensión de los derechos políticos y de la participación política como medio de superar la división de clases (Englert, 2017).

Ahora bien, tampoco faltan enfoques que cuestionan su visión de la mujer, sus limitaciones en la cuestión social y su posición colonialista ante la conquista de Argelia y la liberación de los esclavos de ultramar (Lefebvre, 1978; Besnier y Thomas, 1987; Bruckner, 1992; Debray, 1992; Castoriadis, 1999; Audier, 2004)⁹, hasta el punto de que para algunos Tocqueville se ha convertido casi en el teórico del colonialismo del XIX (Lawlor, 1959; Todorov, 1988, 2010; Luste Boulbina, 2003, 2008a, 2008b; Grandmaison, 2005; Duong, 2013; Saada, 2016; Onfray, 2017).

Ahora bien, tampoco faltan intentos de mediación que presentan un Tocqueville imperialista y eurocéntrico, pero al mismo tiempo defensor de un proyecto democrático y liberal para todos los pueblos (Benoît, 2004, 2013, 2015; Sánchez-Mejía, 2016, 2019a, 2019b; Atanassow, 2017). Así pues, el renacimiento tocquevilliano se produce y se mantiene desde múltiples y contradictorias caras.

Sin embargo, en medio de esta heterogeneidad de interpretaciones, todavía hoy prevalece entre buena parte de los expertos en su obra interpretar su pensamiento desde el horizonte del liberalismo, tal y como propone la profesora Villaverde Rico (2022). Desde esa perspectiva, analizar el pensamiento y la acción política de nuestro autor nos daría pistas sobre las aportaciones, límites y contradicciones del liberalismo a la hora de responder a los grandes problemas sociales y políticos de la modernidad. De hecho, muchas veces lo que se ha venido en llamar el lado oscuro (Boesche, 2005) de sus planteamientos políticos es interpretado como incoherencias e inconsistencias de su propio liberalismo (Richter, 1963; Pitts, 2000; Welch, 2003, 2006, 2015; Thomas, 2017).

Sin embargo, sus escritos se alejan en todo momento de un pensamiento encorsetado y rígido (Dubois, 2004), como para encerrarlo en los estrechos márgenes de cualquier movimiento y/o filosofía social y política. Por el contrario, como dijo un especialista de su obra, cabría aplicar a sus análisis las siguientes palabras de Bauman a propósito del comentario de Kundera «para el poeta, escribir significa derribar el muro tras el cual se oculta algo que «siempre estuvo allí».

Nosotros los sociólogos raramente escribimos poemas. (Para escribir, algunos nos tomamos licencia de la obligación profesional). Y, sin embargo, si no queremos compartir el destino de los “falsos poetas” y aborrecemos ser “falsos sociólogos”, debemos aproximarnos tanto como los poetas a esas posibilidades humanas ocultas: por ese motivo debemos traspasar los muros de lo obvio y lo autoevidente, de la moda ideológica del momento, cuya circulación generalizada funciona como prueba de sentido. Demoler esos muros es tarea del sociólogo tanto como del poeta, y por la misma razón. Las posibilidades ocultas tras el muro disfrazan las potencialidades humanas e impiden las revelaciones genuinas (Bauman, 2002, pp. 213-214).

Esta superación de lo obvio y evidente se acompaña en Tocqueville de una profunda dimensión ética, que impregna su noción de democracia y de libertad cívica, lo que le permite –a su vez– franquear los límites y las fronteras de las «modas ideológicas» de su momento histórico y dar forma a un humanismo cívico republicano,

⁹«Nous vivons donc sous une ère tocquevillienne, mais pas comme nous le croyons:sous le signe du ressentiment généré par son éloge de la liberté et de la démocratie par quelques-uns seulement, les civilisés, au détriment de tous les autres, les barbares –autrement dit: les Indiens, les nègres, les Arabes, les ouvriers et autres apaches...» (Onfray, 2017, p. 19).

que poco tiene que ver con el liberalismo en sentido estricto. De alguna manera, su noción de libertad no se entiende fundamentalmente como «libertad de», sino «libertad con y para», para participar cada ciudadano con los otros –en un nosotros poliédrico– en la construcción de una democracia *sui generis*, que algunos interpretes han definido como una sociedad solidaria (Keslassy, 2000; Vernazza, 2012). Asimismo, se aparta de la rigidez del liberalismo en su defensa de la intervención decidida e inexcusable del Estado en materia social y educativa. Por tanto, la presentación de un Tocqueville liberal resulta conceptualmente difícilmente sostenible. Analicemos dichos aspectos.

2. Individualismo versus ciudadanía, transcendiendo el liberalismo

El término «individualismo» aparece por primera vez en la *Democracia* de 1840, aunque Schleifer (1984) pone en 1837 la fecha en la que Tocqueville lo utilizó por primera vez. Sin embargo, ya en la primera *Democracia*, en sus notas de viaje e, incluso, en su correspondencia, encontramos expresiones que de alguna manera encerraban el germen de sus desarrollos teóricos posteriores (Tocqueville, 1957, p. 234; 2002, pp. 284-285, 414-415; 1989, pp. 94 y ss.). De una manera u otra el concepto irá, como señala Nolla, «siempre en su sistema emparejado a su antónimo el espíritu de individualidad [...] y que a veces adquiere también los nombres de fuerza individual, espíritu de independencia o independencia individual» (Nolla, 1989, p. 136, nota pie pág.).

Así, de acuerdo con Ros Cherta (2001) y Hennis (1981), Coutant (2007) y Jacques (1995) el individualismo y la relación entre la individualidad y la sociabilidad, y, por ende, el problema de la construcción del sujeto democrático es el problema central de la *Democracia en América*. De hecho, autores como Lipovetsky (1983) y Dumont (1987) no solamente lo ven como el eje de sus planteamientos políticos, sino como una de las aportaciones fundamentales para comprender los rasgos de la posmodernidad.

En todo caso, Coutant (2007, pp. 219 y ss.) y Jacques (1995, pp. 70 y ss.) interpretan la construcción tocquevilliana del individualismo como una reacción a la contra de los planteamientos contrarrevolucionarios, liberales y sansimonianos.

El individualismo según los contrarrevolucionarios surgía como una consecuencia lógica de la democracia. Sin embargo, Tocqueville lo interpreta a la manera de una enfermedad a combatir para construir una democracia estable y cohesionada.

Los sansimonianos en líneas generales conciben el individualismo como una visión errónea de la sociedad, excesivamente centrada en el individuo, cuando la sociedad y sus derechos son superiores a cada uno de los individuos que la componen (Rosanvallon, 2012). Por el contrario, Tocqueville verá en el individualismo un proceso que acabará destruyendo la propia individualidad, y los derechos y libertades individuales consiguientes.

Los teóricos políticos liberales –salvo excepciones como Barante– muestran su adhesión al individualismo naciente, porque, en su opinión, favorecerá en los individuos el desarrollo de todas sus facultades, y fortalecerá el derecho de los individuos a no someter sus opiniones, sus creencias y sus teorías científicas, políticas, filosóficas a ninguna autoridad por encima suyo (Constant, 1997). En el lado opuesto, Tocqueville lo hará responsable del nacimiento de un individuo mediocre capaz de renunciar a su libertad en aras de su seguridad, capaz de vender su alma al mejor postor.

Ahora bien, el individualismo queda lejos de ser fruto de una pasión instintiva, pasajera, limitada. Por el contrario, descansa en una reflexión serena, profunda y madura de los individuos sobre el sentido y las metas de sus vidas. Así, en democracia cada uno ante sí mismo y para sí mismo, construye un proyecto personal de vida –libre de ataduras y de obligaciones externas–, y que pretendidamente refleja la presumida singularidad de su persona. Por debajo late un concepto de libertad como independencia: sin compromisos, sin obligaciones ni responsabilidades sociales más allá de los que cada individuo tiene para consigo mismo y con los más cercanos, con ese círculo íntimo de familia y amigos más allá de los cuales los individuos no sienten lazo ni vínculo alguno. El individuo, al tenerse una excesiva consideración y al confiar exclusivamente en su propio juicio, se separa de la ciudad, de sus conciudadanos y al centrarse solo en los suyos y en sí mismo, se hace individualista (Tocqueville, 1989, p. 137).

Por tanto, Tocqueville se muestra crítico con los liberales de su época: cuando el individualismo domina las sociedades democráticas desaparece el ciudadano y la comunidad política (Aguilar, 2018). A medida que los individuos sobreestiman más su valor e independencia y se encierran en su recinto privado, la vida pública se convierte en un escenario vacío, un etrial sin vida. Además, el individualismo en un primer momento solamente ataca la dimensión de ciudadanía, es decir, no se pudren las relaciones sociales entre los hombres, sino sus relaciones políticas, las relaciones entre los ciudadanos de cara al bien común.

En consecuencia, se trata de un atentado a la propia sociedad democrática por una enfermedad que tiene su fuente en ella. Detrás de esta primera constatación, una idea parece surgir y tomar forma: El individualismo en sí mismo es contrario al bien de la ciudad porque es contrario a las virtudes públicas. En esta medida, las virtudes públicas son las únicas para mantener la ciudad con vida (Coutant, 2007, p. 232).

El ser humano, dividido entre el burgués y el ciudadano, deja de ser unitario y total y así arranca el problema político sustancial de la sociedad moderna: «El repliegue del individuo sobre sí mismo, la falta de solidaridad social, la despolitización y la carencia de un espíritu público democráticos son los principales efectos políticos negativos» (Ros Cheta, 2001, p. 44). Esta ilusión de autosuficiencia que embarga al hombre democrático puede llevarle a caer en manos de un nuevo despotismo corruptor de su dignidad y destructor de su libertad. La libertad como independencia, propugnada por Constant y los liberales seguidores de su estela, no supone un incremento de la libertad individual, sino que es fuente y camino hacia un despotismo tortuoso y todopoderoso. Así pues, en el origen del individualismo encontramos una concepción falsa o, en todo caso, parcial de la libertad, de la que es sumamente difícil salir:

¡Qué difícil es establecer sólidamente la libertad en los pueblos que han perdido su uso e, incluso, la noción justa! Qué impotencia tan grande de las instituciones cuando las ideas y las costumbres no las alimentan. [...] Nadie sabrá hacernos libres por la sencilla razón de que no tenemos el deseo de serlo [...]. No somos una nación decrepita, pero somos una nación fatigada y asustada ante la anarquía. Nos falta la noción santa y justa de la libertad (Tocqueville, 2002, pp. 1293-4).

Esta atmósfera acaba produciendo individuos retraídos, aletargados, incapaces de ver la importancia de la participación política, centrados y ensimismados exclusivamente en aquellos acontecimientos que en la realidad circundante justifican su inhibición en la escena política (Roldán, 2005, p. 175). Elster (2009, p. 144) percibe en ellos un déficit motivacional y cognitivo, en el sentido de que son incapaces de percibir sus verdaderos intereses, no saben qué hacer para mantener la libertad y son incapaces de mantener el ánimo, el tesón, la energía y la fuerza necesaria para

lograrlo. Es decir, un pueblo semejante es carne de cañón para cualquier tipo de totalitarismo (Guellec, 1997; Gauchet, 2007; Goyard-Fabre, 2007).

El problema que plantea la democracia a través del individualismo es, pues, el sentido que los hombres dan al actuar conjuntamente (Sennet, 1980). El destino y la propia identidad de los individuos dejan de ser un hecho subjetiva y objetivamente dado para convertirse en un proceso de elaboración personal. El individuo que se ha liberado de las cadenas de la dependencia y que no cree en nada más allá de sí mismo, conoce la dureza de ser libre y la soledad consiguiente. Es significativo que los rasgos del individualista anuncian ya la llegada de ese poder tutelar despótico al que consagra la última parte de la segunda *Democracia*. A medida que los individuos se sientan más débiles y abandonados en medio de sus semejantes, más demandarán un Estado fuerte que les proteja y les cuide, y más dependientes se harán de una opinión pública que les evite la inseguridad de ser libres (De Sanctis, 1993, p. 89).

Así pues, el dominio del individualismo acaba con «toda forma de individualidad humana auténtica» (Jacques, 1995, p. 75). «Mientras que en el ámbito de la vida privada emerge la figura del individuo con el despliegue de sus capacidades y libertades propias, esta misma forma de existencia novedosa es la que los aglutina como masa indiferenciada y obediente» (Cadahia, 2011). En las sociedades democráticas se produce un bucle nefasto: la igualdad de condiciones, que ha colocado al individuo en el principio de la sociedad, tiene el riesgo de acabar con su individualidad, por la influencia de las tendencias sociales que ella misma engendra. Al mismo tiempo que le abre un abanico de posibilidades hasta entonces nunca vistas y le estimula el deseo de independencia y de autonomía en todos los campos, y a hacer de su vida un proyecto propio y personal; poco a poco y sigilosamente les conduce a nuevas formas de servilismo. De acuerdo con Pollitzer (2012, p. 7), «supone, en fin, un proceso de mayor independencia entre los individuos, a la vez que da lugar al nacimiento de una sociedad de masas en la que la libertad individual se ve amenazada».

Así pues, a diferencia de los liberales de su época, en la libertad tocquevilliana está presente el sentido de pertenencia a una comunidad más amplia que la familiar, la inclusión en un vasto conjunto de semejantes, de «próximos», que establecen entre sí relaciones primarias y fundamentales, de ciudadanos conscientes de que la libertad y la igualdad a la que aspiran no es posible si no luchan al mismo tiempo para que el conjunto de ciudadanos goce de una libertad semejante a la suya. Ciudadanos independientes que se saben no autosuficientes y ven necesaria la colaboración entre todos los miembros de la comunidad. Sus escritos evidencian que en su pensamiento político la libertad adquiere todo su sentido, riqueza y contenido si fomenta compromisos en el espacio público.

Por todo ello no cabe una interpretación estrictamente liberal y/o neoliberal del pensamiento de Tocqueville. De alguna manera, su noción libertad no puede ser interpretada únicamente como la independencia del individuo frente al sistema político y al Estado, sino la independencia del individuo dentro del sistema político, gracias a una participación activa en dicho sistema. El individualismo defendido muchas veces desde posiciones liberales es el caldo de cultivo y el fundamento del despotismo democrático, por una razón bien sencilla, porque el ser humano es ante todo ciudadano.

3. El papel del Estado en Educación y en la Economía

Por otra parte, sus textos nos muestran un Tocqueville muy alejado de las posiciones liberales defensoras de un Estado no intervencionista o con un papel social mínimo (Basabe, 2019). Por el contrario, la lectura atenta de las dos *Democracias* y de sus escritos políticos, sin olvidar *Los Recuerdos* o *El Antiguo Régimen y la Revolución*, nos revela su defensa en las sociedades democráticas de un Estado fuerte y activo, indispensable para la cohesión social.

Es a la vez necesario y deseable que el poder central que dirige a un pueblo democrático sea activo y poderoso. No se trata de hacerlo débil e indolente, sino solamente de impedirle abusar de su agilidad y de su fuerza (Tocqueville, 1989, p. 380).

Tocqueville es consciente de que el desarrollo de las sociedades modernas genera cambios sociales, económicos y políticos que implican necesariamente un crecimiento del aparato estatal. En este sentido, su actitud no es la de un liberal que simplemente pretende limitar el poder del Estado a través de instrumentos y estrategias jurídico-político-constitucionales y será en el lugar que Tocqueville otorga al Estado en la educación y en la economía donde se abre una brecha importante con las posiciones liberales.

3.1. Papel del Estado en la educación

Implementar la libertad cívica tocquevilliana implica y exige una sociedad cultivada, en la que el conocimiento y la educación se hayan extendido al conjunto de la población, hasta el punto de que en Tocqueville la ilustración (*les lumières*) viene a ocupar el lugar que Montesquieu otorgaba a la virtud como motor y sostenimiento de la república (Tocqueville, 1957, p. 278).

Es decir, la sociedad a través de la educación¹⁰ otorga a los americanos las luces necesarias para poder actuar como ciudadanos¹¹, para poder efectuar elecciones políticas racionales y acertadas. Tocqueville nos está hablando de una educación orientada a la política (Tocqueville, 1961, p. 319), de una noción de educación que recoge en buena parte el núcleo de la *paideia* clásica, aquella que logra imbuir a las nuevas generaciones la necesaria síntesis entre el espíritu de libertad y el espíritu religioso, compromete a los hombres en el destino de su país, inculca en cada uno de los ciudadanos el amor a la patria, le liga a los intereses de la nación con la misma fuerza que a los propios, le identifica y le hace alegrarse con la gloria y la prosperidad de su país y se regocija, de este modo, al reconocer su propia obra en los éxitos que éste obtiene, en definitiva, logra que cada uno de los ciudadanos tenga por su patria y por los asuntos públicos un sentimiento y una dedicación semejante al que siente y tiene por su familia. Se comprende entonces que un gobierno y una libertad democráticos exijan una sociedad muy civilizada y «muy sabia», que el gobierno democrático solamente pueda darse con la civilización y la experiencia.

Para que la educación cumpla los objetivos propuestos, desde el punto de vista de Tocqueville, las iniciativas privadas tienen que poderemerger y desarrollarse. Es el riesgo de caer en la mediocridad intelectual lo que lleva a nuestro autor a

¹⁰ Sobre el papel de la educación en los planteamientos tocquevillianos, Chabot (2005, pp. 241-293).

¹¹ Enrique Serrano en el prefacio al *Antiguo Régimen y la Revolución* interpreta la noción tocquevilliana de educación como «la creación de las condiciones que hagan posible mantener el policentrismo del poder y, con ellas, de los factores que inducen a los ciudadanos a participar en la vida política de la nación» (Serrano Gómez, 1998, p. 35).

defender la iniciativa y la libertad personal frente a la burocratización estatal. De la misma manera que el desarrollo acelerado de los procesos de racionalización instrumental, en detrimento de la racionalidad valorativa, origina una creciente, poderosa e impersonal administración burocrática, sin metas y valores, más allá de la eficacia instrumental, que acaba ahogando las iniciativas individuales y favoreciendo el crecimiento del aparato estatal, una excesiva reglamentación y burocratización del sistema de enseñanza entraña la pérdida de la diversidad y de la riqueza, apagando la creatividad de los jóvenes y, por tanto, la capacidad de innovación de la sociedad (Tocqueville, 1961, p. 253). Frente a ello se requiere una educación que fomente la libertad y abierta al cambio y a la innovación, reacia a encorsetarse en prácticas burocratizadas paralizantes.

Ahora bien, el Estado no tiene que estar ausente, no es un mero invitado de piedra al modo liberal, sino que tiene la obligación y la responsabilidad de intervenir para hacer respetar todos los derechos y los intereses comunes, infundir el amor a la patria, cuidar la calidad de la instrucción y estimular aquellos sectores que de otro modo las tendencias propias de la democracia no dejarían salir adelante (Tocqueville, 1961, p. 51). Es al Estado a quien le compete velar para que el sistema de enseñanza trabaje la excelencia. Deberá sostener los *hautes études* y *grandes passions scientifiques*, facilitando el logro de sus metas a todos aquellos cuya capacidad y mérito les encamina hacia el cultivo de los grandes estudios teóricos, sea de índole científica o filosófica o adquirir una cultura clásica (Tocqueville, 1961, p. 68). La presencia de una élite cultural fuerte frena la tendencia individualista de las sociedades democráticas, preserva la libertad y salvaguarda de la presión de la opinión pública sobre las inteligencias.

De lo contrario, el estancamiento intelectual puede llevar a los hombres a la servidumbre en el campo político. Así, cuando el Estado, en su «afán de agrandar la esfera del poder central y a encerrar cada día en límites más estrechos la independencia individual» (Tocqueville, 1961, p. 365), acapara las funciones educativas y lo que hoy llamaríamos las políticas sociales, comienza a fraguarse una sociedad uniforme, gris, mediocre, presa fácil de un poder autoritario, aceptado e, incluso, elegido «liberamente» por unos ciudadanos, a los que se les ha ido apartando suavemente en las pequeñas cosas de cada día del ejercicio de la libertad y de la responsabilidad. De este modo, la intervención del Estado en educación solo tiene como objetivo asegurarse el control y el poder sobre sus ciudadanos, que, al ser despojados de su libertad, han caído de nuevo en la condición de súbditos (Tocqueville, 1961, p. 355).

Una vez más, Tocqueville descubre en un fenómeno social –la educación, en este caso– una ambivalencia radical: herramienta indispensable en la construcción de sujetos libres e iguales e instrumento de dominación y alienación.

Tener a la vista esta ambivalencia explica en parte su posición ante el debate de la libertad de enseñanza que se desarrolló en su tiempo en la sociedad francesa, polémica en la que quiso tener una postura equidistante entre las partes contendientes, pero que no dejará satisfechos plenamente a ninguno de los bandos, ya que a pesar de su desconfianza manifiesta en los jesuitas (Tocqueville, 2002, pp. 593, 610-611, 645), aunque culpabiliza a los sacerdotes y a la Iglesia de haber empezado la guerra (Tocqueville, 2002, p. 579), aunque critica a los obispos su afán desmedido de poder terrenal (Tocqueville, 2002, pp. 579-580), aunque considera que haya que arrancar a los seminarios y colegios religiosos de la dirección arbitraria de los obispos y someterles al derecho común (Tocqueville, 2002, pp. 525-526), Tocqueville emprende una defensa tenaz y energética de la libertad de enseñanza, intentando conciliar una enseñanza laica –única garantía de la libertad de

pensamiento e igualdad social– y los derechos de las familias a una enseñanza religiosa libre.

Así pues, Tocqueville tampoco en el ámbito educativo es un liberal al uso y considera necesaria la intervención del Estado, a pesar de los riesgos. Para Tocqueville, en la sociedad democrática, caracterizada por un alto grado de individualismo, el Estado debe asegurar a través de la educación la solidaridad con vistas al interés general y, al mismo tiempo, favorecer el protagonismo de la sociedad civil. Y todo ello en y desde la libertad.

3.2. La cuestión social

Los planteamientos tocquevillianos sobre la pobreza como dimensión estructural de las sociedades modernas se alejan del optimismo de los liberales económicos de su tiempo, para los cuales un mercado libre de toda traba e interferencia sería su solución total, pues indefectiblemente por sí solo tenderá a la armonía de intereses. Por el contrario, para Tocqueville la propia estructura de la sociedad industrial impide soluciones definitivas al problema de la pobreza y le corresponderá al Estado la responsabilidad de reequilibrar los efectos perversos de un mercado dejado a su libre albedrío y sola autorregulación. Así pues, al igual que su pensamiento político no se acopla de manera perfecta a la armadura liberal, en el ámbito económico su búsqueda de formas nuevas de solidaridad le aparta considerablemente del liberalismo económico clásico. De hecho, a pesar de su rechazo al socialismo¹², no faltan textos que nos hablan de preocupaciones comunes, mismas lecturas, vocabulario común y, como dice Antoine (2003, p. 336), una misma apreciación sobre «el malestar de la modernidad».

Ciertamente ya desde el *Sistema Penitenciario en Francia y en el Extranjero* había empezado a comprender el pauperismo como un fenómeno propio de la sociedad moderna y la relación insalvable entre industria y pobreza, y en sus Memorias sobre el pauperismo a rechazar la tesis liberal de la coincidencia de los intereses personales con los intereses generales y de la capacidad autorreguladora del mercado (Díez Rodríguez, 2008).

Asimismo, en la segunda *Democracia*, recogiendo sus impresiones de su segundo viaje a Inglaterra, emprende una crítica implacable de los efectos de la producción a gran escala y de la división del trabajo en las condiciones de vida de los obreros. Una vez más se distancia de los economistas liberales, y fustiga a los empresarios manufactureros por modelar a los trabajadores al servicio del capital y castrarles para el desarrollo de una ciudadanía activa. Encerrado en la rutina alienante de su oficio, el obrero se desinteresa del mundo exterior e, incluso de sí mismo. «En una palabra, no pertenece ya a sí mismo, sino a la profesión que ha elegido» (Tocqueville, 1961, p. 165). La división del trabajo ahoga al obrero la posibilidad de cambiar de lugar, de oficio y de condición. «Le ha asignado dentro de la sociedad un espacio del que no puede salir». En medio de la movilidad característica de la sociedad democrática, le ha convertido en un ser inmóvil. Así «a medida que el principio de la división del trabajo recibe una aplicación más completa, el obrero se hace más débil, más limitado y más dependiente. El arte hace progresos, el artesano retrocede» (Tocqueville, 1961, p. 165). Es decir, el nuevo sistema industrial produce

¹² «[...] c'est une défiance profonde de la liberté, de la raison humaine; c'est un profond mépris pour l'individu pris en lui-même [...]; c'est l'idée que l'État me doit pas seulement être le directeur de la société; mais doit être, pour ainsi dire, le maître de chaque homme; que dis-je son maître, son précepteur, son pédagogue [...]: en un mot, c'est la confiscation [...] dans un degré plus ou moins grand, de la liberté humaine [...]. C'est une nouvelle formule de la servitude» (Tocqueville, 1985, p. 170).

dos clases antagónicas. Así, como señala Vernazza (2013, p. 38), «después de la democracia, Tocqueville descubrió el capitalismo».

Así pues, el principio de la movilidad social no es aplicable a la sociedad industrial. Por el contrario, se abre un abismo cada vez más profundo entre la clase obrera y la capitalista manufacturera, hasta el punto de que con la llegada de la industria manufacturera el proceso de creciente pauperización y alienación de la clase obrera se acompaña de la implantación de un nuevo feudalismo y de una nueva aristocracia. El estilo de los textos empleados en la descripción de la nueva aristocracia manufacturera revela su juicio radicalmente negativo de esa nueva clase social, capaz de resucitar las castas y los estamentos en la sociedad, y su clara conciencia de las desigualdades que el desarrollo capitalista necesariamente conlleva (Tocqueville, 1961, p. 165)

Es clara la distancia de Tocqueville respecto del liberalismo económico. La sociedad industrial capitalista, que hace gala de poner sus cimientos en la libertad, se funda en la servidumbre del obrero. Los planteamientos tocquevillianos no se alejan mucho del Marx de los *Manuscritos*. Para los dos, cuanto más avanza el capitalismo, más se empobrecen material, intelectual y espiritualmente los trabajadores. La alienación del trabajador en la economía capitalista se basa en la disparidad entre la fuerza productiva del trabajo, que crece incesantemente con la expansión del capitalismo, y la falta de posibilidades por parte del trabajador para ejercer un control sobre los objetos que produce y poder aplicar algo más que la rutina y la fuerza física al proceso global de trabajo. Los movimientos del mercado operan en el sentido de promover los intereses del capitalista a expensas de los del obrero. De modo que cuanto más produce el trabajador, cuantos más valores crea, tanto más sin valor, tanto más indigno es él. La democracia en sus entrañas lleva la ambivalencia: el movimiento igualitario que genera produce y reproduce la desigualdad progresiva y creciente de la masa obrera (Tocqueville, 1961, p. 165).

Ahora bien, es a partir de 1840 cuando el tema social cobra centralidad en la obra y en la actividad política de Tocqueville. En las cartas aparecidas en la revista *Le siècle* en enero de 1843, expresa su convencimiento de que más tarde que pronto Francia, y con el tiempo todas las naciones industriales, se enfrentará a una revolución social sangrante, puesto que el descontento de las masas trabajadoras aumenta de manera exponencial, al compás de la ampliación del abismo entre sus condiciones de vida marcadas por la explotación y miseria creciente, y las de clase capitalista industrial, cada vez más rica y menos escrupulosa. Al propio tiempo, su hacinamiento en las barriadas obreras se volverá contra aquellos que la provocan y favorecerá la toma de conciencia del proletariado de sus intereses de clase, facilitará su capacidad organizativa y encenderá la mecha de la insurrección (Tocqueville, 1985, pp. 105-106).

Este escenario revolucionario se ve favorecido por el propio contexto político y social. Así años más tarde, Tocqueville se referirá a la apatía política reinante y a la falta de espíritu público de la ciudadanía, encerrada en sus intereses privados y centrada únicamente en la búsqueda del bienestar individual (Tocqueville, 1985, pp. 721-722). Por otro lado, la búsqueda del interés general ha dejado de ser el alma y motor de gobierno, lo que necesariamente ha desembocado en la inmoralidad pública y en una corrupción generalizada. El gobierno ha hecho de la ambición y la avaricia las dos virtudes sociales fundamentales, encaminadas a que el pueblo recele de los peligros de la libertad y se aparte de cualquier veleidad revolucionaria. El gobierno y la clase política explota a su favor el miedo y el ansia de seguridad que el materialismo dominante ha impregnado la vida de la nación (Tocqueville, 1985, p. 725). La nación está en manos de una corrupta oligarquía burguesa, que, encerrada en su

ensimismamiento y mediocridad, sin querer atender a las necesidades de la clase obrera, conduce al país a la lucha de clases (Tocqueville, 1985, p. 727). Encontrar los medios para impedir este enfrentamiento se convierte en la preocupación central de Tocqueville. Por eso, buena parte de su actividad política se mueve por una sincera preocupación por la suerte y las condiciones materiales de la clase trabajadora.

Esta inquietud le lleva a colaborar en la revista *Annales de la Charité* e intentar en el año 1846, junto con unos amigos, la aventura de fundar el partido de la *Jeune Gauche* para intervenir indirecta y directamente en la vida política. A través de este partido Tocqueville quería ofrecer una alternativa real a la crisis social que se estaba generando. Era consciente de que estaba aumentando progresivamente la grieta entre el país real y el país legal, entre los poseedores y los que nada tenían, entre la *burguesía* y el proletariado. Y en modo alguno quiere dejar la cuestión social en manos del «desprecio egoísta y obtuso de la mayoría conservadora» (Keslassy, 2000, p. 214), de esa burguesía que desconoce las necesidades sociales, a la que poco importa las condiciones de vida de la clase obrera, que se ha acostumbrado «a ocupar todos los cargos, que aumenta prodigiosamente su número y se habitúa a vivir del tesoro público más que de su propia industria».

El fracaso de la aventura no impidió que Tocqueville dotara al partido de un sólido programa político. En su preocupación por dar un contenido coherente al partido estaba presente su esperanza de sumar a su causa a todos aquellos que, intuyendo las convulsiones sociales a venir, estuvieran preocupados por la suerte de la libertad y el orden social. Con este fin redacta tres textos: *La question financière*, *De la classe moyenne et du peuple* y *Fragments pour une politique sociale*.

Estos textos conforman el programa político más avanzado y progresista de toda la izquierda reformista bajo la Monarquía de Julio. Se nos aparece un Tocqueville preocupado por la cuestión social, un político marcadamente inclinado a la izquierda, consciente de la necesidad de implantar profundas reformas sociales, convencido de que el egoísmo y la avidez de riquezas de una burguesía que ha explotado hasta el infinito las posibilidades que la Revolución francesa puso en sus manos, está llevando a la revolución a un proletariado y a unas clases pobres que viven en la miseria y en el abandono, y cuya esperanza empieza a residir únicamente en el cambio radical del sistema.

Dejar a la democracia abandonada a sus instintos y tendencias naturales nos llevaba en el plano político indefectiblemente al individualismo democrático y al nuevo despotismo en sus variadas y múltiples configuraciones. En el plano social, el proceso de industrialización, componente básico de la democracia, orienta la igualdad de condiciones hacia el enfrentamiento entre los poseedores y no poseedores, es decir, la propiedad constituye el campo de batalla de las relaciones de clase. La cuestión social y la cuestión política se unificarán al convertirse el derecho de propiedad en el centro de las polémicas (Tocqueville, 1985, pp. 736-737).

Tocqueville plantea, en su escrito *La cuestión financiera*, dos grandes objetivos de cara a evitar ese enfrentamiento. En primer lugar, en coherencia con sus principios políticos, favorecer la participación política de las clases populares. En segundo lugar, pide a los legisladores la elaboración de una reforma fiscal que asegure al pobre la igualdad legal y el bienestar material, aunque todo ello sin cuestionar el derecho de propiedad y las consecuentes desigualdades de condiciones (Tocqueville, 1985, p. 737).

En su escrito *De la classe moyenne et du peuple*, Tocqueville se lamenta de la falta de interés de las clases populares por los asuntos públicos y la vida política.

Esta indiferencia del pueblo se debe a diversos factores: la corrupción que habita en las entrañas del régimen, la inexistencia de grandes partidos que lleven a la palestra pública principios políticos y sociales enfrentados, la homogeneidad social de la clase política que hace que «su lucha parezca una bronca intestina en el seno de la misma familia» (Tocqueville, 1985, p. 740), en una palabra, el alejamiento del país político/legal del país real. Tocqueville quiere animar la participación política de las clases inferiores para evitar la ruptura del orden político y social, que el cuestionamiento del derecho de propiedad puede causar, si no encuentra lo cauces para su expresión política.

Sin embargo, su máxima preocupación es solventar la situación material de las clases populares. Es consciente de que, en la medida en que se mantengan sus condiciones infrahumanas de existencia, estas clases difícilmente mostrarán interés alguno por participar en la vida pública institucionalizada. Esta se les aparece como una organización enemiga a abatir y a sustituir. En este sentido, repetidamente, propone una reforma fiscal para aliviar la carga de las clases populares y redistribuir la riqueza equitativamente. Ciertamente, reconoce lo quimérico de alcanzar una igualdad completa, pero defiende la reforma fiscal como instrumento idóneo para atenuar la enorme desigualdad existente. Sugiere eliminar en la medida de lo posible los impuestos indirectos por injustos y propugna una justa redistribución de la riqueza.

Ciertamente Tocqueville ha dado desde su primera *Memoria sobre el pauperismo* un giro importante en su pensamiento social (Keslassy, 2000). Ahora se aleja de sus críticas anteriores a la caridad pública. Manifiesta una verdadera conciencia social, que le aleja de los notables de su época y le distingue de la burguesía en el poder. En sus borradores para el programa social de la *Joven Izquierda* está implícita una noción de democracia que trasciende el ámbito puramente político, porque «el verdadero sentido de la revolución es la igualdad, la distribución más igualitaria de los bienes de este mundo» (Tocqueville, 1985, p. 744). Así, Tocqueville buscará reforzar la asistencia social desde el aparato estatal. Defiende incluso un programa de auxilio social en caso de caer el trabajador en el paro o en la enfermedad. Se trata de un auténtico manifiesto social, que exige la intervención directa del Estado.

Así, su programa social dista mucho de semejarse a los principios del liberalismo económico. Son muchos los intérpretes de Tocqueville que se limitan a su crítica del Estado intervencionista de la *Democracia en América*. Pero sus palabras no hay que analizarlas aisladamente, sino verlas a la luz de su intento de formación de la *Joven Izquierda*. Y vemos que, en su programa social, se concede al Estado un lugar protagonista: es al legislador a quien le corresponde definir y llevar adelante una política social nacional, es decir, medidas para prevenir la miseria, ayudas al desempleo, definición de una política familiar, amparo a las madres, lucha contra el abandono de los niños, etc.

4. El lado oscuro de Alexis de Tocqueville

Hay tres cuestiones en las que los ideales de justicia y de libertad de nuestro autor se desvanecen y emerge un aristócrata aterrorizado por el ímpetu revolucionario de la clase obrera y la quiebra del orden social en las jornadas de febrero y junio de 1848, un diputado –blanco, e y nacionalista– en la Asamblea nacional empeñado en dar a su país un puesto de honor en la esfera internacional, un hombre marcado por el patriarcado, remiso a asumir y defender los derechos políticos y sociales de las mujeres. Es decir, sin caer en un ahistoricismo acientífico, Tocqueville presenta un «lado oscuro», que también defiende la profesora Villaverde Rico (2022, p. 19),

aunque sostiene que no contradice su humanismo cívico. Por el contrario, nosotros percibimos profundas brechas éticas en su pensamiento y en su acción política.

Las tres cuestiones mencionadas nos descubren aportaciones importantes de nuestro autor al campo de los derechos sociales, pero también las limitaciones y las sombras de una actitud política y humana «ambidiestra»¹³; es decir, que no quiere ser de derechas ni de izquierdas, que pretende reconciliar lo irreconciliable, que persigue hacer del término medio la brújula de su acción política. Es decir, en disenso con la profesora Villaverde Rico, el lado oscuro tocquevilliano no cabe atribuirlo de manera especial al hecho de ser un hombre de su época, ya que en su contexto histórico ya se levantaban voces contra los estereotipos clasistas, sexista e imperialistas dominantes.

4.1 Tocqueville ante las jornadas revolucionarias de 1848

El temor a las masas¹⁴, el desprecio al socialismo, la protección de las antiguas leyes de la sociedad, la defensa de la nación francesa frente a los obreros de París, arrastran a Tocqueville a defender medidas extremadamente violentas contra los sublevados en las jornadas revolucionarias de 1848¹⁵ y a apoyar una política de orden extremo¹⁶, respaldando las duras medidas represivas del general Cavaignac. El sociólogo de la *Democracia* para quien la mejor defensa de la libertad consistía en expandir la libertad, ahora, para defender, según sus palabras, la democracia frente a la demagogia vota a favor de la supresión de la libertad de expresión y de reunión

J'étais d'avis, pour mon compte, qu'il était sage et nécessaire de faire sur ce point de grandes concessions aux terreurs et aux ressentiments légitimes de la nation et que le seul moyen qui restât, après une si violente révolution, de sauver la liberté était de la restreindre. Mes collègues étaient de mon avis. Nous proposâmes donc successivement une loi qui suspendait les clubs; une autre qui réprimait avec plus d'énergie qu'on ne l'avait fait même sous la monarchie les écarts de la presse; une troisième, enfin, qui régularisait l'état de siège. 'C'est une loi de dictature militaire que vous faites!' Nous cri-t-on. — 'Oui, répondit Dufaure, c'est une dictature, mais une dictature parlementaire'. Contre le droit imprescriptible qu'a une société de se sauvegarder, il n'y a point de droits individuels qui puissent prévaloir. Il est des nécessités impérieuses qui sont les mêmes pour tous les gouvernements, monarchies ou républiques (Tocqueville, 2002, pp. 934-935).

Asimismo, vota contra la limitación de la jornada de trabajo, a diez horas, contra la supresión del impuesto de la sal, por el mantenimiento de los reemplazos en lugar de la introducción del servicio militar para todos y, como no podía ser otra cosa, contra la amnistía para los condenados de junio. «La clase que despertaba compasión

¹³ Tomo la expresión de Seloua Luste Boulbina, que a su vez se apoya en el siguiente retrato de Royer-Collard de nuestro autor: «Je crains que, par impatience d'arriver, il ne s'égare dans des voies impraticables, voulant concilier ce qui est inconciliable. Il se sert à la fois de ses deux mains, donnant la droite à la gauche, la gauche à nous, regrettant de ne pas en avoir une troisième qu'il donnerait invisiblement» (Royer-Collard, cit. por Luste Bulbina, 2008, p. 167).

¹⁴ Béjar subraya la inquietud de Tocqueville ante la irrupción de las turbas en la historia. El pueblo como masa es un monstruo que lleva indefectiblemente a la dictadura: «Porque será el pueblo quien encarne la falta de ataduras en los deseos y en las conductas, y con su aparición cundirá ese desgobierno que prenda en todas las revoluciones y que tanto detesta Tocqueville» (Béjar, 1993, p. 97).

¹⁵ En ocasiones él mismo se siente extraño frente a sí mismo: «J'ajoutais qu'on ne devait fusiller aucun prisonnier, mais qu'il fallait tuer sur-le-champ tout ce qui faisait mine de se défendre [...] en continuant mon chemin, je ne pouvais m'empêcher de faire un retour sur moi et de m'étonner de la nature des arguments dont je venais d'user et de la promptitude avec laquelle je m'étais familiarisé moi-même en deux jours avec ces idées d'inexorable destruction et de rigueur qui m'étaient naturellement si étrangères» (Tocqueville, 2002, p. 885).

¹⁶ En este sentido, consideramos muy benevolente la opinión de Benoît de otorgar a Tocqueville una posición moderada dentro del partido del orden (Benoît, 2000, p. 15).

resulta finalmente el enemigo con el que no es posible ningún compromiso» (Capdevila, 2008, p. 83). Quizás detrás de este giro copernicano resuenan los ecos de las palabras marxianas ante la toma de postura de las élites y de las clases medias en momentos revolucionarios. De alguna manera, «*sans barguigner, Tocqueville se range dans le camp de ceux qui ont, donc clairement contre le camp de ceux qui n'ont rien*» (Onfray, 2017, p. 115).

En sus *Souvenirs* [...] Tocqueville se inclina más por la descripción de las pasiones que por el análisis de los objetivos de la supuesta revolución. En realidad, más que apuntar a la subversión de la sociedad [...] lo que se pretendía era lograr mayores mejoras concretas, como lo demuestra la centralidad del derecho al trabajo o la reivindicación del sufragio universal. Pero nuestro autor teme los desmanes del pueblo, compuesto por hombres borrachos que “hedían a sudor” y mujeres viriles que encarnaban “el furor de las pasiones demagógicas y la rabia de las guerras civiles”. Y, lo que es más, se espanta ante la fuerza que cobra el movimiento cuando, de nuevo, las pasiones son alentadas por una doctrina social. El socialismo, ‘oscura y errónea noción del derecho’, prende tanto las pasiones “ambiciosas, ciegas y groseras que llevaban al pueblo a empuñar las armas” como “las pasiones de ama de casa” del pueblo de París, unido “por una común codicia” [...] La revolución aparece, pues, en los *Recuerdos* como un drama, una orquestación de ardores humanos, una fiebre de pasiones que poco tienen que ver con la calma de los espíritus que domina las sociedades no revolucionarias. Este es el caso de los Estados Unidos, modelo heurístico del estado social democrático (Béjar, 1993, pp. 102-103)¹⁷.

4.2. La cuestión de la mujer

Ciertamente Tocqueville concede a las mujeres un papel fundamental, hasta el punto de que hablar de las mujeres es hablar de la moral y de las costumbres, es pulsar los condicionantes últimos de la organización social y política, es alcanzar la fuente de esas creencias compartidas sin las cuales no hay sociedad. Su papel es urdir las *moeurs* con hábitos de orden y de moralidad, que frenen las pasiones políticas y posibiliten ambientes de libertad (Tocqueville, 1989, p. 240).

Así pues, son las responsables de la solución del problema de la democracia, ya que de ellas depende la calidad de los vínculos de dependencia y solidaridad que posibilitan la comunidad política, la nación. Son poseedoras del poder moral, en el sentido de que moralizan desde dentro a la sociedad. Guardianas y promotoras de la moralidad, son, además, el espejo en el que se refleja el grado ético de una sociedad. Finalmente, les compete indirectamente un papel político, pues de ellas depende la educación de sus hijos en aquellos valores religiosos y asociativos que les permitan desarrollar una ciudadanía crítica y contrarrestar, de este modo, las tendencias individualistas de la democracia burguesa (Vila, 2009).

Indudablemente tan altas responsabilidades exigen una educación adecuada. En esta cuestión, aparentemente, Tocqueville se separa de Rousseau y se acerca a Wollstonecraft, Martineau y Stuart Mill, entre otros intelectuales que estaban a favor de los derechos de las mujeres. Tocqueville considera indispensable para el mantenimiento de la democracia liberal una educación para la libertad, que cultive las capacidades intelectuales y morales de los sexos por igual. Tocqueville con su ideal de educación para las mujeres parece cuestionar las prácticas viciadas de la formación femenina imperante en su tiempo (Hunt Bottind, 2009).

¹⁷ Bourricaud nos dirá que «*Ce que Tocqueville n'aie pas dans la démocratie c'est l'égalitarisme de la foule qui lui fait peur et horreur*» (Bourricaud, 2005, p. 113).

Pero las semejanzas con el protofeminismo son más aparentes que reales. Tocqueville no demanda una educación para las mujeres de cara a prepararlas para una ciudadanía crítica y responsable, como sucede en el caso de los varones. No pretende abrirlas a la esfera pública, sino encerrarlas en la privacidad de lo doméstico. En este sentido, Eileen Hunt Botting describe acertadamente a la mujer tocquevilliana como «la chica de Wollstonecraft dentro de la esposa de Rousseau» (Hunt Bottind, 2009, p. 114).

La educación para las mujeres está dirigida a que «libremente» acepten someterse sin restricción alguna y con plena abnegación al matrimonio y a las obligaciones que esta entraña para ella. Tocqueville, el humanista para quien lo importante no era la naturaleza del amo, sino la obediencia ciega, justifica en el matrimonio la dejación de la libertad personal por parte de las mujeres, hasta el punto de defenderla y legitimarla porque es una dejación libre. De este modo, donde antes todo era independencia y libertad, ahora es sujeción y enclaustramiento (Usategui, 2003).

Indudablemente esta concepción del matrimonio y del papel de la mujer en la sociedad democrática concede a la noción tocquevilliana de privacidad un sentido nuevo. Privacidad en el sentido democrático del que nos habla nuestro autor es replegarse en sí mismo, concederse una parcela de soberanía, aislarse del exterior para construirse la propia identidad, disponer de un espacio de autorrealización. Pero este sentido de privacidad no tiene nada que ver con las mujeres. La mujer tocquevilliana carece de un espacio privado. Su espacio es el doméstico. Su actividad, el cuidado. La función exclusiva de la mujer tocquevilliana consiste en olvidarse de sí misma y darse a los demás, atender a sus deseos y necesidades, estar pendiente de los otros, realizar lo puramente biológico de su existencia. La mujer es el ángel del hogar, pero un ángel sin alas, sin espacio, sin libertad personal. El ideal de democracia tocquevilliano basado en la yuxtaposición de libertad e igualdad no existe para las mujeres.

Ciertamente Tocqueville no ve a las mujeres en términos de inferioridad, como su maestro Rousseau. Es decir, las mujeres son diferentes de los hombres, pero iguales, tienen el mismo valor que ellos. Pero al fin y al postre el resultado es semejante. Al defender división sexual del trabajo y de las responsabilidades domésticas como funcionales para el sistema social o, en terminología tocquevilliana, para el orden moral, fuente y principio del orden social, encierra a las mujeres en los estrechos límites del hogar. Las mujeres no están hechas para ocuparse de asuntos situados más allá de los muros de la casa, para ejercer una actividad profesional, política o, incluso, literaria. La complementariedad de funciones defendida por Tocqueville acaba negando a las mujeres el ejercicio público de la libertad, la participación activa en la vida de la comunidad, su constitución como sujetos de ciudadanía a través del voto. Es decir, en una palabra, el desarrollo de su individualidad. Pierden de esta manera la cualidad que diferencia a los seres humanos de los animales. No cabe, por tanto, en Tocqueville mayor contradicción con sus propios principios políticos.

4.3. Tocqueville y el colonialismo

En relación a la cuestión étnica, nadie puede negar el profundo humanismo presente en la mirada de Tocqueville sobre la situación de los indios y de los negros en tierras americanas. También son numerosos los textos donde expresa una oposición frontal a la esclavitud, como una institución inicua y odiosa, contraria a todos los derechos naturales de la humanidad. Igualmente es patente su rechazo a las tesis racistas, meras justificaciones inventadas por los esclavistas para justificarse.

Sin embargo, encontramos en Tocqueville la contradicción de ser humanista en América y colonialista en Argelia y en las colonias francesas de ultramar. Cuando habla el diputado Tocqueville aparece el hombre de Estado y desaparece el filósofo moral. Tocqueville, que ha escrito textos contundentes contra la esclavitud, está a favor de las colonias. Ya no es el espectador de una realidad que no le compromete, sino el político que contempla las colonias americanas con la obligación de atender prioritariamente a los intereses de la nación.

Seloua Luste Boulbina (2008a, 2008b, 2008c) interpreta este giro por el rol diferente de nuestro autor en América y en las colonias. En América percibe la situación desde la mirada distante de un observador de buen corazón, con una percepción más humana que política, que contempla sobrecogido e impotente un espectáculo que se le hace atroz y brutal. Es un espectador que juzga moralmente una escena de la que no se siente responsable. Sin embargo, con respecto a las colonias, es un actor comprometido, que valora más la razón de Estado que los principios teóricos y éticos, con una visión instrumental y utilitarista de la política. De hecho, cuando el diputado Tocqueville se ocupa de las colonias, planifica la emancipación de los esclavos, proyecta el futuro de Argelia, siempre tiene a la vista el honor y los intereses de Francia (Sánchez-Mejía, 2019, p. 400), la recuperación de su protagonismo internacional perdido tras las guerras napoleónicas, el antídoto contra la pérdida del sentido patrio de la población francesa. «Creo que el futuro está en nuestras manos y, sinceramente le diré que, con el tiempo, perseverancia, habilidad, y justicia, no dudo de que logremos erigir sobre las costas de África un gran monumento a la gloria de nuestra patria» (Tocqueville, 2009, p. 63).

Es desde una óptica colonialista y nacionalista desde donde mira a Argelia y enfoca la abolición de la esclavitud. Y es desde esa mirada profundamente nacionalista como hay que interpretar el colonialismo tocquevilliano, desde donde imperialismo y nacionalismo –como casi siempre a lo largo de la historia– son una misma cosa¹⁸. Es decir, su chovinismo en ocasiones burdamente patrioterio, su eurocentrismo muchas veces excluyente, su imperialismo desbordado, su incomprendimiento del nacionalismo de las poblaciones indígenas basados en particularismos culturales, no pueden ser considerados simplemente como excepciones o puntos negros de un liberal poco consecuente o el fruto de un contexto histórico determinado, a la manera como lo entiende la profesora Villaverde Rico, sino el fruto de la imposibilidad de compaginar un patriotismo cívico, respetuoso con «el otro», con una actitud y un sentimiento nacionalista, que más tarde o más pronto, siempre acaba siendo excluyente.

De ahí que para Tocqueville –en su faceta de hombre político– no exista para Francia una independencia y una democracia estable y durable sin imperialismo, como se ve en el siguiente texto de su segundo discurso ante las Cámaras al hilo de la «cuestión de Oriente»:

Yo no amo la guerra, vengo de decirlo; pero hay situaciones extremas en la que la guerra me parece un bien y estas situaciones extremas, creo mi deber de venir a anunciarlas con firmeza delante de mi país. Hay una situación extrema de la que

¹⁸ Es significativo sus diferencias de criterio a la hora de juzgar las ansias expansionistas de otras naciones, por ejemplo, a Estados Unidos en sus intentos expansionistas hacia el sur: «Je n'ai pas vu sans appréhension cet esprit de conquête, et même un peu de rapine, qui se montre parmi vous depuis quelques années. Ce n'est pas un signe de bonne santé chez un peuple qui a déjà plus de territoires qu'il n'en peut remplir. J'avoue que je n'apprendrais pas sans beaucoup de chagrin que la nation s'embarquât dans une entreprise contre Cuba, ou, ce qui serait de pis, la laissât faire par ses enfants perdus» (Tocqueville, 1986, pp. 146-147).

habría que escapar, incluso por la guerra; sería abandonar desde el presente y para siempre la esperanza de jugar un papel en la cuestión de Oriente.

Me contestaréis. Se han dicho grandes cosas sobre la cuestión que se agita en este momento en los bordes del Bósforo, pero no se ha dicho todo; lo que está pasando en Egipto y en Siria, no es más que la esquina de un inmenso tablero, no es más que el comienzo de una inmensa escena. ¿Sabéis lo que está pasando en Oriente? Es un mundo entero que se transforma. Desde las orillas del Indo a los bordes del mar Negro, en este inmenso espacio, todas las sociedades se sacuden, todas las religiones se debilitan, todas las nacionalidades desaparecen, todas las luces se apagan, el antiguo mundo asiático desaparece; y en su lugar se levanta gradualmente el mundo europeo. La Europa de nuestros días no aborda Asia solamente por una esquina como Europa lo hacía en la época de las Cruzadas; ataca al norte, al sur, al este, al oeste, por todas partes; la marca, la rodea, la doma.

¿Creéis, por tanto, que una nación que quiere seguir siendo grande puede asistir a un espectáculo semejante sin tomar partido? ¿Creéis que debemos dejar a los pueblos de Europa amparándose impunemente de esta inmensa herencia? Y más que sufrirlo, diría a mi país con energía, con convicción: antes la guerra (Tocqueville, 1962, pp. 290-291).

Como siempre sucede con los imperialistas a lo largo de la historia –sean de derechas o de izquierdas, liberales o socialistas-, a sus ojos el imperialismo se le aparece como la vía ineludible para mantener una Francia unida y grande, pues no hay nada más peligroso para la estabilidad de una nación que la «*paix sans gloire*» (Tocqueville, 1985, p. 301)¹⁹. Su posición ante la liberación de los esclavos de ultramar y la conquista de Argelia son un buen ejemplo de su nacionalismo imperialista.

4.3.1. Tocqueville y la abolición de la esclavitud

En sus intervenciones en la Cámara, en sus escritos, en su correspondencia, se suceden las condenas a la esclavitud en nombre del derecho natural y del principio de igualdad subsiguiente. En este aspecto, se reclama y se muestra heredero de los principios humanistas de la Ilustración: «el hombre no tiene el derecho de poseer al hombre y el hecho de la posesión siempre ha sido y es todavía ilegítimo». Abundan descalificaciones de la esclavitud como una institución inicua y odiosa, contraria a todos los derechos naturales de la humanidad.

Este es el planteamiento moral de la esclavitud en nuestro autor. Sin embargo, la esclavitud no es solamente un problema ético, es también una institución social, con fuertes implicaciones económicas y sociales. Indudablemente lo ideal sería una coincidencia de los principios éticos, políticos y los intereses particulares. Pero nuestro hombre político no lo cree posible: como dice, Todorov (1988, p. 13), ahora es «la política quien evalúa la moral y no a la inversa», es la moral quien está sometida a la política, como reconoce el propio Tocqueville (2008, p. 33): «La humanidad y la moral han reclamado a menudo, y muchas veces de forma imprudente, la abolición de la esclavitud. Hoy en día, es la necesidad política quien la impone».

¹⁹ En el mismo sentido escribe a su amigo Reeve: «Ce ne sont pas les seules passions anarchiques qui renversent les trônes, cela ne s'est jamais vu. Ce sont ces mauvais sentiments s'appuyant sur de bons instincts. Jamais le parti révolutionnaire n'eût renversé la branche aînée, si celle-ci n'eût fini par armer contre elle le parti libéral. Ce même danger reparaît aujourd'hui sous une autre forme. Le radicalisme s'appuie momentanément sur l'orgueil national blessé. Cela lui donne une force qu'il n'avait point eue» (Tocqueville, 2002, p. 468).

Debido a ello, ante la abolición de la esclavitud en tierras coloniales francesas, la posición de nuestro autor tiene tintes más instrumentales y prácticos que cuando observaba las dos orillas del río Ohio. De hecho, sus escritos y sus intervenciones en la Asamblea son un buen ejemplo de su deseo de conciliar lo inconciliable, los principios éticos con el más puro utilitarismo económico, los intereses de los esclavos y el de los propietarios de las plantaciones, la libertad de los negros y la propiedad de los blancos, la dignidad de los esclavos y los intereses de la patria²⁰. No es el espectador de una realidad que no le compromete, sino el político que contempla las colonias americanas con la obligación de atender prioritariamente a los intereses de la nación (Guineret, 2007): «No se trata en absoluto se saber si la esclavitud es malvada, si debe acabar, sino de cuándo y cómo conviene que acabe» (Tocqueville, 2008, p. 30).

Por otra parte, el proceso de la abolición de la esclavitud en las colonias inglesas en el Caribe ha servido de experiencia a nuestro autor. La emancipación de los esclavos se había producido en 1833, pero tenía un periodo transitorio preparatorio hasta alcanzar la total independencia. Durante ese tiempo, los negros seguían trabajando gratuitamente para sus antiguos propietarios, aunque este trabajo no retribuido quedaba limitado a un cierto número de horas por semana. Los colonos recibían una compensación económica por los trastornos que estos cambios introducían en la organización del trabajo de sus plantaciones. Pero la presión de la opinión pública y las reiteradas campañas de los abolicionistas llevaron al gobierno inglés a poner fin a esta especie de «aprendizaje en la libertad» y a decretar la emancipación total. La existencia en las colonias de grandes extensiones de tierras muy fértiles y a precios muy asequibles, permitió a los trabajadores negros liberados emigrar en masa a esas tierras, donde establecieron pequeñas granjas para su subsistencia, originando una falta de mano de obra en las grandes plantaciones. «Por consiguiente, el gobierno inglés habría debido negar a los negros, al menos por algún tiempo, el derecho de adquirir tierras [...] Al salir de la esclavitud, esta restricción de la libertad habría sido aceptada sin protestas por la población negra» (Tocqueville, 2009, p. 25). Esta pérdida de mano de obra ha ocasionado la ruina de una buena parte de los colonos y precisamente eso es lo que Tocqueville quiere evitar, ya que «si los negros tienen derecho a la libertad, es incuestionable que los colonos tienen el derecho no arruinarse a causa de la libertad de los negros».

En coherencia, Tocqueville propone la libertad inmediata y simultánea de todos los esclavos de las colonias, pero con una serie de condiciones: un periodo preparatorio de 10 años, en los que seguirán obligados a trabajar gratuitamente; restricción de derechos y libertades a los esclavos liberados; la prohibición de adquirir tierras, etc. Y todo ello sin derecho a réplica por parte de los esclavos liberados, ya que «no hay en ello el menor atisbo de tiranía; el hombre que solo encuentre este obstáculo a la salida de la esclavitud no parece tener derecho a quejarse» (Tocqueville, 2009, p. 31). Exige, pues, a los negros seguir manteniendo una actitud servil: sin derecho a protestar de las limitaciones impuestas y agradecidos porque los

²⁰ Su posición conciliadora de intereses contrapuestos en el tema de la esclavitud aparece en la carta a Edward Vernon Childe, correspondiente en Francia del *Times* y el *Courier and Enquirer* de Nueva Cork, con ocasión del voto en Estados Unidos de la Ley Kansas-Nebraska, que dejaba en manos de los nuevos Estados la adopción o no de la esclavitud: «J'ai toujours été fort opposé au parti abolitionniste, en tant que ce parti voulait amener une abolition prématurée et dangereuse de l'esclavage dans le pays où cette abominable institution a toujours existé. Mais l'introduire dans de nouveaux États, répandre cette peste horrible sur une grande surface de la terre qui en a été jusqu'ici préservée, imposer tous les crimes et toutes les misères qui accompagnent l'esclavage à des millions d'hommes à venir (maîtres ou esclaves) qui pouvaient y échapper, est un crime contre le genre humain, et cela me paraît affreux et sans excuse» (Tocqueville, 2002, p. 1248).

amos les devuelven derechos que contra toda ética les han arrebatado durante generaciones.

Además, para garantizar la supervivencia de las plantaciones, Tocqueville cree necesario conceder a los colonos un conjunto de garantías y medidas protecciónistas: compensaciones por el aumento de los gastos y disminución de producción, de la bajada de precios y, además, será de justicia «conceder a los colonos una indemnización que represente el valor venal de los esclavos liberados» (Tocqueville, 2009, p. 34).

Tocqueville resume su pretendida cuadratura del círculo de la siguiente manera:

Como puede verse, los gastos de la emancipación se reparten de una forma que parece equitativa entre todos los interesados en el éxito de la empresa: la mitad de la indemnización es aportada por la metrópoli, la otra por el trabajo de los negros, la evasión del precio de la mano de obra es soportada por los colonos.

En resumen, libertad simultánea concedida a los esclavos al cabo de diez años; hasta entonces, un conjunto de medidas que tienen como finalidad moralizar y civilizar a los negros y liquidar la propiedad de los blancos. Al finalizar ese plazo, una legislación especial cuyo objetivo sea ayudar a la sociedad colonial a recuperarse; junto a la libertad concedida a los esclavos, una indemnización suficiente otorgada a los propietarios.

Tal es, en sus principales rasgos, el proyecto de emancipación propuesto por la mayoría de la comisión. Parece difícil conseguir un objetivo mayor con menores gastos y conciliar de mejor modo lo que la humanidad y el interés de Francia exigen con lo que la prudencia requiere (Tocqueville, 2009, pp. 35-36).

No hay una unanimidad entre los analistas de Tocqueville en la interpretación de su actitud ante la abolición de la esclavitud. Benoît puede considerarse el representante de la exégesis más favorable. Este autor atribuye un carácter profundamente moral al combate tocquevilliano a favor de la abolición (Benoît, 2004). Interpreta la evidente primacía de la dimensión económica sobre los criterios de índole moral como una estrategia argumentativa, una pura táctica parlamentaria para conseguir el voto de los diputados, más interesados en el progreso económico de las colonias que en la suerte de los esclavos. El mismo argumento le sirve para explicar su apoyo a la concesión de ayudas a los colonos y a la limitación de derechos y libertades a los negros emancipados.

En cambio, sus críticos, entre los que cabe señalar, entre otros, a Seloua Luste Boulbina, Tzvetan Todorov, Veillard, consideran a nuestro autor un auténtico racista. Denuncia la esclavitud y defiende la igualdad ante la ley, pero no acompaña esta defensa con un apoyo decidido a la igualdad social. En opinión de Seloua Luste Boulbina, sus análisis de la esclavitud parten de una visión negativa de los negros, descritos siempre de forma peyorativa y despectiva²¹. Desde una posición eurocétrica y blanca, elimina el protagonismo de los esclavos en su lucha por la libertad: la abolición de la esclavitud es el resultado de la decisión ilustrada y clarividente de los amos, y no el resultado del esfuerzo doliente de los esclavos. Los negros son vistos como sujetos mudos y pasivos, son beneficiarios y no actores de

²¹ «*Ils [los negros] sont ainsi traités comme des mineurs, que ce soit délibérément ou involontairement. Leur ignorance du bien est la constante des discours prononcés sur eux. Sans éducation ni religion, sans goût du travail ni connaissance du mariage – ces éléments sont abondamment discutés par Tocqueville, les Noirs sont considérés comme ne pouvant pas se gouverner eux-mêmes (...) Ces sur ses positions colonistes qu'il entend obtenir l'adhésion de ses lecteurs*

» (Luste Boulbina, 2008c, p. 170).

su emancipación. En su chovinismo, convierte en protagonistas de la historia de la liberación de los esclavos a los franceses, quienes, portando el estandarte de la igualdad y la libertad por el mundo, han posibilitado el inicio de los procesos abolicionista²².

Al igual que Todorov, interpreta el derecho a «no ser arruinado» como una defensa de la propiedad, de una propiedad basada en el expolio y en la expropiación de los derechos naturales básicos, como son la libertad y la igualdad de todos los hombres²³. Por su parte Todorov (1998, p. 15) opina que Tocqueville,

para evitar que la abolición de la esclavitud en las antiguas colonias francesas no tenga efectos nefastos (ruina de los propietarios, disminución del nivel industrial), liberando a los individuos, hay que mantener los territorios que habitan en estado de sumisión. En otros términos, el colonialismo tiene que remplazar a la esclavitud.

Es decir, el abolicionista esconde en su interior un colonialista.

Sin embargo, al igual de Villaverde Rico en *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*, pensamos que los extremos no sirven para juzgar a nuestro autor en el tema de la esclavitud. No negamos que su percepción del proceso emancipatorio de los esclavos de las colonias francesas es una especie de conglomerado de elementos humanistas y éticos con intereses manifiestamente colonialistas y eurocéntricos, como demuestra el siguiente texto:

Por muy digna de respeto que sea la situación de los negros y por muy sagrado que deba ser a nuestros ojos su infortunio, que es obra nuestra, sería injusto e improcedente preocuparse tan sólo de ellos. Francia no podría olvidar a aquellos de sus hijos que habitan en las colonas, ni perder de vista su grandeza, que exige que las colonias progresen (Tocqueville, 2009, p. 32).

Pero también encontramos en su pensamiento la convicción de la esencial inmoralidad de la esclavitud. El esclavo no es un ser moral en el sentido pleno del término, porque carece de aquello que otorga la moralidad al ser humano: la libertad. Solamente la libertad confiere responsabilidad al ser humano, sin la cual hablar de moralidad parece un contrasentido. Es en este sentido como hay que entender la intrínseca inmoralidad de la esclavitud, porque coloca al individuo en una a-moralidad completa, porque destruye la humanidad en el ser humano, porque le coloca al nivel de los brutos. Con la libertad y los derechos que como ser humano le corresponden, el esclavo recobrará su humanidad arrebatada, el conjunto de los valores, el sentido del trabajo, el valor de la familia y de lo sagrado²⁴.

L'expérience seule de la liberté, la liberté longtemps contenue et dirigée par un pouvoir énergique et modéré, peut suggérer et donner à l'homme les opinions, les vertus et les habitudes qui conviennent au citoyen d'un pays libre [...] L'esclavage est une de

²² «Tocqueville va même jusqu'à affirmer que les Anglais ont suivi une "idée française", la "propriété" des Français, une des "idées mères" de la Révolution. Il va même jusqu'à dire que les Français sont, avant même qu'ils n'aient aboli l'esclavage sur leurs propres territoires, "les véritables auteurs de l'abolition ! Cocotico1 Flatter le patriotisme de ses compatriotes est une arme rhétorique de plus pour faire pencher la balance» (Luste Boulbina, 2008c, p. 173).

²³ «Ce n'est pas les esclaves qu'il faut indemniser, pour le préjudice subi, mais les maîtres, pour la perte éprouvée. La réparation ne concerne pas la liberté, mais la propriété. Si certains ont payé de leur vie, tant pis. C'est certainement l'un des ressorts des actions, tardives, en réparation. Le pretium doloris vaut beaucoup moins que les pertes matérielles» (Luste Boulbina, 2008b, pp. 115-116).

²⁴ «L'expérience seule de la liberté, la liberté longtemps contenue et dirigée par un pouvoir énergique et modéré, peut suggérer et donner à l'homme les opinions, les vertus et les habitudes qui conviennent au citoyen d'un pays libre (...) L'esclavage est une de ces institutions qui durent mille ans si personne ne s'avise de demander pourquoi elle existe, mais qu'il est presque impossible de maintenir où cette demande est faite» (Tocqueville, 2008, pp. 34-45).

ces institutions qui durent mille ans si personne ne s'avise de demander pourquoi elle existe, mais qu'il est presque impossible de maintenir où cette demande est faite (Tocqueville, 2008, pp. 34-45).

Así, aunque no se puede negar una radical ambivalencia en su manera de enfocar la liberación de los esclavos/as y que muchas veces –como señala Onfray– aborda su liberación desde el punto de vista de un cultivador de caña de azúcar, sin embargo, rechazamos la identificación de Terrén entre los planteamientos tocquevillianos y las tesis racistas de Gobineau (Terrén, 2002, p. 11). Nos quedamos con que, una vez más, el honor de Francia oscurece y emponzoña la mirada ética del teórico de la democracia moderna.

4.3.2. La conquista de Argelia

Ciertamente el apelativo de imperialista con respecto a nuestro autor en nuestros días proviene de manera especial de sus escritos e intervenciones en la cámara a cuenta de la conquista de Argelia (Mélonio, 1991, 1995, 2005; Dion, 1994; Romay Beccaria, 2007 Sánchez Mejía, 2016, 2019a, 2019b; García Pérez, 2019). Al igual que Mélonio, la profesora Villaverde Rico opina que los escritos tocquevillianos sobre Argelia permiten indagar una contradicción entre su liberalismo democrático que defiende al propio tiempo unos derechos humanos universales y una idea de nación que «exalta el particularismo colectivo» (Mélonio, 2005, p. 337). Es decir, una vez más es a través de las gafas del liberalismo como se analiza a Tocqueville. Y una vez más afirmamos que es el nacionalismo –que puede ir del azul al rojo–, quien tiñe de colonial e imperialista el pensamiento de Tocqueville.

Ahora bien, antes de entrar a analizar sus escritos sobre Argelia, cabe señalar un aspecto sobre el que muchas veces sus intérpretes han pasado de puntillas: el nacionalismo imperialista de los países coloniales crea sus propios monstruos que les devorarán, es decir, Tocqueville es consciente de que la política que defiende con respecto a Argelia provocará a su vez la emergencia del nacionalismo musulmán, basado en la guerra contra un enemigo común y en la exaltación de un particularismo religioso y cultural. A consecuencia de la acción de los países europeos, la unidad árabe se fraguará desde una hostilidad a Occidente (Mélonio, 1991; Dion, 1994; Romay Beccaria, 2007). Y aquí se nos aparece de nuevo el ambivalente Tocqueville: es totalmente consciente de que defiende una política expansionista e imperialista que tarde o temprano está condenada al fracaso (Usategui Basozabal, 2021, 2022).

En todo caso, ¿cómo justifica la conquista de Argelia? No son los intereses de la población autóctona, ya que «hemos vuelto a la sociedad musulmana mucho más miserable, más desordenada, más ignorante y más bárbara que lo era antes de conocernos» (Tocqueville, (1962, p. 323). La respuesta está en lo que Losurdo (2007, p. 139) llama «un patriotismo irritable»:

No creo que Francia pueda pensar seriamente en abandonar Argelia. Ese abandono sería a ojos del mundo, el anuncio innegable de su decadencia. El daño sería mucho menor si fuera una nación rival la que nos arrebatara por la fuerza nuestra conquista [...]. Pero si Francia retrocediese ante una empresa en la que no se enfrenta más que a las dificultades naturales del país y a la oposición de las pequeñas tribus bárbaras que lo habitan, a ojos del mundo parecería rendirse a su propia impotencia y sucumbir por falta de ánimo. Si Francia abandona alguna vez Argelia, es evidente que solo podrá hacerlo en un momento en que esté a punto de emprender grandes cosas en Europa, y nunca irritable en un tiempo como el nuestro en el que parece retroceder a la segunda fila y resignarse a dejar pasar a otras manos la dirección de los asuntos europeos (Tocqueville, 2009, pp. 67-68).

Se entiende entonces la pregunta que se hace en su *Rapport sobre Argelia*: «El dominio que ejercemos en la antigua Regencia de Argelia ¿es útil para Francia?» (Tocqueville, 1962, p. 311). Es decir, podamos vestirlo con el ropaje más humanista posible, podemos entresacar los textos tocquevilianos más críticos con el empleo de la fuerza ciega y desmedida sobre la población indígena, pero la conquista únicamente se justifica desde su beneficio para una Francia una, grande y libre. Incluso el uso de la fuerza se explica desde este espíritu nacionalista. Inclusive, su rechazo al empleo gratuito de la violencia en pocas ocasiones está impregnado de criterios morales y éticos, son los intereses de Francia lo que le preocupa:

Señores, solamente la fuerza y la violencia sirven con estas gentes. El otro día hice una razzia. Siento que no estuvierais presentes [...]. Después de haber matado a cinco o seis hombres, salvé a las bestias [...]. El otro día se cometió un asesinato en el camino. Se me entregó un árabe del que se sospechaba. Le interrogué y a continuación le corté la cabeza. Veréis la cabeza encima de la puerta de Constantine. En cuanto a vuestros colonos de Philippeville son un atajo de canallas [...]. Ayer por armar jaleo requisé sus carros y sus animales y les dije que al primero que se negara le enviaría hasta nueva orden al blocao de los Monos». Y yo escuchando tristemente todas estas cosas, me preguntaba ¿cuál podría ser el destino de un país en manos de semejantes hombres y dónde desembocaría finalmente esta cascada de violencias y de injusticias, sino a la revuelta de los indígenas y la ruina de los europeos? (Tocqueville, 1958, pp. 216-217)

Colonizar es dominar²⁵ y la violencia es inevitable, porque «comenzamos reconociendo que no teníamos enfrente a un verdadero ejército, sino a la propia población [...]. No se trataba de vencer a un gobierno, sino de reducir a un pueblo» (Tocqueville, 209, p. 152). Puede, como señala la profesora Villaverde Rico, que Tocqueville rechace la guerra de exterminio, pero los buenos sentimientos se quedan ahí, la conquista de Argelia es una guerra despiadada y brutal:

Y, por otra parte, he visto muchas veces en Francia cómo hombres a los que respeto, pero que no apruebo, rechazaban que se quemaren las cosechas, se vaciasen los silos o, sobre todo, que se capturase a hombres desarmados, a mujeres o a niños. Son éstas, en mi opinión, necesidades enojosas, pero a las que habrá someterse cualquier pueblo que quiera hacer la guerra a los árabes. Y, si he de manifestar sinceramente mi pensamiento, esas acciones no me repugnan más, ni siquiera tanto, como otras muchas que el derecho de guerra autoriza plenamente y que se producen en cualquier guerra europea ¿Por qué ha de ser más odioso quemar las cosechas y hacer prisioneros a mujeres y niños que bombardear a la población indefensa de una ciudad sitiada, o que apresar en alta mar navíos mercantes pertenecientes a súbditos de una potencia enemiga? Lo segundo es, en mi opinión mucho más duro y menos justificable que lo primero.

Si en Europa no se queman las cosechas, se debe a que por regla general la guerra se dirige contra los gobiernos y no contra la población (...) Pienso, por mi parte, que cualquier medio que sirva para hundir a las tribus debe ser empleado. Tan solo excepto aquellos que la humanidad y el derecho de las naciones reproban (Tocqueville, 2009, pp. 82-83).

Una vez más intenta la cuadratura del círculo: ensamblar colonialismo y guerra justa. Otra contradicción: admite sin mucho pesar que se asesine y se aniquile, pero detesta a quienes lo llevan a cabo. Al propio tiempo asegura que «*On ne peut étudier les peuples barbares que les armes à la main*» (Tocqueville, 2009, p. 85).

²⁵ «La colonización sin dominación siempre será, a mi parecer, empresa incompleta y precaria» (Tocqueville, 2009, p. 72).

Se entienden entonces las medidas propuestas por Tocqueville en el *Trabajo sobre Argelia* para dominar el territorio argelino; prohibición del comercio a los árabes, devastación del territorio²⁶, destrucción de todo lo que recuerde a una ciudad²⁷, la ocupación militar permanente, la construcción de hospitales para la tropa francesa, la creación de un ejército especial para África. Pretende colonizar sin molestar a la población indígena y sin dañar sus derechos, pero entonces:

pourquoi faudra-il alors dépêcher des troupes, envoyer l'armée, convoyer des militaires, transférer l'artillerie, augmenter leur budget, conduire des guerres, construire des casernes, fortifier des villes, créer des unités d'intervention rapide, augmenter le nombre de chevaux, faire voter des crédits extraordinaires pour acheter les lits, si les tribus indigènes ignorent la gêne, la souffrance, la blessure du colonialisme? (Onfray, 2017, p. 95).

Desde esas coordenadas me resulta difícil coincidir con la profesora Villaverde Rico (2022, p. 215) cuando afirma: «Pero injusto afirmar que Tocqueville sacrificó los intereses de los nativos». Ciertamente, en sus *Informes* demanda a los gobiernos tratarlos con justicia, pero casi siempre desde una óptica utilitarista, para lograr disminuir su odio contra los colonos. Sin embargo, en todo tiempo y en todo lugar, en la guerra y en la paz, se les ha de hacer ver su condición de vasallos. Jamás han de sentirse conciudadanos e iguales a los colonos franceses. Hay que evitar los excesos y la violencia gratuita para con ellos, pero las mejores tierras serán para los colonos franceses, las autoridades francesas no construirán gratuitamente mezquitas ni subvencionarán los viajes a la Meca, aunque se les ayudará a rehacer sus escuelas y no se les obligará asistir a las europeas. En cuanto a la religión, podrán mantener sus creencias y se respetara las escuelas coránicas, pero no desde el respeto a sus creencias, sino porque «hoy sabemos que fueron fanáticos mendicantes pertenecientes a sociedades secretas, una especie de clero irregular e ignorante, quienes inflamaron los ánimos de la población durante la última insurrección, y los que provocaron la guerra» (Tocqueville, 2009, p 161).

Sin embargo, la ocupación militar, aunque necesaria, no es suficiente: «mientras no tengamos una población europea en Argelia, podrá decirse que estamos acantonados en las costas de África, pero no establecidos» (Tocqueville, 2009, p. 96). Es necesario pues, colonizarla desde el principio, de tal modo que «en la medida de lo posible la colonización y la guerra vayan juntas» (Tocqueville, 2009, p. 96). Colonizar es conseguir construir una sociedad en la que los colonos no se sientan extranjeros, de tal modo que: «no nos tenemos que proponer en Argelia una colonia propiamente dicha, sino la extensión de la misma Francia al otro lado del Mediterráneo» (Tocqueville, 2009, p. 150). Pero, surgen una serie de preguntas, tales como ¿qué tipo de sociedad se ha de edificar?, ¿cuáles van a ser las relaciones de los nuevos pobladores con la población autóctona?; interrogantes a los que Tocqueville intenta responder en su *Trabajo* y en sus *Informes*.

En cuanto a las relaciones entre los franceses y los árabes, Tocqueville con el paso del tiempo modifica su primera impresión de una posible fusión en tierras argelinas de las diferentes razas, defendida en la segunda carta sobre Argelia, para terminar, defendiendo la segregación total. En cierto sentido, defiende una sociedad

²⁶ «Considero que el derecho a la guerra nos autoriza a devastar el país, y que debemos hacerlo, bien destruyendo las cosechas en la época de la recolección, o bien, en cualquier época, mediante esas incursiones rápidas que llaman razzias, y que tienen por objetivo apoderarse de hombres o de rebaños» (Tocqueville, 2009, p. 83).

²⁷ «Ninguna sociedad, aunque solo esté a medias civilizada, puede subsistir sin ciudades» (Tocqueville, 2009, p. 85).

de *apartheid*, con legislaciones totalmente separadas para los europeos y la población autóctona.

Por otra parte, la colonización dependerá de dotar de tierras fértiles a los colonos. Para ello, Tocqueville defiende en su *Trabajo* diversas formas de adquisición: el «derecho de conquista», la «compra voluntaria», que más que voluntaria habría que llamarla engañosa, y, finalmente, la expropiación forzosa. Además, el nomadismo de las poblaciones autóctonas cuestionaba a su parecer su derecho de propiedad sobre el territorio, es decir, no se le ocurre por lo más remoto que en Argelia y en un país que vivía según la ley coránica la propiedad pudiera tener modalidades diferentes y tan respetables como las europeas. Su eurocentrismo le impedía ponerse en el lugar del colonizado cuando contempla a los colonos apoderarse de su territorio, de sus bienes y maneras de hacer.

Tocqueville quería atraer a una población civil con deseos de mejorar sus condiciones materiales de vida. Para ello había que procurarles unas condiciones de vida suficientemente atractivas como para inyectarles el deseo de emprender la aventura de la colonización: ventajas económicas y comerciales que les permitieran prosperar por sí mismos, una administración civil que les garantizase un mínimo de derechos y de libertades, un sistema legal alejado de todo tipo de arbitrariedad, un ejército que les mantuviera alejados y protegidos de los nativos. Sin embargo, expulsa de tierras argelinas las libertades que en la dos *Democracias* aparecen como básicas para edificar una democracia liberal:

No creo que por ahora puedan implantarse en África nuestras grandes instituciones políticas: el sistema electoral, la libertad de prensa, el jurado. Estas instituciones no son necesarias durante la primera infancia de las sociedades. En cambio, hay ciertas libertades, no reconocidas en Francia que podrían serlo sin dificultad en África. Citaré, por ejemplo, la libertad de enseñanza (Tocqueville, 2009, p. 135).

Es difícil no ver en los textos sobre Argelia un problema de incoherencia en los planteamientos políticos de Tocqueville. Parafraseando a Romay Beccaria (2007, p.315), «el humanista de una pieza que es Tocqueville», se quiebra cuando de la «ética de la convicción», cuyos axiomas derivan de la igualdad de los seres humanos y de su derecho a la libertad, pasa a la «ética de la responsabilidad», cuyo objetivo es el bien de la nación y no la adecuación a principios abstractos. Richter (1963) fue uno de los primeros autores en analizar la incoherencia del humanista liberal de las *Democracias* y el *Antiguo Régimen* con el nacionalista enfascado en la cuestión argelina²⁸. Esta desconexión abre las puertas para que muchos autores hayan ampliado el marco de la discusión: a la relación del liberalismo con el espíritu colonialista, al imperialismo subyacente en el liberalismo.

Así Todorov (1988) analiza los textos tocquevillianos a la luz de los planteamientos liberales. Desde la mentalidad liberal, hay un corte entre los derechos de los individuos y los derechos de los Estados. La libertad y la igualdad de los individuos son derechos inviolables. Pero cuando hablamos de las colectividades, de los pueblos o de los Estados, no podemos decir lo mismo: el dominio de los otros, ilegitimo, injusto e ilícito en el plano de los individuos, puede ser admisible y razonable en el plano de las colectividades. Solo el establecimiento de un poder mundial, que representara y buscara el bien común, vigilara su cumplimiento y castigara toda violación podría establecer un sistema liberal internacional. Sin este poder, los Estados, al igual que los individuos en estado de naturaleza previo al pacto social, buscan su propio interés, por encima de cualquier otra finalidad, así serán pacíficos o

²⁸ De la misma época: Lawlor (1959) y Baudet (1960).

agresivos según las circunstancias, sus necesidades y prioridades. Así pues, Todorov no encuentra contradicción alguna entre los principios liberales de la *Democracia en América* y la defensa de la política colonialista francesa en Argelia. Su mirada sobre Argelia será el correlato de su liberalismo político.

Nos parece más adecuado al modo de Pitts (2010) relacionar el nacionalismo tocquevilliano con su preocupación por la estabilidad y la cohesión interna de Francia ante los avances del proceso democrático. Sería, pues, la herramienta perfecta para construir y enraizar una identidad nacional sólida. Desde esta perspectiva, Argelia, es algo más que una conquista de unos territorios, es la gran oportunidad de Francia para volver a ser la gran nación, para recuperar su grandeza y su protagonismo en Europa y a nivel mundial, para escapar de la decadencia que el progreso de la sociedad burguesa parece conducir.

5. A modo de conclusión

No se puede negar que la tensión humanista presente en buena parte de su obra pierde fuerza cuando Tocqueville baja de los grandes principios teóricos y se encarna en las realidades sociales y políticas concretas. Difusa en buena parte de sus análisis de la democracia, esta brecha se hace claramente explícita en su actitud ante la revolución de 1848, en el papel que concede a las mujeres en democracia y en su tratamiento de la guerra en Argelia y la abolición de la esclavitud en las colonias francesas de ultramar. Indudablemente no cabe tachar la figura de Tocqueville a la manera de Onfray como el filósofo francés del colonialismo y el reaccionario dispuesto a matar con su fusil a los insurgentes que en las calles de París reclamaban pan y trabajo. Tampoco como el padre fundador del patriarcado democrático. Sin embargo, llevados por un afán excesivamente hagiográfico, no podemos obviar el lado oscuro de su pensamiento y de su acción política. Tocqueville desde un nacionalismo chovinista fue un colonialista y un imperialista. Y desde la naturalización de los géneros y de la división del trabajo, niega a las mujeres la posibilidad de constituirse como sujetos de ciudadanía, es decir, la cualidad que a su entender diferencia a los seres humanos de los animales.

Indudablemente cabría pensar que Tocqueville es un hombre de su tiempo, que hay contextualizar sus comentarios y expresiones más conservadoras y reaccionarias. Sin embargo, ¿de qué contexto hablamos? En la cuestión de las mujeres, no hay que echar en saco roto la lucha desde la Ilustración de un sector significativo de mujeres y de hombres a favor de la igualdad de derechos entre los seres humanos con independencia de su raza y sexo. En este sentido, Harriet Martineau es la otra cara del espejo de la visión tocquevilliana de las mujeres.

Y en lo que se refiere a sus prejuicios de clase y a su colonialismo, no faltan a su derecha y a su izquierda diputados anticolonialistas y defensores de una libertad sin condiciones de los esclavos y esclavas. Una lectura de sus discursos ante la Asamblea nos descubre un Tocqueville que habla en nombre del hombre blanco propietario que desde su condición despoja a los «otros» –indígenas y negros/as– de sus legítimos derechos. Es decir, es incoherente decir –para salvar al filósofo humanista– que Tocqueville es víctima de los prejuicios de su época.

Por otra parte, su contradicciones teóricas y éticas no cabe interpretarlas desde su condición de liberal. Tocqueville es sumamente crítico con los liberales de su época, especialmente con aquellos que apoda «economistas», que hacen del dinero el horizonte del actuar humano y que desde el «dejar hacer, dejar pasar» eliminan todo criterio moral y político de la economía, dejándola al libre juego de la oferta y la demanda, evitando toda intervención del Estado. Tocqueville es un hombre

de izquierdas –no marxista ni socialista–, con sus contradicciones e incoherencias, que pide la intervención del Estado de cara a una redistribución justa de la riqueza y, al mismo tiempo, defiende la bajada de los salarios durante diez años para los esclavos liberados y así poder indemnizar a los colonos.

En sus discursos en la Asamblea, en su correspondencia, en sus Democracias se nos aparece un autor y un hombre político que quiere llevar a la práctica los ideales republicanos de las Asamblea Constituyente. Y ahí está la fuente de sus contradicciones: el nacionalismo imperialista de su época hunde sus raíces en los valores de la Revolución Francesa, esto es, bajo el paraguas de expandir por el mundo los valores y los principios ilustrados doblegan con la espada a las poblaciones colonizadas. Nunca hay un imperialismo bueno y un imperialismo malo, un colonialismo egoísta y un colonialismo altruista, siempre en nombre del progreso y la modernidad el país colonial se apropiá de las riquezas del país invadido. Y siempre arranca de una visión peyorativa de la población indígena, esos bárbaros a los que hay que imponer los modos de vida y la cultura occidentales.

Ahora bien, ¿por qué Alexis de Tocqueville incluso en su lado más oscuro nos sigue atrayendo? Porque ese individuo de la modernidad por él descrito no se nos hace extraño, se asemeja mucho a la condición del ser humano de la posmodernidad, incluso sus contradicciones y oscuridades son las mismas de nuestras sociedades del siglo XXI. El creciente proceso de individualización, la debilidad de los vínculos sociales y del compromiso cívico, la degradación de la libertad, la segmentación progresiva de la sociedad, el peligro de adormecimiento de la sociedad civil, el estado de riesgo de la democracia, la crisis del estado de bienestar, el profundo desencanto social, el auge de los neocolonialismos, etc., todos estos rasgos, ejemplifican la urgencia de acceder nuestras sociedades a una democracia real donde, desde la afirmación de la igualdad, se potencie el justo ejercicio de la libertad (Sennet, 2003). «Tocqueville no escribió pensando en nosotros. En tiempos de universal incertidumbre y consensos quebrados, me parece, no obstante, que en su palabra podemos encontrar algunas claves orientadoras» (Aguilar, 2008, p. 18). Así, «Es a partir de sus reflexiones [de Tocqueville] en torno a la democracia y la revolución que abre una brecha de inteligibilidad para trabajar hoy la democracia como problema a pensar» (Cadaña, 2011, p. 159-160).

Bibliografía

- Aguilar, E. (2008) *Alexis de Tocqueville. Una lectura introductoria*. Editorial Sudamericana.
- Aguilar, E. (2018). Tocqueville y el individualismo en las sociedades democráticas. *Economía Política*, 5 (2), 87-108. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8747>
- Antoine, A. (2003). *L'impensé de la démocratie: Tocqueville, la citoyenneté et la religion*. Fayard.
- Aron, R. (1955), *Essai sur les libertés*. Calmann-Lévy.
- Aron, R. (1979). Tocqueville retrouvé. *The Tocqueville review*, I (1), 8-23.
- Aron, R. (1983). *Le spectateur engagé. Entretiens avec J. L. Missika et D. Wolton*. Julliard.
- Atanassow, E. (2017). Colonization and Democracy: Tocqueville reconsidered. *American Political Science Review*, 111 (1), 83-96.
- Audier, S. (2004). *Tocqueville retrouvé, genèse et enjeux du renouveau tocquevillien français*. Librairie Philosophique J. Vrin et Éditions de l'EHESS.
- Audier, S. (2008). Tocqueville et la tradition républicaine. En R. Légros (dir.), *Tocqueville. La démocratie en questions* (111-245). Presses universitaires de Caen.

- Basabe, N. (2019). Tocqueville y el socialismo. *Araucaria*, 21 (42), 423-447. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/10799>
- Battista, A. M. (1976), *Lo spirito liberale e lo spirito religioso. Tocqueville nel dibattito sulla scuola*. Jaca Book.
- Baudet, H. (1960). Tocqueville et la pensée colonial du XIX s. En Centre National de la Recherche Scientifique, *Tocqueville, Livre du Centenaire* (121-131). Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique.
- Bauman, Z. y Tester, K. (2002). *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*. Paidós.
- Béjar, H. (1993). *La cultura del yo*. Alianza Universidad.
- Benoît, J. L. (2000). Aperçu biographique». En A. de Tocqueville, *Textes essentiels* (9-17). Pocket.
- Benoît, J. L. (2004) *Tocqueville, moraliste*. Éditions Honoré Champion.
- Benoît, J. L. (2013). *Tocqueville*. Perrin.
- Benoît, J. L. (2015). Tocqueville's Reflections on a Democratic Paradox. En C. Dunn Henderson (ed.), *Tocqueville's Voyages. The Evolution of His Ideas and Their Journey Beyond His Time* (207-304). Liberty Found.
- Besnier, J. M. y Thomas, J. P. (1987). *Chronique des idées d'aujourd'hui. Éloge de la volonté*. P.U.F.
- Bourriau, F. (1983). Préface. En J. C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties* (1-8). P.U.F.
- Bourriau, F. (1986). *Le retour de la droite*. Calmann-Lévy.
- Borriau, F. (2005). Convictions de Tocqueville. En L. Guillec (ed.), *Tocqueville et l'esprit de la démocratie* (103-119). Presses de la Fondation Nationale de Sciences politiques.
- Bruckner, P. (1992). *La mélancolie démocratique. Comment vivre sans ennemis?* Seuil.
- Caboara, L. (1946). *Democrazia e Libertà nel Pensiero di Alexis de Tocqueville*. U. Hoepli.
- Cadahia, M. L. (2011). El individuo moderno: entre el animal industrioso y la libertad política. En R. R. Aramayo (ed.), *Tocqueville y las revoluciones democráticas* (pp. 159-176). Plaza y Janés.
- Capdevila, N. (2008). *Tocqueville y las fronteras de la democracia*. Nueva Visión.
- Castoriadis, C. (1999). *Figures du pensable. Les carrefours du labyrinthe*, tomo VI. Seuil.
- Chabot, S. (2005). *Education civique, instruction publique et liberté d'enseignement dans l'oeuvre d'Alexis de Tocqueville*. National Library of Canada.
- Cipolla, C. (1978), *Tocqueville: il teorico della partecipazione*. Cappelli.
- Cofrancesco, D. (1969). *Introduzione a Tocqueville e altri saggi*. Marzorati.
- Cofrancesco, D. (1971). John Stuart Mill e Tocqueville nell ottocento Liberale. En S. S. Mill, *Sulla "Democrazia in America" di Tocqueville* (3- 22). Guido Editori.
- Coldagelli, U. (2005), *Vita di Tocqueville: 1805-1859, la democrazia tra storia e politica*. Donzelli.
- Constant, B. (1997 [1806]). *Principes de politique*. Paris: Hachette.
- Coldagelli, U. (1994). *Tocqueville e la crisi europea*. Istituto suor Orsola Benincas.
- Coutant, A. (2007). *Une critique républicaine de la démocratie libérale: De la Démocratie en Amérique d'Alexis de Tocqueville*. Mare et Martin.
- Chichiarelli, E. (1941). *Alexis de Tocqueville. Saggio critico*. G. Laterza & figli.
- D'Arienzo, S. (2008). *Spazio e tempo nella sociologia comparativa di Alexis de Tocqueville*. Rubbettino.
- Debray, R. (1992). République ou démocratie. En R. Debray, *Contretemps. Éloges des idéaux perdus* (15-54). Gallimard.
- De Sanctis, F. (1993). *Tocqueville. Sulla condizione moderna*. FrancoAngeli.
- Díez del Corral, L. (1965). *La mentalidad política de Tocqueville con especial referencia a Pascal*. Real Academia de Ciencias morales y políticas.

- Díez Rodríguez, F. (2008). Trabajo, Pobreza y Beneficencia: en torno a las Memorias sobre el pauperismo de Alexis de Tocqueville. *Historia y Política*, 19, 201-230.
- Dion, St. (1994). La conciliation du libéralisme et du nationalisme chez Tocqueville. *Revue de Tocqueville*, XVI (1), 219-227.
- Dubois, Ch. (2004). *Alexis de Tocqueville: Vie, Oeuvres, Concepts*. Ellipses.
- Dumont, L. (1987). Ensayos sobre el individualismo. Alianza.
- Duong, K. (2018). The Demands of Glory: Tocqueville and Terror in Algeria. *The Review of Politics*, 80 (1), 31-55.
- Furet, F. (1978). *Penser la Révolution Française*. Gallimard.
- García Pérez, R. D. (2019). El Constitucionalismo colonial de Alexis de Tocqueville: Civilización, Religión y derechos. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 8, 249-291. <http://hdl.handle.net/10952/4231>
- Gauchet, M. (2007). Tocqueville. América y nosotros. En D. Roldán, *Lecturas de Tocqueville* (81-154). Siglo XXI.
- Goyard-Fabre, S. (2007). El pensamiento político de Alexis de Tocqueville. En D. Roldán, *Lecturas de Tocqueville* (19-42). Siglo XXI.
- Guellec, L. (1997). *L'apprentissage de la liberté*. Michalon.
- Guineret, H. (2007). *Tocqueville De la guerre au colonialisme: Les enjeux des démocraties modernes*. Ellipses Marketing.
- Hennis, W (1981). La Nueva Ciencia política de Tocqueville. *Revista de estudios Políticos*, 22, 7- 38.
- Hunt Botting, E. (2009). Family Resemblance: Tocqueville and Wollstonecraftian Protofeminism». En J. Locke y E. Hunt Botting (eds.), *Feminist Interpretations of Alexis de Tocqueville* (99-124). The Pennsylvania State University Press.
- Jacques, D. (1995). *Tocqueville et la modernité. La question de l'individualité dans la Démocratie en Amérique*. Boréal.
- Keslassy, E. (2000). *Le libéralisme de Tocqueville à l'épreuve du pauperisme*. Harmattan.
- Lamberti, J. C. (1983). *Tocqueville et les deux démocraties*. P.U.F.
- Lavau, G. (1986). Le penseur de la modernité. *Magazine Littéraire*, 236, 24-28.
- Lawlor, M. (1959). *Alexis de Tocqueville in the Chamber of Deputies, his Views on Foreign and Colonial Policy*. The Catholic University of America Press.
- Le Cour Grandmaison, O. (2005). *Coloniser, Exterminer: Sur la guerre et l'État colonial*. Fayard.
- Lefort, C. (1986). La question de la démocratie». En C. Lefort, *Essais sur le politique XIX-XX siècles*. Seuil.
- Lefebvre, H. (1978). *De l'État, 4: Les contradictions de l'État moderne*. UGE.
- Lipovetsky, G. (1983). *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*. Gallimard.
- Luste Boulbina, A. (2003). Présentation. En A. de Tocqueville, *Sur l'Algérie* (7-41). Flammarion.
- Luste Boulbina, A. (2008a) «Préface. L'abolition entre vents et marées». En A. de Tocqueville, *Sur l'esclavage* (7-15). Actes Sud.
- Luste Boulbina, A. (2008b). «Posface. Tocqueville entre les chiens et loups». En A. de Tocqueville, *Sur l'esclavage* (155-174) Arles: Actes Sud.
- Luste Boulbina, A. (2008c). *Le Singe de Kafka et autres propos sur la colonie*. Paragon/Vs.
- Manent, P. (1993) *Tocqueville et la nature de la démocratie*. Fayard.
- Mayer, J. P. (1965). *Alexis de Tocqueville*. Tecnos.
- Mélonio, F. (1991). L'idée de nation et l'idée de démocratie chez Tocqueville. *Littérature et nation*, 7, 5-24.
- Mélonio, F. (1993). *Tocqueville et les français*. Aubier.
- Mélonio, F. (1995). La conciliation du libéralisme et du nationalisme chez Tocqueville. *Revue de Tocqueville*, XVI (1), 219-227.

- Mélonio, F. (2005). «Nations et nationalisme». En L. Guellec (comp.), *Tocqueville et l'esprit de la démocratie* (337- 356). Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques.
- Mélonio, F. (2007). Las tribulaciones del liberalismo en Francia. En D. Roldán, *Lecturas de Tocqueville* (155-172). Siglo XXI.
- Onfray, M. (2017). *Tocqueville et les Apaches. Indiens, nègres, ouvriers, arabes et autres hors-la-loi*. Editions J'ai Lu.
- Ortega y Gasset, J. (1960). Tocqueville y su tiempo (apuntes para un prólogo a una edición de obras de Tocqueville). En J. Ortega y Gasset, *Meditación de Europa* (135- 141). Revista de Occidente.
- Pitts, J. (2000). Empire and Democracy: Tocqueville and the Algeria Question- *The Journal of Political Philosophy*, 8 (3), 295-318.
- Pitts, J. (2010). Liberalism and empire: Tocqueville on Algeria. *Journal of Political* 8 (3), 295-318.
- Poggi, G. (1973). *Immagini della società. Saggi sulle teorie sociologiche di Tocqueville, Marx e Durkheim*. Il Mulino.
- Pollitzer, M. (2012). Individuos perdidos en la multitud: Mill y Tocqueville sobre la sociedad democrática. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 56, 5-34.
- Richter, M. (1963). Tocqueville on Algeria. *Review of Politics*, 25 (3), 362-398.
- Romay Beccaria, J. M. (2007). Tocqueville: humanista en América, nacionalista en Argelia. En E. Nolla (ed.), *Alexis de Tocqueville. Libertad, igualdad, despotismo* (305-319). FAES.
- Ros Cherta, J. M. (2001). Consideraciones sobre la crítica de A. de Tocqueville al individualismo democrático. *Recerca*, 1, 209-221.
- Rosanallon, P. (2012). *La sociedad de iguales*. Ediciones Manantial.
- Saada, J. (2016). Revolution, Empire and Utopia: Tocqueville and the Intellectual Background of International Law. En M. Koskenniemi, W. Rech, M. Jiménez Fonseca (eds.), *International Law and Empire: Historical Explorations* (177-197). Oxford University Press.
- Sánchez-Mejía, M. L. (2016). Colonialismo y alteridad: el debate racial y cultural en la conquista de Argelia. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía y Humanidades*, 18 (36), 17-39.
<https://doi.org/doi:%2010.12795/araucaria.2016.i36.02>
- Sánchez-Mejía, M. L. (2019a). El mundo extra europeo en el pensamiento de Tocqueville: occidente y el resto. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía y Humanidades*, 21 (42), 399-421.
<https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/10798>
- Sánchez-Mejía, M. L. (2019b). De las colonias americanas a las colonias africanas: la defensa de la *colonisation nouvelle* en la ilustración francesa tardía. En F. Castilla Urbano (ed.), *Civilización y dominio. La mirada sobre el otro* (261-275). Universidad de Alcalá.
- Sauca Cano, J. M. (1995). *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Schleifer, J. T. (1984). *Cómo nació "la democracia en América" de Tocqueville*, F.C.E.
- Sennet, R. (1980). Ce que redoutait Tocqueville. *Tel quel*, 86, hiver, 1980.
- Serrano Gómez, E. (1998). Prefacio. En A. de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución* (9-42). F. C. E.
- Terrén, E. (2002). El análisis de la cuestión racial en el desarrollo de la sociología. En E. Terrén (coord.), *Razas en conflicto* (7-42). Anthropos.
- Thomas, H. (2017). Tocqueville et l'idée coloniale de l'Amérique à l'Algérie. Entre raison et (in)sensibilité. En A. Deroche, E. Gasparini, M. Mathieus (dirs.), *Droits de l'Homme et colonies. De la mission civilisatrice au droit à l'autodétermination* (173-202). Presses Universitaires d'Aix Marseille.

- Tocqueville, A. (1957). *Voyages en Sicile et aux Etats-Unis. Œuvres Complètes, volume 1.* Gallimard.
- Tocqueville, A. (1958). *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie. Œuvres Complètes, volume 2.* Gallimard.
- Tocqueville, A. (1961 [1835]). *De la Démocratie en Amérique. Œuvres complètes, tome I (1).* Gallimard.
- Tocqueville, A. (1962, 1985). *Écrits et discours politiques. Œuvres Complètes, tome III (1, 2, 3).* Gallimard.
- Tocqueville, A. (1986). *Correspondance étrangère d'Alexis de Tocqueville. Amérique. Europe continentale, Œuvres Complètes.* Gallimard.
- Tocqueville, A. (1989 [1840]). *De la democracia en América. Edición crítica,* II. Aguilar.
- Tocqueville, A. (2002). *Lettres choisies. Souvenirs.* Quarto Gallimard.
- Tocqueville, A. (2008). *Sur l'esclavage.* Actes Sud.
- Tocqueville, A. (2009) *Escritos sobre la esclavitud y el colonialismo. Edición, estudio preliminar y notas por María Luisa Sánchez-Mejía.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Todorov, T. (1988). Tocqueville et la doctrine coloniale. En A. de Tocqueville, *De la Colonie en Algérie* (9-33). Complexe.
- Todorov, T. (2010). *Nosotros y los otros.* Siglo XXI.
- Usategui Basozabal, E. (2003). Comunidad y género en Alexis de Tocqueville. *Revista de Estudios Políticos*, 121, julio- septiembre, pp. 71- 106.
- Usategui Basozabal, E. (2021). Alexis de Tocqueville, del Humanismo cívico al nacionalismo excluyente. *Hispania. Revista Española de Historia*, 81 (267), pp. 129-158. <https://doi.org/10.3989/hispania.2021.005>
- Usategui Basozabal, E. (2022). Ética y religión: el humanismo cívico en Alexis de Tocqueville. *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 25, 123-143. <https://doi.org/10.5209/ilur.81833>
- Vernazza, D. (2012). Tocqueville en Manchester. *Revista de Teoría y Filosofía clásica y moderna*, 2 (3), pp. 37-55.
- Villa, D. (2009). Tocqueville and the Feminization of the Bourgeoisie. En J. Locke y E. Hunt Botting (eds.), *Feminist Interpretations of Alexis de Tocqueville* (71-98). The Pennsylvania State University Press.
- Villaverde Rico, M. J. (2022). *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo.* Kadmos.
- Welch, Ch. B. (2003). Colonial Violence and the rhetoric of Evasion: Tocqueville on Algeria. *Political Theory*, 31 (2), 235- 264.
- Welch, Ch. B. (2006). Tocqueville on Fraternity and Fraticide. En Ch. B. Welch (ed.), *The Cambridge Companion to Tocqueville* (303-336). Cambridge University Press.
- Welch, Ch. B. (2015). Out of Africa: Tocqueville's Imperial Voyages. En Ch. Dunn Henderson (ed.), *Tocqueville's Voyages. The Evolutions of His Ideas and Their Journey Beyond His Time* (53-61). Liberty Fund.

Respuestas a los comentarios a María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo

(2022) Guillermo Escolar
Madrid, 404 pp.

María José Villaverde Rico
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0002-3116-4820
majovi2@gmail.com

Cita recomendada:

Villaverde Rico, M. J. (2023). Respuestas a los comentarios a María José Villaverde Rico, Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 467-476

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8006>

Recibido / received: 15/08/2023
Aceptado / accepted: 22/08/2023

Mi más profundo y sincero agradecimiento a José María Sauca, director de la excelente revista *Eunomía*, por dar a conocer mi libro *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo* en la sección «Rincón de lecturas» y ofrecer a sus lectores múltiples lecturas del mismo.

Lamento, eso sí, no haber tenido conocimiento cuando lo redactaba de que él era también un «tocquevilliano» y había publicado en 1995 *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*. Me enteré demasiado tarde para hacerle justicia. Van por tanto aquí mis disculpas.

1. Respuesta al profesor Jean-Louis Benoît

Es para mí un honor que el profesor Jean-Louis Benoît, que ha dedicado toda su vida académica a estudiar a Tocqueville y es posiblemente el mayor conocedor a nivel mundial de la obra del autor de *La Democracia en América*, haya aceptado participar en este Book Forum y elogie mi libro. Por mi parte, no puedo estar más de acuerdo con su lectura de Tocqueville y con sus comentarios.



2. Respuesta al profesor Joaquín Sauquillo

Al profesor Joaquín Sauquillo le agradezco mucho su comentario, sus elogios y sus aportaciones. Ha resumido magníficamente tanto mi interpretación del Tocqueville abolicionista (p. 417) como de su colonialismo/imperialismo (p. 418), y su apartado del «*Theatrum Mundi*» me ha parecido brillante (pp. 419-420).

Por otro lado, me he reconocido totalmente en la dificultad del diálogo entre el historiador y el filósofo (p. 11), que experimento continuamente. Y me he enterado por él tanto de la reseña de *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*, publicada por Rodolfo Gutiérrez Simón (p. 8, nota), como de algunos libros a los que hace referencia en este comentario y que no conocía. Muchas gracias.

Admito, sin embargo, que su comparación con Maquiavelo (p. 418) –estoy de acuerdo en que Tocqueville comparte con Max Weber el «vértigo al ascenso social del proletariado y pánico a la conflictividad social» (p. 422)– me sorprendió al principio, aunque la comprendí más tarde –sin estar de acuerdo con ella–: «la filantropía [de Tocqueville] es menor que la prudencia política que el propio Maquiavelo aconsejaba en *El Príncipe*, bajo la admonición de nunca dar lugar a ser odiado» (p. 425). No niego que Tocqueville actuase con prudencia –sobre todo en sus intervenciones en la Asamblea–, pero no creo que ese sea su rasgo distintivo, a diferencia de Maquiavelo. Si hubiera que optar por uno, diría que es la lucidez y, en segundo lugar, la honradez intelectual. En todo caso, no comparto la comparación con Maquiavelo y no estoy segura de que, si Tocqueville pudiera escucharla, no se removiera en su tumba. Porque ese republicano burlón, irreverente, *bon vivant* y mujeriego, de mirada huidiza, que nos retrató Santi di Tito, y que ha encarnado durante siglos la amoralidad y ha sido catalogado como maestro de insidias y de manipulación, y que llevó a cabo una apología de la guerra para que su patria lograse riqueza y grandeza, está a mi juicio en los antípodas de Tocqueville.

Por el contrario, veo a Tocqueville como un hombre tímido y melancólico, propenso al abatimiento y a la depresión, pero sobre todo íntegro, al que no impulsaban intereses partidistas, ni el ansia de poder ni el afán de riquezas, sino esencialmente convicciones ideológicas. Un liberal que estaba convencido de que era tarea de su país difundir la libertad por el mundo y consideraba su deber contribuir a ello. Ese rasgo que llamamos integridad, tan raro en un político, es el que causa mi admiración. Creo haber sido honesta y haber reconocido explícitamente en mi libro mi empatía hacia Tocqueville.

La amable crítica del profesor Sauquillo hacia mi libro comienza a partir de la p. 421:

Tocqueville es una figura de tránsito entre el discurso político centrado en la Nación y el ideario universal de los derechos humanos (...) Pero, el problema de fondo es que, pronto, los derechos humanos irrumpen, en mi opinión, con un discurso tanto legitimador del Estado como articulador de la liberación. Se produce un deslizamiento del discurso nacional al discurso de los derechos. ¿Qué papel juega Tocqueville en este desplazamiento? Como figura de tránsito entre el Antiguo Régimen y la Revolución, su papel es ambivalente. Tocqueville alega que Francia tiene un compromiso con la difusión del ideario de 1789 por el mundo (...) Pero ¿de qué derechos se trata y hasta donde y quienes se extienden los derechos? Creo que no se extienden a tantos sujetos ni a tierras tan lejanas como supone Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo. Pienso que Tocqueville suscribe un discurso limitado de los derechos. No puede sobreponerse a su tiempo como tampoco puede saltar sobre su propia sombra (...) Todavía no le había llegado el “turno al Pueblo”, los colonizados, los pobres, los penados, los trabajadores estaban exentos de esos derechos ...

Tocqueville no es ajeno a esta encrucijada y su defensa de los derechos civiles tiene un destinatario, necesariamente, muy limitado (p. 421).

Estoy totalmente de acuerdo. «Los derechos llegaron muy tarde a colonos, pobres y presos» (p.422), como afirma el profesor Sauquillo. Y habría que añadir que también a las mujeres.

«¿Cabía un entendimiento por Tocqueville de estos derechos civiles y políticos para toda la población? Posiblemente no de forma efectiva» (p. 422). «Tocqueville descalifica, en los Souvenirs, a “la pura canalla de la insurrección”» (p. 422). También estoy de acuerdo. Pero, como muy bien apunta el profesor Sauquillo, Tocqueville no podía «saltar sobre su propia sombra» (p. 421). Era un aristócrata amante de la libertad, pero no un demócrata, como él mismo reconoce:

Tengo hacia las instituciones democráticas una inclinación racional, pero soy aristócrata por instinto, es decir que desprecio y temo a la masa. Amo con pasión la libertad, la legalidad, el respeto por los derechos, pero no la democracia. Así es el fondo de mi alma. Odio la demagogia (...) No soy ni del partido revolucionario ni del partido conservador. Sin embargo, me siento más cerca del segundo que del primero porque difiero del segundo más en los medios que en los fines, mientras que discrepo del primero a la vez en los medios y en los fines (Tocqueville, 1985, p. 89)¹.

¿Debemos criminalizarle por ello? Tanto el profesor Sauquillo como yo misma creemos que no. Julián Sauquillo concluye así su comentario:

Las consideraciones sobre sus puntos de vista [los de Tocqueville] en materia de miserabilismo y prisiones son necesarias. Escasean en Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo para hacer balance aquilatado de lo que su título anuncia. Es más bien un libro dedicado a la esclavitud y el colonialismo (p. 426).

Me parece una objeción certera y tomo nota de esta carencia.

3. Respuesta a la profesora Paloma de la Nuez

Lo primero que pensé, a bote pronto, al leer el comentario de la profesora Paloma de la Nuez es ¡qué bonito! Lo que quiero decir es que, más allá del análisis riguroso, hay una apelación al sentimiento que me recuerda mucho a una autora que ella ha trabajado y que admira mucho, a Judith Shklar. Aquí quiero únicamente agradecerle sus observaciones y sus elogios, y señalar algunos puntos:

1) Se lamenta de que «no haya respuesta alguna que pueda satisfacer completamente a un lector con simpatías liberales. Quizá –como pensaba Judith Shklar– el liberal tiene que asumir esa complejidad del liberalismo; sus contradicciones y diversidad (Shklar, 2022)» (p. 435). Yo diría que cualquier ideología tiene contradicciones y no solo el liberalismo. ¿No tiene, por ejemplo, el marxismo diversas corrientes –a veces con grandes diferencias entre sí– como leninismo, trotskismo, consejismo, maoísmo, eurocomunismo, etcétera? La realidad es compleja y las ideologías no son ninguna excepción. Y por supuesto, el pensamiento liberal tiene luces y sombras porque los pensadores liberales no pudieron obviamente escapar a los prejuicios de su época. Por lo demás, coincido totalmente con la profesora de la Nuez en que: «Que existan contradicciones o incluso traiciones al

¹ Notes diverses. «*Mon instinct, mes opinions*» [se trata de una nota preparatoria de su discurso de noviembre de 1841].

intentar llevar a la práctica el ideario que uno defienda (sea este liberal o no), no invalida la pertinencia, valor o necesidad de ese mismo ideario» (p. 434).

Es bonita la idea de que «la emoción liberal por excelencia, y que tanto identificamos con el propio Tocqueville, sea la melancolía». Pero no sé si es cierta. Me pregunto si Locke, Benjamin Constant o John Stuart Mill, por ejemplo, eran propensos a la melancolía, y pienso que tal vez sea un rasgo más característico del romanticismo, pero francamente no lo sé. Es un tema que la profesora de la Nuez, que ha investigado sobre las emociones, tal vez podría estudiar.

2) «Rosenblatt (...) coincide con la profesora Villaverde [en] que, precisamente por escribir desde una perspectiva liberal, entiende que de lo que se trata no es de juzgar ni de disculpar, sino de comprender y aprender» (p. 435). A mi juicio, no se trata tanto de una perspectiva liberal, como del enfoque de historia de las ideas propuesto por Quentin Skinner, quien sostenía que la metodología apropiada para entender a un autor es enmarcarle en su contexto histórico e intelectual.

3) «La difícil, sino imposible, relación entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad cuando uno se dedica a la política» (p. 435). Aquí Paloma de la Nuez aborda el gran problema que planteó Max Weber en 1919, en su famosa conferencia titulada «La política como vocación», impartida ante la Asociación Libre de Estudiantes de Múnich. Weber sostenía que la ética de la convicción, que también denominaba ética «evangélica» o ética absoluta, conduciría a resultados desastrosos en política. Consideraba que era una ética propia de santos y que los políticos debían huir de ella, una ética de la «indignidad» porque incapacita para enfrentarse al mal y contribuye a su triunfo, al no combatirlo mediante la fuerza.

Es la ética en cuyo nombre algunos pacifistas alemanes exhortaron primero a no tomar las armas y, más tarde, a abandonarlas para poner fin a la Primera Guerra mundial. El alegato de Weber se enmarca en el contexto del final de la guerra cuando, tras la derrota de Alemania, los pacifistas alemanes animaban a sacar a la luz y publicar documentos que inculpaban a su país.

La opción entre asumir que la política requiere utilizar medios innobles y estar dispuesto a «mancharse las manos», en palabras de Sartre, o mantenerse al margen es un dilema histórico que Weber expone con toda crudeza: «Quien busque la salvación de su alma y la redención de las ajenas no la encontrará en los caminos de la política, cuyas metas son distintas y cuyos éxitos sólo pueden ser alcanzados por medio de la fuerza» (Weber, 2005, p. 36).

La alternativa que ofrece el sociólogo alemán para quienes quieren comportarse siempre éticamente es alejarse de la política. Pues quien se compromete con la política –añade Weber– acepta utilizar como medios el poder y la violencia y sella un «pacto con los poderes satánicos» (Weber, 2005, p. 36). «La gran paradoja de la política» consiste en efecto, en que, para lograr un «buen fin», hay que recurrir a veces a medios moralmente dudosos (Weber, 2005, p. 32).

A mi juicio, Weber plantea un dilema extremo para el que, sin embargo, se puede encontrar un término medio. Aun asumiendo la ética de la responsabilidad, los políticos deberían marcarse unas líneas rojas de carácter ético que nunca deberían traspasar.

En el caso de Tocqueville, pienso que se fijó unas líneas rojas que en su actividad como diputado (o ministro) nunca traspasó. Es cierto que a nosotros nos horroriza que apoyara la «guerra total» en Argelia o que no condenara de manera

clara y explícita las «enfumades», pero para ser justos con Tocqueville, habría que recordar que, a diferencia de la guerra sin cuartel y sin hacer prisioneros que propugnaba el general Bugeaud, las acciones de castigo que él respaldaba tenían unos límites: el derecho de gentes (que será más tarde sustituido por el derecho internacional). E incluso en su escrito más duro e intransigente, el *Travail sur l'Algérie* (p. 227), Tocqueville exceptuaba los medios «que repreban la humanidad y el derecho de las naciones». Es un punto importante que a veces los especialistas olvidan subrayar.

Por mi parte, he vuelto de África con la penosa impresión de que en este momento estamos librando una guerra de manera mucho más bárbara que los propios árabes. Hoy por hoy, la civilización está de su lado. Esta forma de hacer la guerra me parece tan poco inteligente como cruel. Solo puede tener cabida en la mente grosera y brutal de un soldado. De hecho, no merecía la pena ocupar el lugar de los turcos para reproducir lo que les hacía ser detestados por el mundo [Travail sur l'Algérie] p. 226].

Pero sus líneas rojas no son las nuestras. Desde nuestra perspectiva del siglo XXI, su respaldo a una guerra contra la población civil –incluso con límites– nos parece inadmisible. También podemos argumentar que, como diputado, hizo concesiones inaceptables como, por ejemplo, indemnizar a los colonos para que liberasen a sus esclavos, así como establecer un periodo transitorio durante el cual se obligaría a los esclavos liberados a trabajar para sus antiguos amos y se les impediría hacerse con tierras.

Pero también es posible que lo que nosotros catalogamos como concesiones no lo fueran para él, sino que, desde su lógica de mediados del XIX, entendiera que era positivo dar un tiempo para «cristianizar» y «educar en la libertad» a los esclavos liberados, para transformar su psicología y acelerar la asimilación.

Se trata –lamento repetirme– de insertar a los pensadores en su época para tratar de aproximarnos a su pensamiento lo más posible.

4. Respuesta al comentario de la profesora Elisa Usategui

Quiero comenzar agradeciendo a la profesora Elisa Usategui su participación en este *Book forum* en torno a mi libro *Tocqueville y el lado oscuro del liberalismo*, y reconocer su buen conocimiento tanto de la obra de Tocqueville como de la bibliografía secundaria existente. Aunque hace una enmienda a la totalidad a mi libro –lamento que no le merezca una sola mención positiva en su larguísimo comentario de 31 páginas–, acojo con el máximo interés sus observaciones porque, como afirmaba John Stuart Mill, las críticas negativas son extremadamente útiles o bien para modificar nuestras opiniones, o bien para ratificarlas. ¿Cuál es su lectura de Tocqueville?

En un artículo de 2021, la profesora Usategui (2021, p. 155) definía ya a Tocqueville como un pensador «ambivalente e incoherente», sumido en un «patriotismo mezquino y egoísta», y en sus observaciones para este *Book forum* corrobora su opinión anterior al afirmar que «Tocqueville desde un nacionalismo chovinista fue un colonialista y un imperialista» (p. 461).

Permítanme que la cite más extensamente:

Y es desde esa mirada profundamente nacionalista como hay que interpretar el colonialismo tocquevilliano, desde donde imperialismo y nacionalismo –como casi siempre a lo largo de la historia- son una misma cosa. Es decir, su chovinismo en ocasiones burdamente patrioterio, su eurocentrismo muchas veces excluyente, su

imperialismo desbordado, su incomprendión del nacionalismo de las poblaciones indígenas basados en particularismos culturales, no pueden ser considerados simplemente como excepciones o puntos negros de un liberal poco consecuente o el fruto de un contexto histórico determinado, a la manera como lo entiende la profesora Villaverde Rico, sino el fruto de la imposibilidad de compaginar un patriotismo cívico, respetuoso con “el otro”, con una actitud y un sentimiento nacionalista, que más tarde o más pronto, siempre acaba siendo excluyente. (p. 452)

Respecto a su supuesto «nacionalismo chovinista», Tocqueville consideraba que era un deber de los países civilizados, y de Francia en primer lugar como heredera de los valores de la revolución de 1789, difundir por el mundo los principios liberales, es decir, la libertad y los derechos individuales. En eso consistía la *grandeur* de Francia. Prestemos atención a sus palabras:

Si Francia estuviera gobernada como debería estarlo, se daría cuenta de que su principal interés, su interés permanente, es hacer que las instituciones liberales triunfen en el mundo (...) El gran interés de Francia es por tanto sustituir en todas partes las instituciones despóticas por instituciones libres (Tocqueville, 1985, p. 426)².

Pero la profesora Usategui define a Tocqueville como un pensador incoherente por la imposibilidad de aunar su «patriotismo cívico» con su nacionalismo «chovinista».

Es decir, podamos (sic) vestirlo con el ropaje más humanista posible, podemos entresacar los textos tocquevilianos más críticos con el empleo de la fuerza ciega y desmedida sobre la población indígena, pero la conquista únicamente se justifica desde su beneficio para una Francia una, grande y libre. Incluso el uso de la fuerza se explica desde este espíritu nacionalista (p. 458).

Dicho nacionalismo –lo de «Francia una, grande y libre» recuerda sospechosamente el lema franquista– le conduciría a apoyar sin pestañear la colonización de Argelia y las brutales medidas contra una población autóctona que desprecia: «admite sin mucho pesar que se asesine y se aniquile, pero detesta a quienes lo llevan a cabo» (pp. 458-459). «Siempre arranca de una visión peyorativa de la población indígena, esos bárbaros a los que hay que imponer los modos de vida y la cultura occidentales» (p. 462).

Quien eche una ojeada a mi libro y lea las abundantes citas que incluyo, podrá comprobar la inexactitud de la tesis de la profesora Usategui. En efecto, Tocqueville demuestra un gran respeto por la población autóctona, para la que exige «ponerse en el lugar de los vencidos» (Tocqueville, 1962, pp. 152-153)³, respetar su lengua, su religión y sus costumbres, establecer lazos de fraternidad e incluso en un primer momento fusionar las dos razas. No quiero ser pesada con las citas, pero, por ejemplo, en el *Rapport sur l'Algérie* reclamaba al gobierno colonial aportar «bienestar y luces» a los árabes (p. 329)⁴. Ese era su ideal de colonización, aunque los errores de la política francesa y las circunstancias históricas no lo permitieran. Pero, según Elisa Usategui: «Su eurocentrismo le impedía ponerse en el lugar del colonizado cuando contempla a los colonos apoderarse de su territorio, de sus bienes ...» (p. 460).

La profesora Usategui llega incluso a sostener que defendía una «sociedad de *apartheid*»: «En cierto sentido, defiende una sociedad de *apartheid*, con legislaciones totalmente separadas para los europeos y la población autóctona» (p. 460).

² *Discussion de l'Adresse, séance du 20 janvier 1845.*

³ «*Seconde lettre sur l'Algérie*».

⁴ «*Rapport fait par M. de Tocqueville sur le Projet de Loi relatif aux crédits extraordinaires demandés pour l'Algérie*».

A pesar de su nacionalismo, chovinismo, eurocentrismo, etcétera, es decir, pese a sus numerosas incoherencias, la autora de este comentario etiqueta el pensamiento de Tocqueville como un «humanismo cívico republicano, que poco tiene que ver con el liberalismo en sentido estricto» (p. 439).

¿Pero qué es el humanismo cívico republicano? Como es sabido, la tradición republicana tiene a sus máximos representantes en Maquiavelo y Rousseau, para quienes (resumiendo mucho⁵) el bien de la colectividad prevalece siempre sobre el individuo.

Pero veamos lo que dice Tocqueville. El 3 de enero de 1840 escribía a su amigo Henry Reeve que en los tiempos democráticos el máximo peligro consiste en anteponer el bien del todo –la nación o la sociedad– al de los individuos. Esa doctrina perniciosa –añadía– conduce a todos los excesos de la democracia: al despotismo, la centralización y al desprecio por los derechos individuales. En resumen, «permite a la sociedad pisotear al individuo». De ahí su máxima de que toda exaltación del individuo es positiva y todo lo que engrandece al grupo, peligroso. «El objetivo principal de mi libro –afirmaba refiriéndose a *La Democracia en América*– es persuadir a los demás de esta verdad» (Tocqueville, 1861, pp. 52-53). ¿No es este un planteamiento cien por cien liberal?

Pero, según Elisa Usategui, Tocqueville, además de ser un humanista cívico incoherente, es un hombre de izquierdas: «Tocqueville es un hombre de izquierdas –no marxista ni socialista–, con sus contradicciones e incoherencias» (p. 462).

Por supuesto, Tocqueville difícilmente podría ser marxista porque tanto *La Democracia en América* (1835 y 1840) como sus escritos argelinos son anteriores⁶ al *Manifiesto Comunista*, de 1848, y a los *Grundrisse* redactados por Marx en 1857-58. Y tampoco se le puede calificar como socialista pues recordemos que, en su discurso ante la Asamblea Constituyente Francesa del 12 de septiembre de 1848 sobre el derecho al trabajo, se opuso a las propuestas socialistas que se estaban defendiendo en la Cámara porque eran contrarias a la propiedad privada. La profesora Nere Basabe ha escrito con razón que allí se fraguó el primer enfrentamiento entre liberales y socialistas de la historia (Basabe, 2019, p. 431).

¿Pero, por qué la profesora Usategui le etiqueta como hombre de izquierdas? Veamos lo que dice el propio Tocqueville:

Tengo hacia las instituciones democráticas una inclinación racional, pero soy aristócrata por instinto, es decir que desprecio y temo a la masa. Amo con pasión la libertad, la legalidad, el respeto por los derechos, pero no la democracia. Así es el fondo de mi alma. Odio la demagogia (...) No soy ni del partido revolucionario ni del partido conservador. Sin embargo, me siento más cerca del segundo que del primero porque difiero del segundo más en los medios que en los fines, mientras que discrepo del primero a la vez en los medios y en los fines (Tocqueville, 1985, p. 89)⁷.

La profesora Usategui cuestiona mi lectura de un Tocqueville liberal insertándola en el cajón de sastre del liberalismo o neoliberalismo (que, habría que recordarle, son dos términos diferentes): «Por todo ello no cabe una interpretación

⁵ Permítanme que remita a mi libro: (Villaverde Rico, 2008).

⁶ Tocqueville publicó en 1837 *Deux lettres sur l'Algérie*, que aparecieron sin firma en el periódico *La Presse de Seine-et-Oise*; en 1841 redactó su *Travail sur l'Algérie* –se trataba de un borrador o unas reflexiones poco elaboradas sin ánimo de publicación–; en 1847, como ponente de la Comisión encabezada por Dufaure, presentó ante la Cámara su «*Rapport sur le projet de loi relatif aux crédits extraordinaires demandés pour l'Algérie*», y el «*Rapport ...[sur] les camps agricoles de l'Algérie*».

⁷ «*Mon instinct, mes opinions*».

estrictamente liberal y/o neoliberal del pensamiento de Tocqueville» (p. 442). Tesis que sostenía en páginas anteriores: «La presentación de un Tocqueville liberal resulta conceptualmente difícilmente sostenible» (p. 440).

Según Usategui, es la dimensión ética la que da forma a su «humanismo cívico republicano» (p. 439):

Se acompaña en Tocqueville de una profunda dimensión ética, que impregna su noción de democracia y de libertad cívica, lo que le permite – a su vez- franquear los límites y las fronteras de las “modas ideológicas” de su momento histórico y dar forma a un humanismo cívico republicano, que poco tiene que ver con el liberalismo en sentido estricto (pp. 439-440)

¿Significa esto que la ética va unida al humanismo cívico y que el pensamiento liberal carece de contenido ético?

Otra de las razones por la que Usategui rechaza definirle como liberal es por «su defensa de la intervención decidida e inexcusable del Estado en materia social y educativa» (p. 440) Sin embargo, a renglón seguido, la profesora Usategui se contradice y admite que Tocqueville está en contra de la intervención del Estado en educación.

Así, cuando el Estado, en su «afán de agrandar la esfera del poder central y a encerrar cada día en límites más estrechos la independencia individual» (Tocqueville, 1961, p. 365), acapara las funciones educativas y lo que hoy llamaríamos las políticas sociales, comienza a fraguarse una sociedad uniforme, gris, mediocre... (p. 444)

Y añade: «Tocqueville emprende una defensa tenaz y enérgica de la libertad de enseñanza, intentando conciliar una enseñanza laica –única garantía de la libertad de pensamiento e igualdad social– y los derechos de las familias a una enseñanza religiosa libre» (pp. 444-445).

A pesar de que preconiza la libertad de enseñanza, la profesora Usategui considera que Tocqueville no es «un liberal al uso» (p. 445). Podríamos deducir de su texto que no es «un liberal al uso» porque critica el individualismo (pp. 445 y ss). Pero en realidad lo que denuncia Tocqueville es el exceso de individualismo de las sociedades democráticas, que conduce al desinterés y la dejación de los ciudadanos y pone en peligro la libertad individual y puede conducir al despotismo –tanto al despotismo de la mayoría en los EEUU, como al golpe de estado de Napoleón III–.

También alega Elisa Usategui que Tocqueville está muy alejado de «los liberales de su época» (p. 441) porque son defensores de un Estado no intervencionista (p. 443):

Tocqueville es sumamente crítico con los liberales de su época, especialmente con aquellos que apoda «economistas», que hacen del dinero el horizonte del actuar humano y que desde el «dejar hacer, dejar pasar» eliminan todo criterio moral y político de la economía, dejándola al libre juego de la oferta y la demanda, evitando toda intervención del Estado (pp. 461-462).

Es decir, Tocqueville no es, a su juicio, un liberal porque está en contra del liberalismo económico, porque apoya la intervención del Estado en algunas cuestiones y porque, en su programa de la «*Jeune Gauche*», presenta medidas sociales y económicas avanzadas: «Es clara la distancia de Tocqueville respecto del liberalismo económico ... los planteamientos tocquevillianos no se alejan mucho del Marx de los Manuscritos» (p. 446).

Habría que aclarar, como ya he dicho, que los *Grundrisse* fueron escritos por Marx dos años antes de la muerte de Tocqueville (1859), pero que, antes, Tocqueville y muchos de sus contemporáneos –incluido el futuro Napoleón III– se preocuparon por la situación de la clase obrera.

Pero sobre todo habría que preguntarse qué entiende la profesora Usategui por liberalismo y si su concepción no está cargada de prejuicios: «El individualismo defendido muchas veces desde posiciones liberales es el caldo de cultivo y el fundamento del despotismo democrático, por una razón bien sencilla, porque el ser humano es ante todo ciudadano» (p. 442).

¿Quién es liberal y qué es a su juicio el liberalismo? Creo que Elisa Usategui tiene un problema con la noción de liberalismo, que rechaza de antemano, sea cual sea el liberalismo del que se hable porque liberalismos hay muchos. Y no diferencia entre liberalismo político y económico. Porque el liberalismo político se entiende esencialmente como la defensa de los derechos individuales (vida, libertad y propiedad), tal y como los definió el padre del liberalismo clásico, es decir, Locke, y ese liberalismo es el que a mi juicio defiende Tocqueville. Porque para Tocqueville, la libertad es una prerrogativa del individuo. Y hablar de libertad en relación con cualquier grupo social, sea la burguesía, la clase obrera o los movimientos nacionalistas, no tenía sentido para él porque los grupos solo tienen intereses colectivos.

Pero, según Usategui, «La libertad como independencia, propugnada por Constant y los liberales seguidores de su estela, no supone un incremento de la libertad individual, sino que es fuente y camino hacia un despotismo tortuoso y todopoderoso» (p. 441).

Respecto al colonialismo/imperialismo de Tocqueville, en mi libro trato de demostrar que desde finales del siglo XVIII, la mayoría de los abolicionistas, socialistas y republicanos –es decir, la «izquierda»– estaba convencida de que la colonización no era mala en sí misma porque llevaba el progreso, la cultura y la libertad a los pueblos colonizados, es decir, no solo contribuía a su bienestar económico, sino que les aportaba los valores de la civilización y los principios políticos democráticos. ¿Tenían una visión eurocéntrica? Sí, desde nuestros valores del siglo XXI. ¿Pero debemos criminalizar a estos autores porque sus principios no fueran iguales a los nuestros?

Según la profesora Usategui había ya voces contrarias a «los estereotipos clasistas, sexista e imperialistas dominantes»:

En disenso con la profesora Villaverde Rico, el lado oscuro tocquevilliano no cabe atribuirlo de manera especial al hecho de ser un hombre de su época, ya que en su contexto histórico ya se levantaban voces contra los estereotipos clasistas, sexista e imperialistas dominantes (p. 449).

Me interesaría mucho que me dijera qué voces eran esas. Porque, a mi juicio, la generación de Tocqueville era mayoritariamente nacionalista y colonialista, tanto los hombres de «izquierda» como de «derechas», y la mayoría era muy poco «feminista». Recordemos que un hombre de «izquierdas» como Marx no tuvo precisamente una actitud muy «feminista» con su mujer Jenny o con su criada. Pero desde la perspectiva de historia de las ideas, no se trata de juzgar ni de criticar a un autor desde nuestros valores actuales, sino de analizar y de entender su pensamiento a la luz de su contexto histórico e intelectual.

Desde este enfoque, entiendo que Tocqueville se enmarca dentro de la corriente que apoyaba un colonialismo «benefactor» que perseguía tanto los intereses de la metrópoli como los de los pueblos colonizados. Pero también habría que recordar que nunca respaldó la conquista de Argelia, sino que la admitió como un hecho consumado. Y no habría que olvidar tampoco que Marx e incluso Gandhi estuvieron a favor en sus inicios del colonialismo de Gran Bretaña. Pero es muy fácil condenar el colonialismo *a posteriori*, desde nuestra perspectiva del siglo XXI.

En mi opinión, la profesora Usategui se acerca a Tocqueville desde un enfoque presentista que se percibe claramente en su conclusión final: «Es a partir de sus reflexiones [de Tocqueville] en torno a la democracia y la revolución que abre una brecha de inteligibilidad para trabajar hoy la democracia como problema a pensar». (p. 34).

Pero, a mi juicio, ese presentismo le produce un cierto desenfoque a la hora de entender a Tocqueville. Por otro lado, los problemas de la sociedad francesa de mediados del XIX y del mundo en general eran muy diferentes a los de hoy para poder extraer enseñanzas que puedan ser válidas actualmente, más allá de consideraciones muy generales.

Difícilmente la profesora Usategui y yo podríamos tener lecturas más opuestas de Tocqueville.

Bibliografía

- Basabe, N. (2019). Tocqueville y el socialismo. *Araucaria*, 21 (42), 423-447. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/10799>
- Tocqueville, A. (1861). *Memoir, Letters, and Remains of Alexis de Tocqueville* (Vol. II), MacMillan and Co.
- Tocqueville, A. (1962). *Œuvres complètes. Tome III, vol. 1. Écrits et Discours politiques*. Gallimard.
- Tocqueville, A. (1985). *Œuvres complètes. Tome III, vol. 2. Écrits et Discours politiques*. Gallimard.
- Usategui, E. (2021). Alexis de Tocqueville, del Humanismo cívico al nacionalismo excluyente. *Hispania*, Vol. LXXXI (267), 129-158. <https://doi.org/10.3989/hispania>
- Villaverde, M. J. (2008). *La ilusión republicana. Ideales y mitos*. Tecnos.
- Weber, M. (2005). *El político y el científico*. Alianza.

Laudatio académica para Roberto Gargarella*

C. Ignacio Giuffré**

Universidad Pompeu Fabra

ORCID ID 0000-0002-9641-4923

ignacio.giuffre@upf.edu

Cita recomendada:

Giuffré, C. I. (2023). *Laudatio* académica para Roberto Gargarella. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 477-482

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8016>

Recibido / received: 16/03/2023

Aceptado / accepted: 05/09/2023

Estoy complacido de haber sido invitado a presentar esta *laudatio* dedicada a Roberto Gargarella, en ocasión del Doctorado *Honoris Causa* que le concede hoy la Universidad del Valle. Agradezco a las autoridades de la institución por esta generosa oportunidad, así como también –en nombre de ellas– al profesor Gargarella por haber venido hasta aquí a recibir esta sincera distinción

Dada la dificultad de sintetizar en unas pocas palabras la trayectoria de un maestro con una capacidad de trabajo infatigable, aprovecharé este homenaje para destacar sus puntos más sobresalientes. Comienzo esta presentación, entonces, con un resumen de la sorprendente formación de nuestro homenajeado. Nacido en Argentina, se graduó en Derecho (1985) y Sociología (1987) en la Universidad de Buenos Aires. Luego, hizo un Máster en Ciencias Políticas en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Buenos Aires (1990) y se graduó como Doctor en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (1991). Con posterioridad, en Estados Unidos, obtuvo un L.L.M. (1992) y se graduó como J.S.D. (1993) en la *Law School* de

* *Laudatio* académica pronunciada en ocasión de la entrega del Doctorado *Honoris Causa* al Prof. Dr. Roberto Gargarella el 15 de marzo de 2023 en la Universidad del Valle (Cochabamba, Bolivia).

** Docente e Investigador Predoctoral (*Universitat Pompeu Fabra*), Master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (*Università degli Studi di Genova* y *Universitat de Girona*), Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Internacional Menéndez Pelayo), Especialista en Derecho Constitucional (UCA), Abogado (Universidad de Mendoza), e Integrante del Consejo Consultivo del Capítulo Argentino de ICON-S (*International Society of Public Law*).

la Universidad de Chicago. También realizó un Postdoctorado en el *Balliol College* de la Universidad de Oxford (1994).

En la actualidad, Gargarella es profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y de Filosofía Política en la Universidad Torcuato di Tella, así como también Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), desde donde desarrolla buena parte de su labor académica. Me interesa recalcar que se trata de un profesor e investigador profesional –a tiempo completo– porque, pese a lo difícil que resulta vivir de la investigación y la docencia en casi todo el mundo y en Latinoamérica en particular, Gargarella encomiablemente ha dejado de lado otras ofertas laborales abiertas en diferentes países y en el ejercicio de la abogacía. Este detalle también es relevante porque a menudo la dogmática latinoamericana es elaborada por personas que, al mismo tiempo que publican artículos o libros y dictan clases, trabajan en los tribunales o litigan ante ellos. Claro que esto, en principio, no supone incompatibilidad alguna, pero sí explica la escasa crítica de y a las doctrinas dominantes, así como también el enfoque radicalmente disonante de la doctrina gargarelliana.

La labor académica y docente de Gargarella ha sido reconocida en todo el mundo. Ha recibido diversas becas de enorme prestigio –entre otras, *John Simon Guggenheim* (1999), *Harry Frank Guggenheim* (2002), *Fulbright* (2007) y *Leverhulme* (2013)–, así como también múltiples distinciones –por ejemplo, dos premios Konex (2014 y 2016) y un Doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Valparaíso (2019). Además, ha sido profesor e investigador visitante en varias y destacadas instituciones, desde las Universidades de Harvard, New York, Columbia, Chicago, Bergen, Oslo, Pompeu Fabra, Génova y Autónoma de Madrid, hasta el Instituto Tecnológico Autónomo de México, el Instituto Universitario Europeo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

La trayectoria académica de Gargarella ha sido desarrollada, desde sus comienzos, de la mano de varios de los maestros más conspicuos de nuestra época: Carlos Santiago Nino, Jon Elster, Adam Przeworski, Stephen Holmes, Bernard Manin, Cass Sunstein y Gerald Cohen. A partir de esta influencia, Gargarella ha promovido incansablemente la divulgación y la discusión en Latinoamérica de obras clásicas –como *El federalista*– y contemporáneas –como las de John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Jeremy Waldron, John Ely, Jürgen Habermas, Catharine MacKinnon y Antony Duff. Tales debates teóricos no solo han sido introducidos desde sus incontables libros y artículos, sino también desde sus cátedras universitarias, su participación inexcusable en todo evento académico al que se lo invite, la colección Derecho y Política en Siglo XXI Editores –que dirige junto a Paola Bergallo–, su seminario anual y su conocido espacio virtual –el blog *Seminario Gargarella*. Dicho rol ha sido y es ejemplar, por un lado, porque el análisis de estos textos ha sido deficitario en la dogmática argentina y regional. Por otro lado, porque la comprensión de estos textos no resulta sencilla cuando recién comenzamos, como tampoco en ocasiones para los profesionales, pues son obras vastas y complejas, que han sido escritas desde tradiciones –mayormente anglo– muy distintas a las nuestras y a veces vinculadas con discusiones centenarias. Ahora bien, Gargarella ha abordado estos textos sin omitir los problemas de pensar nuestro contexto tan disímil desde teorías ajenas y lejanas. Por eso, ha insistido en la importancia de lo que denomina un «giro contextual», es decir, el análisis de las posibilidades y límites de estas teorías en nuestra cultura particular.

Entre los maestros de Gargarella, sin embargo, hoy quiero detenerme en Nino por tres razones. La primera razón está ligada con la trayectoria de Nino. Sin dudas, fue uno de los teóricos del derecho y la democracia más talentosos no solo de

América Latina, sino a escala global. Más allá de su crucial obra intelectual, también fue una figura con un enorme compromiso político. En este sentido, luego de la feroz dictadura argentina y la violación masiva de los derechos humanos, Nino tuvo un rol clave en el juicio a las juntas –uno de los legados más relevantes de Argentina para el mundo– y en la coordinación del Consejo para la Consolidación de la Democracia. La segunda razón tiene que ver con el íntimo vínculo entre Nino y Gargarella. Pues, al poco tiempo de terminar sus estudios de grado y a lo largo de casi diez años, Gargarella estuvo cerca de Nino en el Centro de Estudios Institucionales y en la Facultad de Derecho –sobre todo, en el famoso Seminario de los viernes–, así como también en el Consejo para la Consolidación de la Democracia. La tercera razón se refiere al lugar en el que nos encontramos hoy para homenajear a Gargarella. Si se recuerda, en el año 1993, Nino comenzó a colaborar con una comisión para la reforma constitucional de aquí de Bolivia y, el día 29 de agosto, en un viaje a La Paz para cumplir con dicha tarea, tuvo un ataque de asma que temprana y tristemente terminó con su vida. Por estas tres razones, en suma, el presente doctorado honorífico es muy especial. Es un homenaje que rendimos a uno de los principales discípulos de Nino, a treinta años de su muerte y en la tierra boliviana que lo despidió. Este reconocimiento a Gargarella, de algún modo, también lo es para Nino, pues, aunque su camino fue interrumpido abruptamente en Bolivia, hoy aquí celebramos que uno de sus epígonos no solo ha continuado dicho camino, sino que ha marcado un antes y un después en la teoría y la praxis del derecho y la democracia.

En efecto, las contribuciones de Gargarella son monumentales. Además de un centenar de artículos académicos ineludibles en muchas de las mejores revistas científicas disponibles, quiero mencionar los siguientes libros: *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel, 1996), *Las teorías de la justicia después de Rawls* (1999), *The Scepter of Reason: Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism* (2000), *Derecho a protestar. El primer derecho* (2005), *De la injusticia penal a la justicia social* (2008), *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860* (2010) –en castellano: *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)* (2008)–, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* (2013) –en castellano: *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (2014)–, *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* –compilador– (2014), *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal* (2016), *Constituent Assemblies* (editado con John Elster, Bjørn Erik Rasch y Vatsal Naresh, 2018), *Law as a Conversation Among Equals* (2020) –en castellano: *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano* (2022), y *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (editado con Conrado Hübner Mendes y Sebastián Guidi, 2022).

Tales libros, entre muchos más, ponen en evidencia que la obra intelectual de Gargarella constituye una referencia obligada y extraordinariamente rica. Es un pensador y un escritor incansable, brillante y provocador. Estamos, posiblemente, ante uno de los juristas más influyentes de nuestro tiempo para un sinnúmero de investigadores de diversas generaciones y latitudes. Ha marcado, y continúa haciéndolo, una huella indeleble en la trayectoria de cada uno de nosotros, en nuestro modo de abordar un espectro amplísimo de temas de gran relevancia: el constitucionalismo, los tribunales, la historia latinoamericana, la desigualdad, el derecho, la democracia, las teorías de la justicia, los derechos humanos e –incluso– el derecho penal. El análisis de estos temas se ha enriquecido sustancialmente con sus aportes sin paralelo, que son como sus hombros sobre los cuales podemos subirnos a mirar mejor nuestros problemas y desafíos más fundamentales.

Estamos en condiciones de afirmar, sin temor a equivocarnos, que Gargarella ha constituido una auténtica escuela para pensar estos asuntos. Tal escuela, de cierta manera, es una extensión de aquella fundada por Nino. Pues, Gargarella, al igual que su maestro, ha demostrado una enorme capacidad y voluntad de formar muchas personas. La cantidad de tesistas y estudiantes que tiene a su alrededor, así como también la reunión de hoy constituyen una prueba de ello. Como en casi todas las escuelas, al interior de esta también hay desacuerdos –a veces muy profundos–, pero lo distintivo aquí es que tales desacuerdos son concebidos, antes que, como un obstáculo o un problema, como algo que enriquece nuestras discusiones.

Sin perjuicio de que la extensión y el rigor de su producción académica torna parcial cualquier intento de describirla, hay un rasgo que es fácil de identificar: constituye la más perspicua consideración del derecho en conexión indisociable con la democracia o, para decirlo mediante la metáfora de Gargarella, con la «sala de máquinas». Aunque su obra intelectual es de lo más voluminosa y variada, siempre ha estado recorrida por un mismo hilo conductor: la democracia. La concepción del derecho en vínculo con la democracia pone de manifiesto que lo importante no es solo la justicia o cuestión sustancial atinente a qué se decide, sino también la legitimidad o cuestión procedural atinente a cómo y quién decide sobre el derecho. En respuesta a estas preguntas, Gargarella apela al ideal normativo de un derecho que promueva y que sea el resultado de una «conversación entre iguales».

El esfuerzo constante por conectar el derecho con la democracia no solo muestra la continuidad de su obra, es decir, la preocupación por analizar incisivamente, una y otra vez, distintas cuestiones desde una misma y consistente línea de trabajo. Esto, adicionalmente, da cuenta de una vida dedicada a desafiar y pensar contra las teorías predominantes en el área. Al respecto, la teoría gargarelliana se aparta de aquellas teorizaciones que conciben el derecho y la función judicial como algo que debe permanecer aislado de la democracia y el debate político. También se aparta de las teorías estadocéntricas del derecho y la democracia, es decir, aquellas que atienden exclusivamente al poder político del Estado, pero que descuidan la importancia de atender y revertir las distorsiones del poder económico a fin de asegurar las condiciones materiales necesarias para el diálogo inclusivo.

De modo especial, quiero hacer hincapié en que Gargarella se aparta de aquellas teorías de la democracia según las cuales las decisiones políticas deben quedar en exclusivas manos de las élites o los representantes políticos. Tal posición, sin embargo, no implica que la democracia solo ha de tener en su centro lo que Jeremy Waldron denomina –y con lo cual Gargarella coincide– «el derecho de los derechos», esto es, la participación social en la toma de decisiones según la regla de la mayoría. A criterio de nuestro homenajeado, con anterioridad y con posterioridad a la toma de decisiones mediante tal regla, también es necesario un procedimiento continuo de diálogo. Esta propuesta de diálogo, a su vez, trasciende el ámbito judicial e institucional, es un diálogo social e inclusivo. La «conversación entre iguales» permite que los problemas y las razones de la periferia lleguen al centro de los procesos de toma de decisiones. Así, posibilita tanto la formación, el debate y la transformación de las preferencias que tienen las personas potencialmente afectadas, así como también la toma de decisiones a partir de lo que Habermas denomina «la fuerza de los mejores argumentos». Este camino es arduo, pero redunda en mayor imparcialidad y legitimidad de las decisiones políticas. Así, Gargarella nos propone una de las utopías más bellas, ambiciosas y revolucionarias de nuestro tiempo. La «apuesta», según sus palabras, consiste en «vincular» el derecho y la democracia «con el método más respetuoso y honrado: el de la conversación entre iguales».

Ahora bien, la defensa de una democracia sensible a la fuerza de las razones de ningún modo lleva a Gargarella a caer en un voluntarismo intelectual o *wishful thinking*. Esta falacia lógica consiste en pretender que la prescripción de un estado de cosas ideal es suficiente para que suceda en la praxis. En cambio, de la defensa gargarelliana de la deliberación democrática no se desprende que las instituciones, tal y como están diseñadas, necesariamente van a actuar conforme a ese ideal regulativo, sino que más bien hay reservas al respecto. De dicha defensa tampoco se sigue que carecen de valor expresivo otro tipo de intervenciones en la esfera pública informal, sobre todo, las de aquellos grupos sociales con dificultades para expresarse o sin capacidad de *lobby*. En ciertos contextos, las intervenciones de estos movimientos sociales mediante los piquetes, las huelgas, las protestas sociales y las conversaciones informales, aunque pueden percibirse en contradicción con la noción de diálogo racional, son consideradas por Gargarella como muy relevantes para la visibilidad de las demandas ignoradas y la atención de las voces expulsadas.

Gargarella también es un intelectual público cuya labor se extiende más allá de las aulas y las publicaciones académicas. Es una persona que no solo interviene cotidianamente en los debates públicos, sino que además vincula sus estudios teóricos con el ámbito de la experiencia. Para Habermas «lo que convierte a un sabio en intelectual es la capacidad de irritarse», y estas palabras ilustran con claridad el intelectual que hoy tenemos en frente, pues, según lo confiesa, escribe desde la «angustia», desde la preocupación por «los principales dramas de nuestra era». De allí que lejos de limitarse a comprender nuestra realidad, constantemente trabaja para criticarla y transformarla. Esto explica que su huella académica está colmada de «armas» y «escudos» al servicio de una sociedad más justa y democrática.

A fin de ilustrarlo, basta recordar el compromiso político que él ha asumido, entre otras polémicas, en las siguientes: ha defendido el derecho a la protesta social cuando se ha pretendido reprimirla con violencia policial y castigarla con prisión; ha respaldado la exigibilidad de las demandas sobre derechos sociales cuando el poder judicial ha tendido a rechazarlas bajo el argumento de que involucran derechos «programáticos» y «de segunda» o «cuestiones políticas no judiciales»; ha planteado la democratización y la orientación al diálogo inclusivo de los tribunales contra posiciones juristocráticas y elitistas según las cuales ellos deben tener una voz privilegiada en las controversias políticas; ha defendido el aborto, el matrimonio igualitario y el consumo personal de drogas frente a habituales políticas conservadores y de perfeccionismo moral; ha exigido, frente a las tendencias de despolitización, que los asuntos más importantes sean abordados mediante el debate y la decisión colectiva; y ha propuesto una mirada democrática del derecho penal como alternativa al punitivismo neoliberal y al elitismo de la dogmática penal.

En definitiva, resulta difícil imaginar nuestra andadura académica sin alusión a la obra intelectual de Gargarella. No obstante, igual o más difícil se nos hace imaginar nuestros pasos por la academia sin su cobijo y apoyo personal. Quienes lo conocemos de cerca –en mi caso, tengo la dicha de que dirija mi tesis doctoral junto a José Luis Martí, cuya tesis también fue dirigida por Gargarella junto con José Juan Moreso–, sabemos que, pese a su agenda ajetreada, siempre está dispuesto a colaborar indeclinablemente con cuanto proyecto se nos ocurra. También tenemos claro que contamos siempre con su lectura aguda y sus comentarios meticulosos sobre cualquier texto que le compartamos. De ahí que una de sus virtudes es la generosidad. Otros de sus rasgos singulares son el respeto o la empatía ante nuestros desacuerdos y la horizontalidad o el trato igualitario que siempre nos dispensa, sin un ápice de pedantería. Gargarella, después de todo, es un maestro genuino. De los maestros no solo aprendemos mucho, sino que nos abren nuevos horizontes, nos

ayudan cuando lo necesitamos, nos enseñan a pensar mejor, nos orientan acerca de qué caminos tomar y nos sugieren cómo afrontar las diversas circunstancias.

A modo de colofón, espero que esta distinción honoraria y estas palabras valgan como reconocimiento y agradecimiento a nuestro querido Roberto, como un modo de transmitirle lo fundamental que ha sido y sigue siendo. Muchas gracias.

Joaquim Bosch, La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España

(2022) Ariel
Barcelona, 461 pp.

Germán J. Arenas Arias

Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT)
Universidad de Alcalá

ORCID ID 0000-0003-1526-7181

german.arenas@edu.uah.es

Cita recomendada:

Arenas Arias, G. J. (2023). Joaquim Bosch. La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 483-487

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8017>

Recibido / received: 16/03/2023

Aceptado / accepted: 05/09/2023

El libro que me propongo reseñar se trata de un ensayo que aborda las claves históricas que explican la prevalencia de las prácticas corruptas en España. Sostiene que «el franquismo institucionalizó por completo la corrupción» (p. 43) y que las circunstancias de la Transición, así como las leyes que desarrollaron el nuevo texto constitucional de 1978, dejaron abiertas las vetas estructurales del fenómeno. Su autor es el magistrado Joaquim Bosch, portavoz territorial de Jueces y Juezas por la Democracia y colaborador habitual de las actividades organizadas por el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia, más concretamente, de la Red Temática de Investigación sobre Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción [2]¹.

¹ El lunes 28 de noviembre de 2022 se llevó a cabo el conversatorio Hablemos de Corrupción, organizado por la Red Temática de Investigación sobre Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción [2] – RED2018-102533-T, financiada por la Agencia Estatal de Investigación y el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades–, con el objetivo de estimular el intercambio de conocimiento y experiencia acumulada acerca de la promoción, difusión y concienciación en favor de los valores de la cultura de la legalidad y la lucha contra la corrupción. En la actividad participaron, además del juez Bosch, Rosa

Subrayo el valor ensayístico del libro, en primer lugar, porque así lo advierte el propio autor. El juez valenciano expone que recurre a ese estilo para combinar ideas, reflexión cívica y bases bibliográficas especializadas en aras de desarrollar sus hipótesis sobre la corrupción pública y política. En segundo lugar, porque el hecho de que las primeras páginas del libro dediquen especial atención a la naturaleza y comportamiento de personajes como el Lazarillo, el Buscón, Guzmán de Alfarache o Rinconete y Cortadillo, devela el recurso literario que, cada vez más, académicos (y no académicos) aprovechan en forma de ensayo para defender sus argumentaciones entre audiencias más amplias.

En sus últimos escritos sobre las emociones tristes de Colombia y de América Latina, el profesor Mauricio García Villegas se reconoce como un partidario de ensayar para hacer divulgación científica. Suele usar la frase conocida de Balzac – «las novelas son la historia privada de las naciones» – para maridar ciencias sociales con literatura pues, según dice, ésta logra desentrañar la experiencia humana de una manera mucho más profunda. Creo que Bosch sintoniza con esa misma reflexión cuando escribe que la mirada de aquellos protagonistas pícaros «permite intuir desvergüenzas de sectores privilegiados de aquella sociedad» y que «la distancia entre la picaresca y la corrupción actual es muy sensible» (p. 10).

Con todo, lo anterior no quiere decir que Bosch simpatice con «el tópico de que hay un carácter español propenso a la corrupción» (p. 10) ni que prevalezca una actitud indigna característicamente española. Todo lo contrario, su propuesta se fundamenta en un recorrido histórico para comprender las dimensiones de un problema que, actualmente, preocupa seriamente a los españoles: casi 9 de cada 10 personas creen que la corrupción es un problema habitual del país (Eurobarómetro Especial 523 de 2022). Dicho recorrido parte de los hechos enraizados en la corrupción generalizada del régimen franquista, continúa en los obstáculos para extirparla durante el periodo transicional y proyecta los desafíos más urgentes para superar la todavía vigente fragilidad institucional.

En ese sentido, hechos, obstáculos y desafíos, podrían ser los vocablos que mejor resumen la estructura del libro de Joaquim Bosch y que se compone de dos grandes partes y un total de siete capítulos. A continuación, describiré muy brevemente cada una de las ideas principales que laten en cada una de las secciones. La primera está dedicada a una presentación contextual de las «arbitrariedades fraudulentas» que caracterizaron el régimen franquista y que propiciaron «comportamientos muy proclives a las prácticas corruptas» (p. 45). Entre las claves expuestas estarían el enriquecimiento ilícito del dictador, el reparto de privilegios entre su círculo de poder más cercano, el favoritismo empresarial, la autarquía y luego el desarrollismo –«la extracción de rentas fue una característica común de los dos» (p. 83)–. El conjunto de esos factores promovió órdenes auténticos de «captura del Estado (...), [concepto concebido] como una forma de “gran corrupción” que no diferencia los intereses estatales y los intereses privados, que debilita la estructura económica de un país y que distorsiona el proceso de formulación de leyes, normas, decretos y reglas» (véase Garay Salamanca, 2008 y Hellman, Jones y Kaufmann, 2001).

Berganza, Catedrática de Periodismo y Comunicación Política de la Universidad Rey Juan Carlos, Carlos Castresana, Fiscal del Tribunal de Cuentas, Irma Ferrer, Letrada de la Asociación Transparencia Urbanística y Acción Cívica, Fernando Jiménez, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Murcia y Manuel Villoria, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Rey Juan Carlos. El video del conversatorio está disponible en la página web: <https://redclc2.culturadelalegalidad.net/es/content/eventos/conversatorio-hablemos-de-corrupcion>

El segundo capítulo consiste en una lectura de la transición a la democracia en España.

La versión oficial más extendida en los ámbitos políticos sobre la Transición proclama que sus protagonistas supieron llegar a acuerdos prácticamente immejorables al saber apartar sus discrepancias por el bien común. En un marco de ausencia de violencia o de presiones, de manera pacífica, los líderes políticos lograron establecer unas bases institucionales para que España pudieran funcionar muy adecuadamente a través de un pacto entre iguales, en el que todos cedieron. Bajo la dirección indiscutida de Adolfo Suárez, los actores políticos, económicos y sociales del país habrían conseguido de forma abnegada impulsar una democracia ejemplar² (p. 113).

Bosch cuestiona el fondo de esa versión extendida y nos presenta elementos que durante dicho periodo no fueron depurados debidamente sino prolongados, como la connivencia y cercanía entre empresarios y políticos. Los escándalos de corrupción, soborno y cohecho alrededor de obras públicas protagonizados por un elenco compuesto por los nombres de Luis Roldán, Juan Guerra (hermano de Alfonso Guerra) o Gabriel Urralburu dieron cuenta del amiguismo fraudulento continuado y de la confusión entre los intereses estatales y los intereses privados. Además, la apertura política y algunos partidos se vieron empañados por hábitos procedentes de la dictadura; desvío de dinero, financiación oculta, enriquecimiento delictivo y clientelismo político. Todos hábitos que, por supuesto, permearon las instituciones. De allí que, como escribe el autor:

la Transición posibilitó establecer un sistema democrático y cerró acuerdos para fijar reglas de convivencias, pero sus circunstancias excepcionales no auspiciaron que se impulsara un proyecto de Estado a favor de la probidad de las Instituciones. Durante los primeros años tampoco se adoptaron medidas para la limpieza de la vida pública, porque el sistema de partidos que se generó contaba con incentivos para no laminar las prácticas fraudulentas (pp. 174-175).

El tercer capítulo del libro cierra con los principales hechos de la corrupción, especialmente los que ya se instalan en el sistema nervioso de la política española del siglo XXI y que siguen demostrando la línea argumental del autor: «la Transición no fue capaz de romper de manera frontal con las prácticas corruptas del franquismo» (p. 224). Numerosos vacíos (deliberados) en el funcionamiento de la Administración Pública, que datan del régimen anterior, facilitaron la concatenación de numerosos casos, tramas y dramas de corrupción. La nómina no ha sido modesta: Gürtel, Bárcenas, ERE de Andalucía, Pujol (Cataluña), Noós y Urdangarín, Alfredo de Miguel (PNV), Eduardo Zaplana (Valencia), Francisco Granados (Madrid), Lezo, *Novo Carthago*, Pokémon, etc. Desde modificaciones inverecundas en partidas presupuestarias a nivel autonómico hasta sofisticadas operaciones de ingeniería financiera, pasando por ausencia de controles, han tejido una poderosa red en detrimento de los recursos públicos con nodos a lo largo y ancho de la geografía española.

Los principales obstáculos para prevenir, detectar, corregir y perseguir la corrupción se retratan en los capítulos cuatro, cinco y seis del libro de Bosch. La focalización excesiva en la represión penal, que olvida centrar la mirada en estrategias para evitar, esencialmente, el expolio, ha sido una de las dificultades más profundas para combatir la corrupción, máxime cuando las sentencias condenatorias no consiguen la recuperación de activos. Desde un plano legislativo, el autor nos recuerda la importancia de diseñar artefactos óptimos para controlar y trazar los

² Un relato bastante similar se oía en el aeropuerto internacional de Madrid-Barajas hace algunos años, dirigido, especialmente, a los extranjeros.

procedimientos de adjudicación de contratos públicos, para fortalecer el sistema de acceso, profesionalización y ejercicio de cargos públicos, para instaurar un aparato de vigilancia más efectivo en materia de denuncias de corrupción por parte de la ciudadanía y para reformar la actual regulación del sistema electoral y de partidos de listas cerradas y bloqueadas³. Este último aspecto, escribe Bosch, deriva en una sobrerepresentación proporcional de provincias y desigualdades en el voto; es urgente modificarlo –añadiendo deberes de información sobre financiación– si se quiere combatir seriamente la corrupción y remarca:

La legislación española recoge lo peor de los principales sistemas electorales y no recoge sus virtudes. Provoca efectos de sobrerepresentación, pero no permite castigar a los corruptos, ni tampoco existe rendición individual de cuentas (...) ningún país con un sistema de listas cerradas y bloqueadas como el de España se encuentra entre los Estados con los niveles más bajos de prácticas fraudulentas (pp. 298-299).

Aunado a los anteriores problemas, aparece un tema de especial relevancia e interés en el libro. Se exhibe un compendio de datos, a modo de consecuencias, que la corrupción trae consigo, y que pueden sintetizarse en el término que el propio Bosch utiliza: despilfarro. Haciéndose eco de Juan Romero, Bosch escribe que toda corrupción implica un despilfarro público, basado en la inefficiencia y en los sobrecostes. Por poner solo un ejemplo, cabe mencionar un apartado del Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo: «394,2 millones de euros aportados por las instituciones comunitarias para la construcción y ampliación de puertos españoles han acabado en infraestructuras “inutilizadas o infráutilizadas en gran medida” (...) uno de cada tres euros se gasta de forma ineficaz» (Tribunal de Cuentas Europeo, 2016, p. 33). En relación con situaciones como estas, Bosch acentúa la necesidad de intensificar las medidas preventivas en paralelo con las punitivas.

Entre los últimos obstáculos o problemas a los que el juez dedica atención, se halla el sistema de aforados, una «situación que no tiene parangón en los países de nuestro entorno (...) se calcula en cerca de 2.000 el número de cargos políticos aforados en [España]» (Jiménez y Alcalá, 2018, p. 43, citado en Bosch, 2022). De acuerdo con el profesor Fernando Jiménez, los aforamientos son una extravagancia en términos comparados, de allí que el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) haya recomendado reducir al máximo su número, incluso mediante reforma constitucional. Bosch suscribe estas consideraciones y a partir de nuevos casos, sentencias y vinculaciones *non sanctas* entre los protagonistas, denuncia, también, la dinámica de puertas giratorias.

Finalmente, en cuanto al último de los vocablos referidos al principio de este documento, desafíos, el libro termina con un capítulo séptimo dedicado a la asignatura que España todavía suspende: calidad institucional. Cumplir con estándares mínimos de calidad institucional para afrontar las amenazas del fenómeno de la corrupción suponen, a juicio de Bosch, superar fragilidades asentadas en el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo. Desde la congestión judicial –pocos jueces y altos niveles de litigiosidad– hasta la «colonización partidista del sistema institucional» (p. 399) significan factores que atentan contra la independencia judicial, punto neurálgico para el proyecto de una sociedad libre de corrupción. Mientras este desafío no sea encarado, España seguirá ubicándose en la cola de Europa occidental en cuanto a debilidades en materia de Estado de Derecho. En cualquier caso, ningún desafío es más importante, bien lo

³ En el mismo sentido, véase el Conversatorio “Hablemos de corrupción”, organizado por la Red Temática de Investigación en Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción: Minuto 48:45. En línea: <https://redcllc2.culturadelalegalidad.net/es/content/eventos/conversatorio-hablemos-de-corrupcion>

sabe Bosch, que la promoción de una mayor intervención ciudadana, no solo mediante su participación vigilante al cuidado de lo público, sino a través de un juicio cívico comprometido con la integridad y la ética pública.

Bibliografía

- Alcalá, F. y Jiménez, F. (2018). *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España*. Fundación BBVA.
- Bosch, J. (2022). *La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España*. Ariel.
- Comisión Europea. (2022). Special Eurobarometer SP523: Corruption. http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2658_97_2_SP523_ENG
- Garay Salamanca, L. J. (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.
- Hellman, J., Jones, G. y Kaufmann, Daniel. (2001). Capture al Estado, capture el día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (21), 35–62. <https://doi.org/10.24965/gapp.vi21.262>
- Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo. El transporte marítimo en la UE se mueve en aguas turbulentas. Mucha inversión ineficaz e insostenible. <https://www.eca.europa.eu/es/publications?did=37734>

Carlos Pereda, Pensar a México. Entre otros reclamos

(2021) Gedisa UNAM,
Ciudad de México, 153 pp.

Concepción Delgado Parra
Universidad Autónoma de la Ciudad de México
ORCID ID 0000-0001-7388-4052
concepcion.delgado@uacm.edu.mx

Cita recomendada:

Delgado Parra, C. (2023). Carlos Pereda, Pensar a México. Entre otros reclamos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 488-491
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8018>

Recibido / received: 17/08/2022
Aceptado / accepted: 28/08/2023

En el actual contexto mexicano, donde la escucha de los intelectuales pareciera estar suspendida, la aparición del libro *Pensar a México. Entre otros reclamos* de Carlos Pereda, constituye un aliento para introducir una conversación que permita dejar atrás la razón arrogante y situarse en el camino de la razón porosa. Un pensar nómada que guíe la manera de conducir el diálogo en el marco de una sociedad que demanda volver a pensarnos «de otro modo que ser» (Levinas).

La propuesta planteada por el gran filósofo mexicano-uruguayo, sostenida sobre una crítica profunda y amplia complejidad reflexiva, se sitúa en un lugar de interlocución con sus lectores a los que interpela a partir de un conjunto de preocupaciones que han marcado la historia intelectual de la filosofía en México entre las que destacan las políticas de identidad y no exclusión, los vicios coloniales, la diferencia entre historia explicativa e historia argumentada, y el conflicto entre las costumbres y las leyes que entraña el nacionalismo.

La estructura de la obra se presenta a partir de tres ensayos escritos en diferentes momentos, con distintos propósitos y elaborados cada uno de manera relativamente independiente, según palabras del propio Pereda. Sin embargo, la urdimbre del trabajo se teje en torno a una preocupación que emerge todo el tiempo



para ser discutida mediante variaciones múltiples y aspectos diversos: la «razón arrogante» (pp. 23-26), expresada en un sinnúmero de prácticas particulares de razonar que desprecian o, al menos, desdeñan otras maneras de pensar.

Una de sus modalidades consiste en la producción de razonamientos o pseudo razonamientos que colonizan deseos, creencias, emociones y comportamientos de la gente y, previsiblemente, excluyen a quienes no los comparten. Así, la razón arrogante, cuya modalidad se implanta en la razón colonial, corre la integridad de las personas y respalda políticas de exclusión agresiva. Prácticas replicadas tanto en los hábitos cotidianos de las personas como en el terreno de los intelectuales.

Frente a la razón arrogante, Carlos Pereda contrapone la «razón porosa» (pp. 56-57), que define como el arte de la escucha, misma que hace acompañar del «pensamiento nómada» (p. 55), relacionado con la capacidad de no limitarse a una sola forma de pensar o razonar.

En el primer ensayo de su libro discute «los vicios coloniales» (pp. 19-57), identificados con formas de pensar la vida de una manera determinada y que actúan tanto en la filosofía, la política, la economía, como en cuestiones tan comunes como la manera de vestir. Estos vicios no se dan en solitario –afirma Pereda–, se organizan y refuerzan en corredores de pensamiento estático, que en ocasiones producen esa modalidad de la razón arrogante que es la visión colonial del mundo; esa máquina dirigida a producir exclusiones agresivas y violencia. En este sentido, toda visión colonial del mundo contiene una política de lo hostil. Esto significa que el término de «colonización» planteado por el filósofo mexicano-uruguayo, no se limita al reclamo de lo sucedido históricamente en la época colonial, ni a la perspectiva de los estudios decoloniales, sino a una violencia estructural expresada en un «poder colonial desterritorializado» (p. 21) que descansa en su capacidad de dominar no solo mercados y territorios sino también deseos, creencias, estados de ánimo, emociones. Este tipo de colonialismo, en apariencia desfasado del significado tradicional, pues no tiene que ver con colonias, resulta más peligroso ya que es muy difícil de detectar. Se trata de un colonialismo relacionado con los vicios de la subjetividad atrapada en una «aspiración permanente de dejar de ser lo que somos» (p. 23), como apunta Bonfil Batalla.

Tres son los vicios esbozados en este primer ensayo: en primer lugar, el «fervor sucursalero» (pp. 26-28), referido al intenso entusiasmo por cualquier novelería surgida de las casas centrales del pensamiento, que de inmediato es utilizado para instaurar una franquicia en nuestra tierra. El segundo vicio es el «afán de novedades» (pp. 28-29), expresión que Carlos Pereda recupera del filósofo español José Gaos, basado en la búsqueda irrefrenable de lo nuevo, que al final termina convirtiéndose en una curiosidad patológica. El tercer y último vicio es el «entusiasmo nacionalista» (pp. 29-30), surgido como una forma de oponerse a los dos vicios anteriores a partir de la defensa de lo propio en una especie de «chovinismo» al que lo único que importa es la defensa a ultranza de lo nacional.

El segundo ensayo está dedicado a los «Fragmentos de filosofía mexicana, por ejemplo» (pp. 59-94). La reflexión contenida en esta parte es la que más agrada a nuestro autor. En este texto, argumenta en torno a la necesidad de disolver la oposición entre universalismo abstracto y particularismos culturales, cuya preocupación aparece en la discusión de la tradición intelectual mexicana que corre del siglo XIX a principios del XX. En este marco y apelando a la estrategia de los rodeos, nuestro filósofo retoma el caso de Ignacio Ramírez «El Nigromante», quien plantea que el problema de la exclusión es resultado de la oposición entre

universalismo y particularismo cultural expresada en el lugar que les es asignado a los indígenas, a las mujeres y a los obreros que denomina «jornaleros» (p. 69).

Lo interesante del planteamiento de «El Nigromante», desde la perspectiva de Pereda, es la recuperación que hace de la narrativa de los diferentes estadios por los que han atravesado los grupos excluidos, logrando identificar patrones de inicial desconocimiento y posterior reconocimiento. Un ejemplo es la posible teleología que reconstruye para mostrar que la mujer atraviesa por tres estadios históricos y legales. En el primero aparece como esclava, en el segundo es emancipada por el hombre y en el tercero es emancipada por ella misma. Este desarrollo progresivo implica un proceso de liberación. Lo que permite pensar que la oposición entre universalismo abstracto y particularismos culturales pueden fracturarse a partir de procesos emancipatorios (pp. 73-74).

Carlos Pereda afirma que una discusión similar –pero en el terreno del lenguaje filosófico– es discutida por Luis Villoro, quien habla de la experiencia de la exclusión y ensaya disolver la oposición a partir de la búsqueda de la equiparación de los excluidos y las luchas por el reconocimiento. Con los reclamos de estos grupos se vuelve a disolver la falsa oposición entre universalismo abstracto y particularismo cultural.

En ambos casos, nuestro filósofo argumentará que los ejemplos discutidos por «El Nigromante» y Luis Villoro prefiguran una puesta en marcha del «pensamiento nómada» (p. 76), toda vez que los sujetos involucrados son capaces de emprender historias, cuyo nomadismo no se puede prever. Introduce, también, la importancia de la discusión acerca del porqué es importante recuperar la filosofía mexicana y convertirse en un «recurso» (pp. 84-85) importante para explicar y comprender la vida de nuestras sociedades contemporáneas.

El libro cierra con el ensayo «Pensadores mexicanos incómodos y, además, reclamos irreverentes» (pp. 95-153). En esta última parte, Pereda aborda la controversia entre dos figuras que en su momento fueron muy importantes para pensar a México, a las que sitúa en un lugar incómodo y realizando reclamos irreverentes. Uno de los pensadores que recupera en este terreno es Emilio Uranga, filósofo mexicano. Miembro controversial del grupo Hiperón, en su momento fue considerado un personaje genial –particularmente en su juventud– pero, más tarde, quedó ensombrecido en la memoria colectiva. Quizá esto sucedió porque la filosofía de lo mexicano a la que se había adherido Uranga había perdido interés. En la reflexión de este filósofo, dirá Pereda, hay un deslizamiento poco feliz entre el análisis del mexicano y las características de cualquier ser humano. Hay como una especie de confusión que hace que su trabajo pierda el sentido de la discusión que se desarrollaba en ese momento al transitar de lo mexicano al «ser en general» (p. 110), consideración a la que añadió un lenguaje heideggeriano que hacía difícil distinguir entre las genuinas aportaciones al pensamiento y los artículos pretendidamente académicos que en realidad no eran más que parodias de Heidegger. De algún modo, estos giros incidieron para que Emilio Uranga se convirtiera en un genio olvidado de la filosofía mexicana.

A esta figura, Pereda contrapone a José Revueltas, un crítico agudo del movimiento Hiperón, considerado por Álvaro Ruiz Abreu un «nómada de la izquierda» (p. 112), lo que se aplica tanto a su vida como a su pensamiento. Aunque en sentido estricto Revueltas no es un pensador sino un novelista de su época fue una especie de marxista heterodoxo que siempre quedó mal con todas las partes. Mientras algunos lo detestaban por ser marxista, el partido comunista lo excluía por ser heterodoxo. En la primera parte de este tercer ensayo estas dos figuras son

confrontadas a través de un ejercicio de epistemología nómada dirigido a comprender en qué radica «el ser mexicano» (pp. 122-123).

Para finalizar este último ensayo, Carlos Pereda pone en marcha el pensamiento nómada y rastrea a partir de estos dos personajes una sugerente vía argumental acerca de cómo se puede pensar a México desde nuestro presente (pp 127-153).

El libro que nos obsequia generosamente Carlos Pereda es una abierta invitación a romper los estereotipos y engrandecer la reflexión y la argumentación apostando por la razón porosa, entendida como el arte de la escucha. Al mismo tiempo, nos incita a habitar el pensamiento nómada, vinculado a la capacidad de no limitarse a una sola forma de pensar o razonar. Convoca a transgredir la gramática heredada que nos dice qué y quiénes somos; la que nos sitúa en el mundo, en nuestras tradiciones, costumbres y hábitos, en nuestros mitos y rituales, en nuestro universo normativo compartido.

La apelación al pensamiento nómada nos demanda re-pensar nuestra relación con el mundo, con los demás y con nosotros mismos. Mostrándonos que son relaciones siempre imperfectas, siempre incompletas, siempre frágiles, siempre provisionales, siempre dudosas. Solo un universo totalitario tiene la pretensión de haber construido identidades sólidas, un mundo compacto y sin fisuras, sin grietas ni heridas, sin ambigüedades.

Tomando prestadas las palabras de Carlos Pereda, diré que las reflexiones que encontrarán en este espléndido libro abren un lugar para reclamar, protestar, narrar e interrogar las dificultades que presentan las políticas de la identidad y de la exclusión agresiva en América Latina, y en particular en México, colocando al interlocutor en la responsabilidad de repensarlas.

Óscar Celador Angón, Entidades locales y libertad religiosa

(2023) Dykinson
Madrid, 210 pp.

Yolanda Gómez Lugo
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0002-4614-5120
yolanda.gomez@uc3m.es

Cita recomendada:

Gómez Lugo, Y. (2023). Óscar Celador Angón, Entidades locales y libertad religiosa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 492-495
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8021>

Recibido / received: 01/07/2023
Aceptado / accepted: 28/08/2023

En su última monografía, el profesor Celador Angón se ocupa de las relaciones entre los poderes públicos y las confesiones en el ámbito religioso y, más concretamente, del modo en que los ayuntamientos pueden afectar al ejercicio del derecho de libertad religiosa. Aunque estos entes locales carecen de competencia para regular los derechos fundamentales, el trabajo analiza en qué medida pueden afectar su ejercicio en aquellos supuestos en los que regulan materias propias de los títulos competenciales que constitucional o legalmente le corresponden. Cabe destacar que se trata de un trabajo que trae causa de la elaboración de un informe elaborado para la Oficina de Derechos Humanos y Memoria en el marco del Plan Estratégico de Derechos Humanos (2017-2019) del Ayuntamiento de Madrid, y en el que el autor ofrece una investigación seria y rigurosa sobre una temática compleja y de plena actualidad. El libro constituye un esfuerzo por ofrecer un análisis completo y bien ordenado de la diversidad y complejidad de problemas que se derivan de las relaciones entre los poderes públicos y las confesiones en el ámbito religioso. Un esfuerzo, que obliga al autor a sistematizar y examinar la jurisprudencia más relevante que nuestros tribunales han emitido sobre las controversias suscitadas en dicho ámbito.

El texto se encuentra estructurado en cinco partes claramente diferenciadas a través del cual el autor reflexiona sobre los problemas suscitados en la práctica, y ello



sin renunciar a ofrecer propuestas concretas de actuación pública tendente a dar cumplimiento al mandato constitucional; propuestas, que fueron implementadas en Madrid durante la vigencia de su Plan Estratégico de Derechos Humanos.

El primer capítulo (pp. 25-50) profundiza en el estudio de los principios constitucionales que ordenan el modelo de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, y en concreto en el relevante papel que juegan en nuestro entramado constitucional el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y los principios de laicidad y cooperación. Así, analiza la fórmula recogida por el artículo 16.3 CE y el principio de laicidad que ha sido definido a partir de dos coordenadas: el principio de neutralidad de los poderes públicos y la separación entre el Estado y las confesiones religiosas. A partir de estas premisas, examina el principio de cooperación que ordena a los poderes públicos la remoción de obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de la libertad religiosa. A este respecto, el autor se plantea en qué medida los ayuntamientos están obligados a cooperar con las confesiones religiosas; cooperación, que puede producirse en dos ámbitos: de una parte, con el objeto de solucionar problemas específicos relacionados con la práctica del derecho de libertad religiosa en el ámbito municipal; y de otra, en el ámbito de las actividades benéficas y asistenciales que habitualmente desarrollan las confesiones religiosas. El análisis se completa con la referencia a casos concretos con los que el autor ilustra la problemática a la que se enfrentan los ayuntamientos cuando el ejercicio de sus competencias es susceptible de lesionar el derecho de libertad religiosa; supuestos, que además presentan cierta complejidad añadida derivada las dificultades para delimitar el papel que corresponden a las administraciones en ámbitos como los programas relacionados con el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, la lucha contra la violencia de género, o la promoción del asociacionismo.

Tras este capítulo introductorio, en el segundo el profesor Celador selecciona y analiza pormenorizadamente determinados ámbitos en los que la actividad municipal tiene especial incidencia en el derecho de libertad religiosa. A mi juicio, esta es la parte más interesante del libro tanto por los temas tratados, como por el profundo conocimiento de las cuestiones abordadas que demuestra el autor; de ahí, que esta recensión se ocupe de una forma más detenida de esta parte del libro.

Entrando en el contenido del capítulo segundo (pp. 51-110), el mismo se ocupa de temáticas como la presencia de símbolos en espacios tutelados por los poderes públicos, la asistencia de cargos públicos a actos de naturaleza religiosa, y la aplicación de la Ley de memoria histórica en materia de traslado o retirada de símbolos religiosos en los espacios municipales. En primer lugar, el autor pone de manifiesto cómo el uso de símbolos ideológicos y religiosos, así como su presencia en espacios tutelados por los poderes públicos ha generado conflictos relevantes en relación con los derechos y libertades de terceros o bien con la obligación del Estado de salvaguardar el principio de neutralidad. En cierto modo, parte de la complejidad de esta problemática trae causa de la ausencia de una regulación específica al respecto. En este contexto, el libro expone el debate suscitado en los tribunales sobre la capacidad de los ayuntamientos para incidir en el ejercicio de la libertad ideológica y religiosa desde una doble perspectiva: para observar en qué medida los ayuntamientos pueden dentro de su ámbito competencial regular materias que afecten al ejercicio del derecho fundamental; y para ordenar el papel de los ayuntamientos en la protección de garantía del orden público y paz social. De este modo, se examinan diversas sentencias en las que los tribunales se han pronunciado, por ejemplo, sobre el nudismo en el marco del derecho a la libertad ideológica o el uso del velo en espacios tutelados por los poderes públicos. Sobre estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ha sido preciso al señalar que

la Constitución ha querido que la Ley, y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (STC 18/1999, de 22 de febrero, F. 2).

El tema de la asistencia de cargos públicos a actos de naturaleza religiosa es abordado desde una doble perspectiva (a título individual o en calidad de cargo público). Sobre ello, el autor examina de forma crítica los principales supuestos en los que el Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta temática. En relación con la presencia de símbolos estáticos en espacios tutelados por los poderes públicos, se incluye un amplio análisis casuístico recordando que dichos espacios deben ser neutrales para no interferir en las creencias, convicciones, ideas u opiniones de sus ciudadanos. Así se examina la exhibición de diferentes tipos de banderas en espacios municipales y eventos públicos. La presencia de banderas diferentes de las oficiales ha sido justificada por algunos ayuntamientos en un teórico ejercicio de la libertad de expresión, sin embargo, los tribunales han señalado reiteradamente que, a diferencia de los ciudadanos, las instituciones jurídico-públicas no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE. Asimismo, el autor presta especial atención a otro tema que presenta una problemática específica, la presencia de símbolos religiosos en las tomas de posesión de cargos públicos, y en el que vislumbra tres tipos de situaciones en función de si el cargo público toma posesión con o sin la presencia de símbolo religioso, y de si solicita o no la presencia del mismo.

La última parte del capítulo segundo se dedica a otro tema sumamente interesante cual es el relativo a la aplicación de la Ley de Memoria Histórica en materia de traslado o retirada de símbolos religiosos en los espacios municipales. A este respecto, cabe reseñar que en este ámbito el papel de los ayuntamientos resulta especialmente relevante, ya que –como bien precisa el autor– gran parte del patrimonio objeto de debate es de titularidad municipal. Ahora bien, a través de un detallado análisis casuístico el profesor Celador trata de poner de relieve como los poderes públicos han mostrado un elevado margen de discrecionalidad para colocar u ordenar la retirada de símbolos en la vía pública. En este sentido, ilustra como los ayuntamientos han regulado la presencia de este tipo de símbolos, en ocasiones, atendiendo a intereses partidistas e ignorando sus obligaciones como gestores públicos y su responsabilidad en el contexto de la garantía de la neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos. A este respecto, se muestra especialmente crítico con la doctrina constitucional en la que Alto Tribunal sostiene que en una sociedad en la que se ha producido un proceso de secularización «muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso» (STC 34/2011, FJ 4). A juicio del autor, dicha doctrina presenta el inconveniente de que la percepción actual de los símbolos depende de cada individuo y, en consecuencia, resulta difícilmente objetivable.

El capítulo tercero (pp. 111-125) examina la temática relativa al régimen fiscal de las confesiones religiosas, y en particular, de su sometimiento al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. La relevancia de estas cuestiones viene justificada por la competencia recaudatoria que los ayuntamientos tienen sobre una serie de impuestos que afectan a las confesiones religiosas. En este orden de consideraciones y, dado que los acuerdos con las diferentes confesiones de 1979 y 1992 exime a estas del pago de determinados impuestos y tributos, el trabajo hace

un repaso a las previsiones de dichos acuerdos y examina la jurisprudencia constitucional al respecto.

La temática de la libertad religiosa en el ámbito urbanístico es objeto de estudio en el cuarto capítulo del libro (pp. 127-161). En esta ocasión, el profesor Celador se enfrenta a varios interrogantes tales como ¿dónde pueden localizarse los lugares de culto?, ¿en qué medida las confesiones religiosas se someten a un derecho especial en el ámbito de las licencias urbanísticas? o ¿cómo se articulan las relaciones entre los municipios y las confesiones religiosas en el contexto funerario? En concreto, sobre esta última cuestión el autor precisa que la gestión de la diversidad religiosa en cementerios y servicios funerarios presenta una problemática específica, en la medida en que se trata de manifestaciones de la libertad religiosa que necesitan armonizarse con una serie de bienes jurídicos e intereses públicos, entre los que destaca la disposición controlada de los restos humanos garantizando la salubridad, sanidad e higiene del proceso.

Por último, el libro cierra con un quinto apartado dedicado al alcance y contenido de la participación de las confesiones religiosas en la prestación de servicios sociales en los ámbitos autonómico y municipal (pp. 163-202). El autor presta particular atención a si dicha prestación se produce en igualdad de condiciones con las organizaciones o entidades benéficas y asistenciales sin fines religiosos, para lo cual opta por realizar un estudio minucioso de dos modelos autonómicos y municipales en los que presentan un mayor grado de implantación, en concreto, el madrileño y el catalán.

A modo de conclusión, puede afirmarse que se trata de una contribución doctrinal relevante y novedosa dada la ausencia de trabajos académicos en esta materia. La obra presenta interés no solo para los estudiosos del Derecho Eclesiástico, sino para cualquier especialista en Derecho Público. Por ello, su lectura resultará sumamente interesante para quien deseen profundizar y actualizar sus conocimientos sobre la multitud de cuestiones jurídicas suscitadas en el ámbito de las relaciones entre los poderes públicos y las confesiones en el ámbito religioso.

Sin duda, uno de los aciertos del libro lo constituye la visión amplia de los supuestos seleccionados para el estudio y el examen de la jurisprudencia de nuestros tribunales en la materia objeto de análisis. A lo largo del trabajo el profesor Celador va mostrando su preocupación sobre por el grado de cumplimiento de los ayuntamientos con el mandato constitucional recogido en el artículo 16.3 CE, si bien según avanza la lectura del libro pone de manifiesto cómo los ayuntamientos pueden participar en la garantía del derecho de libertad religiosa, así como diseñar políticas públicas respetuosas con el principio de laicidad. A tal efecto, ofrece un análisis de los mecanismos diseñados por los poderes públicos para cumplir con el mandato constitucional de cooperación con las confesiones religiosas.

Adoración Guamán, Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*

(2022) Tirant lo Blanch
Valencia, 181 pp.

Daniel Iglesias Márquez
Universidad Rovira i Virgili
ORCID ID 0000-0003-2759-3064
danniel.iglesias@gmail.com

Cita recomendada:

Iglesias Márquez, D. (2023). Adoración Guamán, Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 496-502
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8022>

Recibido / received: 02/01/2023
Aceptado / accepted: 28/07/2023

1. Introducción

El 16 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas alcanzó un punto de inflexión en el debate sobre la compleja relación entre las empresas y los derechos humanos mediante la adopción unánime de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos (en adelante, Principios Rectores) (A/HRC/RES/17/4). Los Principios Rectores establecen un consenso y un marco coherente relativo a la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades empresariales (Pilar I); a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (Pilar II), y al establecimiento por parte de los Estados y las empresas, respectivamente, de los mecanismos de naturaleza judicial, extrajudicial o no estatal para que las personas afectadas por los abusos corporativos tengan asegurado el acceso a una reparación eficaz (Pilar III).

A lo largo de poco más de diez años, los Principios Rectores han logrado constituirse como un instrumento clave y de referencia en el universo de leyes,

* La presente recensión ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH)» (ICI023/23/000001).

políticas, estándares e iniciativas de *soft law* que evocan y promueven la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el medio ambiente (Groulx Diggs *et. al.*, 2018). En este sentido, el compromiso y la implementación por parte de los Estados de los Principios Rectores, a través de una combinación inteligente de medidas voluntarias y obligatorias para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas, ha dado lugar a la adopción o al proceso de elaboración de marcos regulatorios que establecen como obligatoria la debida diligencia en materia de derechos humanos, que, de acuerdo con el Principio Rector 17, consiste en un proceso para identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos.

Los marcos regulatorios en materia de debida diligencia obligatoria han surgido o están en proceso de elaboración sobre todo en el ámbito europeo (Deva, 2022), ya que países como Francia, Alemania, Países Bajos y Noruega ya han adoptado leyes que ponen en marcha el Pilar II de los Principios Rectores. Mientras tanto, países como España, Suiza, Australia, Bélgica y Finlandia, entre otros, se proponen iniciativas legislativas similares a las señaladas. En el marco de la Unión Europea, el 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, con el objeto de garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor (Pigrau Solé e Iglesias Márquez, 2022). En junio de 2023, el Parlamento Europeo aprobó las enmiendas presentadas a la propuesta de Directiva de diligencia debida de la Comisión Europea, fijando su posición respecto a esta norma europea.

A la luz de la relevancia que ha adquirido la diligencia debida –obligatoria– en derechos humanos como mecanismo para prevenir –y reparar– violaciones de derechos humanos cometidos en el contexto de las actividades empresariales, la obra titulada «Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión», de la profesora Adoración Guamán de la Universidad de Valencia, plantea la siguiente pregunta que invita a la reflexión: ¿es la diligencia debida el instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos en el concreto supuesto de violaciones cometidas por empresas transnacionales? Para responder a esta pregunta clave, la autora expone y analiza, de forma elocuente y desde su estilo particular de crítica constructiva, las debilidades y los ámbitos de mejora de los marcos regulatorios actuales y propuestos en materia de diligencia debida en derechos humanos. Esta obra, respaldada por la amplia investigación y experiencia de la profesora Guamán en el ámbito de empresas y derechos humanos, se trata por tanto de una aportación académica con un gran valor científico que contribuye al debate hacia la consecución de mejores mecanismos de protección de los derechos humanos en el marco de las actividades de las empresas transnacionales.

A pesar de la magnitud y de la complejidad del tema, la profesora Guamán, de manera sistemática y coherente, divide la obra en seis apartados sugestivos que se comentarán brevemente a lo largo de la presente recensión, con el fin de ofrecer al lector y a la lectora una aproximación crítica al contenido de su obra y para recalcar la relevancia y pertinencia de la publicación en la actual coyuntura política y legislativa a nivel nacional, regional e internacional en el ámbito de empresas y derechos humanos.

La introducción de la obra, de manera acertada, esboza y denuncia el constante aumento de las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de las actividades empresariales. Guamán, a través de tres premisas, analiza las causas asociadas al alarmante panorama de la globalización económica e identifica que este tipo de violaciones de derechos humanos se derivan del modelo de descentralización productiva globalizada que hoy sostienen las empresas transnacionales (premisa 1) y que, al mismo tiempo, da lugar a complejas estructuras corporativas y cadenas de valor que permiten a las empresas evadir su responsabilidad por los impactos negativos causados en el desarrollo de sus actividades sobre los derechos humanos y el medio ambiente (premisa 2). A esto se añade la falta de capacidad de los marcos jurídicos actuales para prevenir y paliar las consecuencias negativas de las actividades empresariales (premisa 3). La suma de estos elementos, en conjunto con otros factores políticos, sociales, ambientales y económicos, dan lugar a dos problemas jurídicos fundamentales: la impunidad de las empresas y la indefensión de las víctimas que sufren los impactos negativos de las actividades empresariales.

Ante esta compleja realidad, coincidimos con Guamán en que

la diligencia debida se plantea así como el elemento de consenso que permite una acción normativa sobre la cuestión sin despertar el rechazo frontal de las organizaciones de empresarios y con una gran aceptación por parte de los sindicatos y del resto de la sociedad civil organizada (p. 9).

Esto sin obviar, como también señala Guamán en la introducción:

los escasos resultados positivos que hoy en día pueden extraerse del funcionamiento de los mecanismos de DDDH existentes, en buena medida por su juventud, la necesidad de afianzar esta práctica en los distintos ámbitos regulatorios se afirma de manera quasi unánime (p. 16).

El capítulo segundo profundiza en el impacto negativo de las empresas y sus cadenas de valor sobre los derechos humanos, con especial énfasis en el fenómeno de la esclavitud moderna que se potencia a partir de la fragmentación de los procesos productivos a nivel global. A día de hoy, las empresas transnacionales de varios sectores suelen ubicar su producción en países con bajos estándares laborales y donde tienen lugar incumplimientos de las normas internacionales del trabajo. Esto a través de contratistas, subcontratistas o proveedores que conforman las cadenas de valor y que mantienen una relación directa e indirecta con la empresa matriz. Algunas deficiencias en todos los niveles de las cadenas de valor han contribuido a los déficits de trabajo decente en las condiciones laborales, en los ámbitos de la seguridad y salud en el trabajo, los salarios y los horarios de trabajo, e influyen en la relación de trabajo y la protección que esta puede ofrecer. A modo de ejemplo, la autora centra su análisis en las cadenas de valor del sector textil, en las que la evidencia empírica ha demostrado que en los eslabones más bajos se suelen producir violaciones del salario mínimo, los recibos de pago no se entregan a las y los trabajadores en el momento del pago en algunas fábricas, no se incluyen las horas extraordinarias trabajadas en exceso y existen retrasos en el pago de los salarios que incluso no se pagan durante los permisos de maternidad, entre otras violaciones de derechos laborales. La tragedia del caso Rana Plaza en Bangladesh ejemplifica las malas prácticas empresariales que tienen lugar en las cadenas de valor del sector textil y la dificultad de las de víctimas de acceder a una reparación por las violaciones sufridas.

En este sentido, las prácticas de esclavitud moderna son un ejemplo de las vulneraciones recurrentes en las cadenas globales de valor. Como destaca la autora,

en concreto, dentro de las formas modernas de esclavitud podemos encontrar diversas muestras de violaciones graves de derechos humanos como trata, trabajo infantil y trabajo forzoso, debiendo entenderse este de manera amplia para incluir todas aquellas situaciones en las que una persona no es libre para decidir dejar de aceptar un trabajo en unas condiciones que vulneran su integridad física, por ejemplo, o moral (p. 42).

La complejidad de las cadenas de valor facilita que las empresas transnacionales puedan recurrir a estas formas de esclavitud moderna con total impunidad. Por ello, se plantea la pregunta sobre si es posible considerar la diligencia debida como un instrumento suficiente para luchar de manera efectiva contra la esclavitud moderna y otras violaciones de derechos humanos cometidas a lo largo de las cadenas globales de valor.

De cara a responder al planteamiento anterior, el capítulo tercero, que constituye la piedra angular de la obra, se adentra en el análisis de la conceptualización y el desarrollo de la diligencia debida en derechos humanos. Se parte de la premisa incuestionable de que la diligencia debida es un concepto pretendidamente clave en la dupla derechos humanos y empresas. No obstante, al mismo tiempo es un concepto que se encuentra presente en distintas ramas del derecho, bien como estándar de comportamiento o bien como proceso. Aquí radica una de las aportaciones más interesantes de esta obra, así como su relevancia, al clarificar y deslindar los límites de un concepto que a pesar de estar en expansión, aún genera controversia y no siempre hay un entendimiento por parte de los diferentes actores de interés en relación con su contenido y alcance, lo que puede llegar a limitar el potencial de este mecanismo para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de los impactos de las empresas y sus cadenas de valor sobre los derechos humanos y el medio ambiente. En este sentido, la autora, de manera inequívoca, establece una delimitación clara del objeto de la diligencia debida en derechos humanos (DDDH) y señala que, a diferencia de otros mecanismos y procesos similares:

la DDDH debe ocuparse de los riesgos que para las personas o comunidades suponen las actividades de las empresas, a través de sus propias actividades o de las que realizan las entidades que conforman sus cadenas globales o sus relaciones comerciales. En este sentido, la DDDH exige que las empresas integren metodologías que operen desde la perspectiva de los derechos humanos (no de la maximización del beneficio empresarial) y que involucren de manera efectiva a los grupos afectados o a las partes relevantes interesadas (p. 53).

Este objeto puede alcanzarse si se cumplen, como mínimo, los elementos establecidos en los Principios Rectores, o bien, a través de las aportaciones, las guías y orientaciones desarrolladas por otras organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Conforme se avanza en el desarrollo y en la comprensión conjunta del concepto de diligencia debida en derechos humanos, esta se ha logrado incluir en marcos regulatorios que a día de hoy han alcanzado una importante trayectoria, como, por ejemplo, algunas normas de derecho derivado en el ámbito de la Unión Europea que son exploradas y valoradas en el capítulo cuarto. Así, se exponen los principales avances, las obligaciones de diligencia debida y los retos del Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, del Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro en lo que respecta a los importadores

de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo y de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

Otro de los aportes destacables del capítulo cuarto es el brillante y minucioso análisis que realiza la autora del proceso hacia la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, un instrumento que ha estado en debate por mucho tiempo entre las instituciones de la Unión Europea. Este instrumento se enmarca dentro de los esfuerzos de la Unión Europea de alcanzar un «gobierno corporativo sostenible», es decir, que las empresas tengan debidamente en cuenta las preocupaciones generales en materia social y ambiental. Asimismo, la autora examina de manera detallada el objeto, los derechos protegidos, el ámbito de aplicación, los mecanismos de impulso y monitoreo y los mecanismos de responsabilidad de la propuesta de texto articulado de Directiva incluida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. Al respecto, se evidencia la insuficiencia de este tipo de instrumentos para asegurar a las víctimas un acceso efectivo a los mecanismos de reparación, ya que el enfoque de la diligencia debida en derechos humanos se centra sobre todo en la prevención. Por ello, en este capítulo se aporta una serie de recomendaciones que deben tenerse en cuenta en la futura directiva, como la inversión de la carga de la prueba, estándares mínimos claros sobre la revelación de información por las empresas en los litigios, financiación de las organizaciones de la sociedad civil que dan apoyo jurídico a las víctimas de violaciones de derechos humanos, fortalecimiento de los mecanismos no judiciales de resolución de conflictos para los casos de violaciones de derechos humanos por empresas y reducción de los costes de los litigios, entre otras cuestiones que contribuyen a garantizar una reparación adecuada a las víctimas de abusos corporativos.

Sin lugar a dudas, secundamos a la autora cuando indica que una norma de la Unión Europea que proporcione un marco general para los Estados miembros y que obligue a la regulación de esta cuestión será sin duda un paso adelante. No obstante, este instrumento debe formar parte de un conjunto de iniciativas voluntarias y vinculantes encaminadas a asegurar el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales. Como se esquematiza en el capítulo quinto, en Europa, la diligencia debida en materia de derechos humanos se ha plasmado en marcos regulatorios a nivel estatal, cuya eficacia presenta algunos aciertos y errores. En este sentido, a nivel global, la autora distingue entre las normas que establecen obligaciones de transparencia en las cadenas globales de valor, como la Ley de California de transparencia en las cadenas de suministro (2010), la Ley de esclavitud moderna del Reino Unido (2015) y la Ley de Esclavitud Moderna de Australia (2018), y, por otro lado, las normas que instauran mecanismos de diligencia debida obligatoria en el ámbito de los derechos humanos, como la Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas (2017), la Ley holandesa de debida diligencia y trabajo infantil (2019), la Ley alemana sobre las obligaciones de las empresas para la prevención de violaciones de los derechos humanos en las cadenas de suministro (2021) y la Ley noruega de Transparencia (2021). Como punto clave entre los dos tipos de normas, las normas de diligencia debida suponen, a diferencia de las normas de transparencia, la efectiva adopción de una serie de actuaciones respecto de los riesgos detectados por parte de las empresas, que deben implicar una interacción con la información y con las distintas partes de la cadena a efectos de provocar un cambio real que prevenga los impactos negativos, minimice los riesgos y evite los daños. Asimismo, establecen mecanismos

de sanción, más o menos efectivos, del incumplimiento de las medidas concretas de diligencia.

A pesar de que el contenido de las obligaciones y el alcance de las normas europeas son muy variados, la tendencia regulatoria confirma que el concepto de diligencia debida en derechos humanos ha generado consensos políticos necesarios para ser regulado con carácter obligatorio. La experiencia comparada debe servir como lecciones aprendidas para otros Estados para seguir abordando los límites y las deficiencias que presentan los marcos regulatorios en materia de diligencia debida obligatoria, ya que estos, como bien destaca la autora, constituyen un paso más en el camino de la protección de los derechos humanos, en el ámbito fundamentalmente preventivo y sin que su regulación impida u obstruya el avance de otras alternativas, como un tratado en materia de empresas y derechos humanos, para poner fin a la impunidad de las empresas transnacionales por las violaciones de derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas globales de valor.

Finalmente, el capítulo sexto recoge una serie de conclusiones y reflexiones sobre el origen, evolución, concepto y desarrollo supranacional y nacional de la debida diligencia en derechos humanos. Al respecto, coincidimos con la autora que concluye que más allá de los debates en torno al contenido de la diligencia debida en derechos humanos, lo cierto es que se trata de un concepto que

está sirviendo de palanca para sostener el debate acerca de la necesidad de actuar respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales y para impulsar y promover procesos, en gran medida derivados de la acción de las organizaciones de la sociedad civil, que día a día consiguen movilizar a las instituciones, gobiernos y parlamentos para dar pasos hacia adelante en la protección de los derechos humanos (p. 181).

Esta obra se trata, sin lugar a dudas, de un estudio referente en materia de empresas y derechos humanos que se enmarca en un contexto político y legislativo en el que varios Estados, incluidos España, se plantean o están en proceso de elaboración de marcos regulatorios en materia de diligencia debida en derechos humanos. Esta obra supone, por tanto, una publicación de gran interés y que resulta estimulante para diversos actores, incluidos legisladores, políticos, organizaciones de la sociedad civil, empresas, la academia, jueces y juezas y abogados y abogadas practicantes, entre otras partes implicadas en la prevención y reparación de violaciones de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. La obra, mediante un lenguaje claro y preciso, no solo ofrece al lector y a la lectora una aproximación a un concepto en expansión, sino también aporta orientaciones, consideraciones y elementos que deben tenerse en cuenta en los actuales debates y en los procesos de elaboración de las normas de diligencia debida en los distintos niveles de gobernanza.

Por todo lo anterior, la obra reseñada es una lectura obligatoria, que resulta un material de consulta indispensable para reflexionar y profundizar en los mecanismos para prevenir y reparar las violaciones derechos humanos cometidas en el contexto de las actividades empresariales y en las cadenas globales de valor.

Bibliografía

- Deva, S. (2023). Mandatory human rights due diligence laws in Europe: a mirage for rights holders? *Leiden Journal of International Law*, 36 (2), 389-414.
<https://doi.org/10.1017/S0922156522000802>

Groulx Diggs, E., Regan, M. y Parance, B. (2019). Business and Human Rights as a Galaxy of Norms. *Georgetown Journal of International Law*, 50, 309-362. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/219>

Pigrau Solé, A. e Iglesias Márquez, D. (2022). *Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*. Documentos ICIP, 02, 1-33. <https://www.icip.cat/wp-content/uploads/2022/07/Document-20-2022.pdf>

Delia Manzanero, Concepción Arenal. Claves de emancipación de la mujer que se halla encarcelada

(2023) Tecnos
Madrid, 188 pp.

M.ª de los Ángeles Pérez del Amo
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0002-1938-9058
maripe32@ucm.es

Cita recomendada:

Pérez del Amo, M. A. (2023). Delia Manzanero, Concepción Arenal. Claves de emancipación de la mujer que se halla encarcelada. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 503-505
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8024>

Recibido / received: 18/03/2023
Aceptado / accepted: 30/08/2023

Haciendo alusión a la necesidad de rescatar del olvido las aportaciones, perspectivas y relatos femeninos, la profesora Delia Manzanero nos ofrece la oportunidad de acercarnos a las reflexiones y reivindicaciones propias de una de las intelectuales españolas más relevantes del siglo XIX. La figura de Concepción Arenal queda presentada a través de algunas de sus vivencias más reivindicativas, mostrando la forma en que se opuso a todo aquello que trataba de retenerla. Buscando, así, el saber y la igualdad desde su juventud, mientras caminaba a contracorriente, aunque fuera peligroso, por ella y por todas aquellas que no fueron capaces de hacerlo y manteniendo, en todo momento, una fuerte conciencia comunitaria y social. De este modo, la profesora Manzanero, a través de las maravillosas páginas que configuran esta obra, logra enfocar nuestra atención en las diferentes luchas que, como mujer de mediados del siglo XIX, Concepción Arenal tuvo que disputar. Gracias a las cuales conseguimos vislumbrar el reiterativo intento de mejorar el mundo en el que vivía, con todas las dificultades que conlleva el ser una mujer adelantada a su tiempo.

Comenzando con una primera parte especialmente biobibliográfica, la autora nos ofrece una importante contextualización, necesaria para comprender «los innumerables obstáculos, impedimentos y persecuciones» (p. 30) a los que la filósofa se vio sometida a lo largo de su vida. Mostrando la fortaleza y valentía propias de



Concepción Arenal, al mismo tiempo ofrece un importante panorama sociocultural de la España de la época. Aquellos momentos históricos se caracterizaron por una importante desigualdad en todos los ámbitos, lo que dio lugar a algunos momentos especialmente relevantes en su vida, tal y como relata la profesora Manzanero al rescatar algunos de los más representativos. Haciendo alusión a la profunda riqueza y vigencia de este escrito, es capaz de relatar la forma en la que Concepción Arenal tuvo que adaptarse forzadamente, en multitud de ocasiones, a las conflictivas situaciones, pudiendo identificar algunas actitudes que, de algún modo, siguen vigentes especialmente en esferas académicas superiores, referenciando, con ello, los códigos interiorizados socialmente donde los rasgos masculinos siguen siendo la norma.

Así, haciendo frente con una potente mirada crítica, al mito del sexo débil, Concepción Arenal logró formarse, asistir a la Universidad y hacer suya su propia vida, aunque resultara una evidente molestia para la mayoría. Su fuerte compromiso social y el carácter humanista de su obra fue capaz de materializarse a través de la idea de justicia y las consideraciones en torno al derecho que, poco a poco, fue gestando y configurando. Atendiendo al legado krausista vigente en sus «ideas sociales, pedagógicas y penitenciarias» (p. 75), la autora nos muestra la importancia que esta influencia tuvo a la hora de impulsar diferentes proyectos, todos ellos con el fin de modernizar y reformar la sociedad española a través de la pedagogía y la justicia social (p. 75), prestando atención, en todo su recorrido, al carácter práctico y aplicable de las reflexiones filosóficas y creyendo verdaderamente en la posibilidad de desarrollar las herramientas necesarias para avanzar hacia un futuro mejor como comunidad.

Enfocando nuestra mirada en el activo carácter conciliador propio del pensamiento y la acción arenaliana, Delia Manzanero nos muestra la forma en la que todo ello aparece especialmente representado en su «obra penitenciaria y educativa» (p. 79), a través de la experiencia de la propia filósofa y contando con el análisis de la situación que las mujeres, dentro de las cárceles españolas de la época, estaban sometidas a sufrir. Abogando, así, por una potente reivindicación de la necesidad de cambios importantes que garanticen mejoras en la condición de vida de las mujeres recluidas, sumado a la realización de un seguimiento y teniendo especial consideración en el posterior periodo de reinserción social de las presas. Se trata así, en todo momento, de aportar los medios necesarios para rehabilitar emocionalmente a esas mujeres. Todo ello, puede verse reflejado en las modernas políticas penitenciarias y en las exigencias que actualmente se siguen demandando. La idea de la filósofa se fundamentaba en la igualdad efectiva, al mismo tiempo que se trataba de incorporar y aplicar un nuevo modelo capaz de ir más allá del mero castigo. De esta forma, con esta reivindicación pedagógica, formativa y humanitaria, desarrolló diferentes reformas con el fin de «convertir la función punitiva del Derecho en función tutelar y educativa» (p. 93), mientras que luchaba contra el abuso de la fuerza y la violencia, abogando por la implantación de acciones guiadas por la «teoría de la reparación o correccional/educativa» (p. 95), con el fin de reconducir la conducta de las personas, manteniendo su dignidad, de una forma mucho más eficaz y comprensiva.

Con todo ello, puntualizó las desigualdades jurídicas por razón de sexo, por lo que con urgencia dedicó grandes esfuerzos a la formación de las reclusas españolas, tratando de lograr, de este modo, la igualdad tanto jurídica como sociopolítica de las mismas a través de la formación educativa, tarea con una increíble vigencia e importancia en el contexto actual, pudiendo establecer claros lazos entre esta labor y los talleres de filosofía que actualmente se llevan a cabo en los procesos formativos penitenciarios. Debemos destacar, en este sentido, la influencia de esta autora en la

creación de los mencionados talleres en centros penitenciarios de Madrid y Toledo, donde diferentes profesores y estudiantes universitarios han colaborado a través de sesiones formativas de las que la autora, Delia Manzanero, formó parte como coordinadora del Proyecto de Cooperación al Desarrollo de la URJC. El objetivo principal de dicho proyecto es tratar de hacer accesible el saber filosófico a «todas las edades y condiciones sociales» (p. 143) e implicándose en esta labor para menguar las desigualdades existentes, todo ello a través de ejercicios pedagógicos y gracias a una socialización positiva y sana entre las distintas personas que componen los variados grupos sociales conjuntando, para tener éxito en su labor, el estudio de componentes jurídicos complementarios y necesarios para ofrecer una correcta y completa formación.

Siguiendo estas importantes y actuales líneas de aplicación, Delia Manzanero nos muestra los diferentes proyectos y actuaciones que, desde diferentes organizaciones e instituciones académicas, se están llevando a cabo. Localizando la importante herencia y continuidad con respecto al pensamiento y los diferentes proyectos llevados a cabo por Concepción Arenal, incide así en los beneficios terapéuticos que, para los presos, suponen este tipo de iniciativas, así como para la posterior reinserción de los mismos de una forma beneficiosa y adecuada. Hace alusión, a lo largo de las últimas páginas de su obra, al mantenimiento de este importante propósito arenaliano, basado en la necesidad de generar propósitos prácticos capaces de mejorar la situación de aquellas personas especialmente vulnerables. En este sentido, siguiendo la estela expositiva de la autora, consideramos imprescindible mencionar la iniciativa a través de la cual fue capaz de realizar un desarrollo efectivo de todas las herramientas ofrecidas por la tradición filosófica. Un empeño por el cual se logra así mantener viva la memoria y el proyecto conciliador y humanista de Concepción Arenal, siendo capaz de transcender a través de las diferentes épocas, mientras nos otorga el impulso necesario para mejorar nuestro presente en virtud de un futuro mucho más próspero y justo para todos.